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)

SALA DE CASACION CIVIL

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

TOMO CXXIV — Números 2297 a 2299

Bogotá, D. E., — Colombia — Año 1968

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXIV

SALA DE CASACION CIVIL

1968

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1983

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

SALA PLENA

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

FLAVIO CABRERA DUSSAN, **Vicepresidente.**

Ricardo Ramírez L., Secretario, hasta agosto 31.

Emilio Ricaurte, Secretario, desde septiembre 1º hasta septiembre 17.

Heriberto Caycedo M., Secretario, desde septiembre 18.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores: GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, **Presidente.**

Ricardo Ramírez L., Secretario, hasta agosto 31.

Emilio Ricaurte, Secretario, desde septiembre 1º hasta septiembre 17.

Heriberto Caycedo M., Secretario, desde septiembre 18.

MAGISTRADOS:

Doctores: **Flavio Cabrera Dussán.**

Gustavo Fajardo Pinzón.

César Gómez Estrada, desde julio 8.

Ignacio Gómez Posse.

Fernando Hinestrosa Forero, hasta mayo 21.

Enrique López de la Pava.

Carlos J. Medellín, hasta julio 7.

Guillermo Ospina Fernández.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores: ANTONIO MORENO MOSQUERA, **Presidente.**

Francisco López Cruz, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores: **Humberto Barrera Domínguez.**

Samuel Barrientos Restrepo.

Efrén Osejo Peña.

Luis Eduardo Mesa Velásquez.

Simón Montero Torres.

Antonio Moreno Mosquera.

Julio Roncallo Acosta.

Luis Carlos Zambrano.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores: CROTATAS LONDOÑO, **Presidente.**

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores: **José Enrique Arboleda Valencia.**

Adán Arriaga Andrade, hasta mayo 21 de 1968.

Enrique Arrázola Arrázola, desde mayo 22 de 1968.

Juan Benavides Patrón.

Edmundo Harker Puyana.

Crótatas Londoño.

Carlos Peláez Trujillo.

RELATORIA

RELATORES:

Doctores: **Héctor Roa Gómez, Sala Civil.**

Ignacio Gómez Zapata, Relator Laboral.

José Sarmiento Mantilla, Relator Penal.

Luis F. Serrano A., Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Luis F. Serrano

RELATOR SALA PENAL: José Sarmiento Mantilla

RELATOR SALA CIVIL: Héctor Roa Gómez

RELATOR SALA LABORAL: Ignacio Gómez Zapata

TOMO CXXIV — Bogotá — Colombia — Año 1968 — Números 2297 a 2299

TESTAMENTO NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS

Definición, funciones, carácter, clases de testamentos, oportunidades para su empleo y requisitos. — Exigencias de la impugnación. — Condiciones del testamento nuncupativo. — Defensa judicial del testamento y carga de la prueba. — Otorgamiento, ante sólo testigos, del testamento nuncupativo en lugar en que hay varios Notarios. — Definición y eficacia legal del instrumento público. — Certificados expedidos por los Notarios. — Oportunidad de expedir certificados. — Alcance del certificado que no se basa en los libros que lleva el Notario. — Escrituras Públicas. — Testamento nuncupativo ante sólo cinco testigos. — En su examen no sólo ha de contemplarse la falta en sí del funcionario notarial sino también y al mismo tiempo la situación del testador y la oportunidad y condiciones en que obró.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, febrero 20 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

1. Luis Alberto Leyton Samudio, casado con Ester Sánchez, matrimonio del que son hijos Graciela Leyton de Pérez, Susana y Luis Enrique Leyton Sánchez, hallándose internado en clínica de esta ciudad por aguda dolencia cardíaca, procedió en la noche del 4 de septiembre de 1963 a otorgar testamento por ante cinco testigos que con él firmaron el escrito en que se vertieron las disposiciones suyas, en lo fundamental enderezadas a asignar a su hija Graciela las cuartas de mejoras y de libre disposición e instituirla albacea con tenencia de bienes.

Fallecido el testador en la madrugada del día 8 siguiente a consecuencia de la dicha enfermedad, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, a solicitud de la indicada heredera y albacea, previos los trámites de rigor, resolvió reconocer el testamento y ordenó su protocolización, que a poco se efectuó.

Mientras esto ocurría, la cónyuge y los otros dos hijos de Leyton aparejaron los documentos necesarios a la impugnación de aquel acto e iniciaron el presente juicio en el Juzgado 10 Civil del Circuito de la ciudad, frente a la citada hija allá favorecida, con demanda de declaración de nulidad del dicho testamento e ineficacia de la decisión judicial que lo acogió, fundada en no

haberse otorgado aquél por ante Notario, como tampoco en circunstancias que justificaran el procedimiento extraordinario a que se acudió.

El juicio se tramitó con la oposición de la demandada, que apeló de la sentencia estimatoria proferida por el juzgado y recurrió en casación contra la del Tribunal del mismo distrito, fechada el 30 de junio de 1966, íntegramente confirmatoria de la anterior.

2. Se analizan allí las condiciones que rodearon la celebración del acto demandado, a la luz de lo prescrito por el artículo 1071 del Código Civil y de las probanzas practicadas, en orden a determinar la realidad de alguno de los factores que dicha norma contempla como permisivos de la solemnidad subsidiaria, con resultado negativo, extraído del aporte de certificación oficial sobre la presencia para entonces, de diez notarios públicos en la ciudad, todos en ejercicio normal de sus funciones, y de la vaguedad e imprecisión de los testimonios enderezados a acreditar las gestiones oportunas y diligentes adelantadas para la consecución de Notario, sumadas a la certificación del Primero del Circuito en torno a su recibo de "minuta" del testamento del señor Leyton, del que deriva el aserto de que ésta sólo se le llevó luego de fallecido aquél, y el argumento conclusivo de que "habiéndose dispuesto de aproximadamente tres horas para conseguir un Notario, la actividad desplegada durante dicho lapso no dejó rastros que hagan verosímil la diligencia para encontrarlo, y las referencias concretas respecto de uno, aparecen reñidas con documentos auténticos emanados del mismo, por lo cual se considera nulo el testamento en cuestión a falta del requisito necesario de la intervención de Notario, dispensado para casos excepcionales, distintos del presente".

3. Contiene el recurso dos cargos contra la dicha sentencia, ambos por la causal primera, que dada su íntima conexión, se consideran a una:

Violación indirecta de los artículos 1071, 2578, 1740 y 1741 del Código Civil, resultante de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Comienza el ataque con el examen de la carga probatoria, para reprocharle al Tribunal haberla invertido con su exigencia a la demandada de la demostración de las circunstancias excepcionales que autorizaran la omisión de la forma notarial en el testamento materia del juicio, siendo así que conforme al artículo 593 del Código Judicial, era a la parte demandante a quien incumbía probar la facilidad del trámite regular y, así, la incuria del otorgante y, por ende, la defectuosidad causal de invalidez.

Sostiene luego que se cayó en error de hecho y de derecho en la apreciación del certificado de la Superintendencia de Notariado y Registro, relativo al funcionamiento cabal de diez Notarías en Bogotá para la fecha en cuestión; lo primero, porque de allí se dedujo la posibilidad real de que cualquiera de ellas hubiera recibido y autorizado el testamento, siendo así que la expresión oficial se contrae a reconocer la falta de informes sobre imposibilidad de notario alguno para concurrir a su despacho y, lo segundo, por conceder mérito a certificación referida a hechos que no son materia de tal medio, ni relativas a las funciones de quien lo expidió, en desmedro del artículo 632 del Código Judicial.

Cuanto a la prueba de testigos, alega también error de hecho, consistente en olvido de la declaración de los dos médicos que atendieron al moribundo, corroborada con la de otros deponentes, que indica las circunstancias alarmantes y apremiantes que impidieron esperar la presencia de un notario.

Y, a propósito del certificado notarial sobre la oportunidad en que se llevó la "minuta" del testamento, la demanda habla a una de error de hecho, derivado de confusión entre el día del pago de los derechos por el trabajo realizado y el de la solicitación del mismo, determinante del absurdo de sostener que ésta se formuló ya muerto el presunto testador y, de derecho, por considerarlo plena prueba, según el mismo artículo 632 del Código Judicial, para desconocer la fuerza demostrativa de los testimonios.

Todo lo cual, concluye el censor, llevó al Tribunal a estimar que Leyton no se encontraba en estado de urgencia para testar ante testigos y, por ello, a prescindir de la aplicación de los preceptos que contemplan el testamento nuncupativo extraordinario, y a aplicar indebidamente los que regulan la nulidad absoluta.

3. *Consideraciones de la Corte:*

I. *El testamento, disposición* mortis causa *por antonomasia, es un negocio jurídico unilateral, personalísimo, esencialmente revocable, eventualmente complejo y de suyo solemne, cuya función ordinaria es la reglamentación de los intereses de quien lo otorga, para luego de fallecido, con la facultad legal de provisiones extrañas apenas tangencialmente relacionadas con el patrimonio y de alguna irrevocable, de eficacia*

inmediata no subordinada a la muerte (Ley 45 de 1936, artículo 2º; casación de julio 16 de 1908, XVIII, 344; julio 13 de 1912, XXI, 256), de manera que en rigor su caracterización se impone bajo la forma prevenida por la ley, que lo hace inconfundible, con la que se identifica y la que le presenta la plenitud de sus posibilidades.

Apenas hay para qué recordar que de siempre el testamento ha sido formal, como corresponde a la importancia concedida al ejercicio postrero de la autonomía privada y al empeño puesto en rodear esa conducta de un ambiente de solemnidad que estimule la reflexión del disponente, garantice su total independencia y espontaneidad, acredite la autenticidad de la declaración y provea a conservarla íntegra y fidedigna, para su ejecución póstuma (casación abril 8 de 1938, XLVI, 283/88; octubre 6 de 1953, LXXVI, 528/37), sin por ello olvidar contingencias de vario orden, que exigen trato especial, a fin de compaginar la previsión adecuada de la inminencia con los dichos requerimientos (casación abril 9 de 1945, LIX, 89/91; julio 16 de 1965, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

Habiendo dejado de ser de antiguo el testamento la sola institución de heredero y no agotándose su servicio en la mera asignación patrimonial, su rasgo perdurable es la forma, prenda de autenticidad, afirmada en estrictas reglas que señalan con detalle, uno a uno, los distintos pasos y fórmulas que han de cumplirse, de cuya presencia deriva el ser de la disposición y de cuya plenitud depende su validez (casación julio 16/1908, XVIII, 344; julio 13 de 1912, XXI, 256; abril 8 de 1938, XLVI, 287).

Nuestra legislación, montada sobre esos principios, define el testamento con énfasis en su forma (Código Civil, artículo 1055) y, al recoger la tradición de diversidad de medios, al lado de los tipos ordinarios, propone figuras que denomina privilegiadas, en cuanto las circunstancias imponen una recepción del dicho postrimero con prescindencia de algunos requisitos que no se compadecen con el estado de peligro en ciernes (Código Civil, artículo 1064). En el sistema completo integrado por el testamento abierto y el cerrado, dentro de los llamados solemnes, y el verbal, el militar y el marítimo, dentro de los que se denominan menos solemnes o privilegiados, se observa que la forma escrita es común, con la sola excepción del testamento que, por contraste, se llama verbal (Código Civil 1091), y que el relevo en los últimos de algunas solemnidades o su sustitución por otras ulteriores se previene "por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley" (Código Civil 1064), que en tal virtud se convierten, en cuanto a su precisión y eventual acreditación se refiere, en requisitos adicionales del tipo, pero sin llegar a calificarlos de solemnidades, si cupiera allí la expresión, como pareciera desprenderse de las locuciones del artículo 1096 del Código Civil.

De tal manera, cuando se ha otorgado un testamento solemne a plenitud, su impugnación por cuestiones de forma ha de fincarse en falta de trámites fundamentales en verdad y no de los que son complementarios, inspirados en una tradición movida por un afán de plenitud (casación mayo 8 de 1942, LIV, 36/38; junio 2 de 1942, LIII, 613/15), o por razones de contenido, en cuanto se traspasen por ilicitud los límites de la autonomía privada, o por irregularidades en los presupuestos de validez de todo negocio jurídico o del testamento en singular. En tanto que, cuando la disposición aparece vertida dentro de uno de los moldes extraordinarios, amén de por los motivos dichos, comunes, es también susceptible de cargo por impertinencia, al haberse realizado fuera de la situación excepcional que la ley tuvo en cuenta para su amplitud en el tratamiento y que es requisito propio de la figura privilegiada, así como por los defectos en que se haya incurrido en su elaboración por tal vía; pues si la falta consiste en la ausencia total de forma, incluso la menor concomitante o de la procedimental específica posterior y en oportunidad, la cuestión en juego no es ya la validez, sino la propia existencia del acto, por no haberse recorrido en su integridad su definición (casación junio 26 de 1940, LIX, 561; septiembre 4 de 1951, LXX, 396/400).

Ahondando en estas reflexiones se palpa el ahínco legislativo de reducir el ámbito del testamento privilegiado a límites tan concretos como lo permiten la conveniencia de dotar de efectos a una decisión tomada en estado de necesidad o peligro, la proyección cronológica del mismo y el interés general, lo que implica, fuera de aquellas regulaciones, su consunción por el transcurso del tiempo establecido por la norma.

Entre ambas formas testamentarias extremas, las más solemnes y las privilegiadas, se encuentra, a modo de un tercer género, el testamento nuncupativo ante cinco testigos, sucedáneo del abierto por ante notario y tres testigos, ológrafo como éste, que debe otorgarse con las mismas solemnidades de él (Código Civil 1072 a 1075), autorizado para el caso de que en el lugar "no hubiere o faltare notario" (1071 ibídem*) o "éste*

no se encontrare expedito" (artículo 2578), con el trámite complementario que sigue al deceso del testador; reconocimiento de firmas por los testigos ante juez, la rubricación del escrito por éste y su secretario y la declaración judicial de ser testamento nuncupativo (Código Civil 1077; Código de Procedimiento Civil 933).

Adviértese, pues, una gradación de figuras y solemnidades, a tono con las circunstancias y el rigor necesario a garantizar fidelidad y autenticidad; en condiciones corrientes sólo se patrocina la declaración con pleno formalismo, exigible y factible entonces. Hallándose el individuo en el deseo de testar y sumergido en circunstancias personales que infundan justo temor de muerte inmediata, dentro de una urgencia tal que parezca no dar lugar a espera de notario o concierto en un número mayor de testigos, la ley lo autoriza para que haga el otorgamiento de viva voz ante sólo tres personas hábiles, subordinado a los trámites posteriores que la misma establece, todo dentro de un pie de natural desconfianza, suscitada por múltiples factores adversos, que van desde la duda del acto en sí hasta la de su contenido, pasando por la urgencia, la dificultad o imposibilidad de acudir a forma más severa y la propia capacidad del testador, por lo cual aquélla dispone la caducidad del testamento si la muerte no sobreviene dentro de los treinta días subsiguientes al otorgamiento de su autor y, si ésta ocurre en ese lapso, que en otros tantos se someta al examen y homologación del juez, con la misma sanción, previniendo a éste para que se cerciore de la autenticidad y conformidad de los dichos y de las circunstancias de peligro y cohibición, básicas para uso del medio privilegiado.

Y si quien pretendiendo testar, sin hallarse en un estado apremiante mayúsculo, o dentro de una fuerte inminencia sí, pero en el empeño de imprimir mayor solidez a su decisión, no habiendo notario expedito al efecto, alcanzó a formularla por escrito y ante cinco testigos, con el lleno de las solemnidades señaladas para ello (Código Civil 1071 a 75), la ley dota a esa nuncupación de eficacia, siempre que el instrumento, de privado que es, se convierta en público con la refrendación judicial póstuma, eventualmente sometida, por acción de un calificado opositor, al análisis de las circunstancias que rodearon el acto, dentro de un cotejo minucioso de las concretas e individuales posiciones del funcionario supuestamente ausente o impedido y del testador ansioso de consignar su propósito en forma valedera y estable, en busca de una explicación adecuada del empleo de la vía excepcional, ante cuya falta, la disposición acusada resultará inválida por impertinente o injustificada (casación abril 16 de 1942, LXII, 330).

Tal testamento, cuya raíz próxima se encuentra en el antiguo ordenamiento español, fue acogido en el Código de Chile como forma alternativa discrecional del nuncupativo ante escribano (artículo 1014 del Código Civil Chileno), con la sola disparidad del origen de su mérito, que éste consigue por sí solo, en tanto que aquél apenas luego de su reconocimiento judicial; mientras que el colombiano lo tomó como entidad subsidiaria, admisible sólo en condiciones enunciadas al efecto en los artículos 1071 y 2578, con giros que, en asunto de trascendencia indudable, siguen dando lugar a nutrida y contradictoria exégesis, preferentemente orientada hacia el aspecto gramatical (casación agosto 25 de 1947, LXII, 666).

Según la Norma Patria, el dicho testamento nuncupativo ante solos testigos está autorizado únicamente para cuando falte notario: sitios apartados del marco urbano sede de escribanía y, en los demás, en las oportunidades de ausencias ocasionales, súbitas, de aquel funcionario, cualquiera que sea su razón, con extensión al caso de incompatibilidades y, cuando estando presente, no se encuentre expedito, comprendiendo allí la situación propia del agente público que de momento no atiende el llamado a concurrir celero a recibir la declaración, por variadas causas, conforme a las explicaciones usuales de los comentadores, que bien pueden plasmarse con mayor sistema en un planteamiento que enfoque la situación individual de quien aspira a testar sin posibilidad práctica de hacerlo oportunamente ante notario, habida consideración del marco de circunstancias concretas externas que rodean al presunto testador.

La doctrina en práctica unanimidad y con insistencia se ha pronunciado en favor del reconocimiento de la declaración testamentaria que bajo los auspicios de un mínimo de formalidades típicas, rezumadas de la práctica y estatuidas legalmente, se ofrece como acto espontáneo, serio y auténtico, dentro de un enérgico empleo del principio de conservación del negocio jurídico, en la conciencia de que sólo así se cumple la misión de preservar y patrocinar el ejercicio de la autonomía privada en campo de evidente delicadeza, de por sí inasequible a refrendación, defensa o impugnación por parte del único autor, ya desaparecido, cuya genuina expresión no ha de ser suplantada o desfigurada por demasías en la amplitud de su recepción, o descalificada por motivos fútiles, producto de conflicto de inte-

reses extraños a él, a cuya cancelación precisamente ha querido proveer, según su prudente arbitrio, que el ordenamiento recoge y trata con esmero apropiado a esas consideraciones (casación junio 23 de 1922, XXIX, 198; agosto 30 de 1923, XXX, 164/65; mayo 21 de 1927, XXXIII, 310; mayo 3 de 1928, XXXV, 268; febrero 3 de 1938, XLVI, 42; octubre 18 de 1944, LVIII, 71; marzo 8 de 1960, XCII, 369).

En fin, no puede olvidarse que el negocio testamentario, instrumento público de origen o convertido en tal por acto de la justicia (casación octubre 6 de 1953, LXXVI, 528/37; julio 25 de 1955, LXXX, 749/51), se ofrece dentro de un halo de seguridad, propicio a su ejecución inmediata, desestimable únicamente por el éxito de impugnación con fundamento en motivo calificado, valedero y cierto (casación octubre 6 de 1942, LIV bis, 157; marzo 18 de 1957, LXXXIV, 366).

II. *Cuanto al juego de las iniciativas parciales dentro del proceso y a su resultado en el empeño de acreditar el supuesto de hecho de las disposiciones que invocan en sustentación de sus pretensiones, aserto común es que las conocidas máximas* actori incumbit probatio *y* actore non probando, reus absolvitur *constituyen la decantación de los dictados de la práctica, con un valor de generalización apenas aproximativo, cuya vigencia debe deducirse delante de las características especiales del* factum *normativo dentro del dinamismo del diálogo judicial; en el bien entendido de que las cargas probatorias no son una dispensa absoluta del esfuerzo particular, que de todos modos ha de traducirse en la ejecución de los actos necesarios, encaminados al logro del propósito a que atiende dicho deber.*

Los supuestos de hecho complejos de las normas abundan y de ordinario compendian elementos positivos y negativos, cuyo esclarecimiento hace avanzar en el dominio de la situación e impone a los interesados nuevos afanes, y son reacios a una pasividad fundada en posiciones cómodas tomadas en la creencia de supuestas cargas definitivas para el contendor, que se dan y con caracteres del todo restringidos en las proposiciones que envuelven un aserto realmente indefinido, cuyo alcance se mantiene hasta cuando surja la excepción que lo contraríe (cfr. julio 31 de 1936, XLIV, 106; septiembre 2 de 1936, ibídem, *41; septiembre 29 de 1945, LIX, 859).*

Por ello, no obstante el signo de regularidad bajo el cual se muestra el testamento extraordinario, quien emprende su defensa judicial no puede considerarse definitivamente resguardado por la propia estimación de debilidad o inconsistencia de los cargos del impugnante, como quiera que aquel testamento que lo favorece o a cuya preservación ha de proveer en gracia del encargo postrero que recibió (Código Civil, 1352), fue expedido en circunstancias distintas de las ordinarias, únicas ante las que se tolera el régimen de excepción. De modo que aquí se palpa en toda su amplitud la reciprocidad del peso probatorio natural de la litis, con consecuencias adecuadas a la demostración del encuadramiento del caso en las hipótesis de ley, ya la justificativa de la excepción, ora la que priva de efectos al acto impertinente (casación agosto 25 de 1947, LXII, 666), con la adición de que tampoco al demandante le basta vigilar el comportamiento demostrativo de su contrario, pues a él compete afianzar, alimentar la duda primaria con datos que lleven al convencimiento de lo innecesario o abusivo del medio usado.

III. *El simple hecho de que en el lugar y al tiempo en que se otorgó el testamento hubiera notario, así fuese en número plural, no impide la posibilidad concreta de su celebración ante solos testigos, con los trámites del nuncupativo e inclusive, en su caso, con simple expresión oral no vertida por escrito (casación septiembre 3 de 1925, XXXI, 263/65; abril 8 de 1938, cit.; junio 26 de 1940, XLIX, 562/63; octubre 6 de 1953, LXXVI, 528/37). Tal circunstancia es mero pórtico de la completa indagación posterior, como dato orientador de la pesquisa, pues, si bien dentro de total normalidad no puede el sujeto negocial evadir los requisitos de forma que la ley le impone, al capricho de su impaciencia o su lascitud, hallándose dentro de circunstancias apremiantes, tampoco se podría rehusar la acogida que merece su disposición con la sencilla réplica de abundancia de notarios en la circunscripción.*

En verdad la atención ha de concentrarse en los antecedentes del acto testamentario y en el ambiente en que se produjo, ya que como en diciente trasposición de términos expuso la Corte, aunque con relación a testamento verbal, "lo privilegiado no es el testamento sino las circunstancias en las cuales se hace ..., para las cuales se han previsto algunas atenuaciones al rigorismo del derecho común ... De modo que aquél no puede ser, en cuanto a su oportunidad, ajustado a condiciones abstractas, sino que las exigencias normativas solamente se cumplan en cada caso mediante el análisis de las circunstancias que originaron y rodearon su otorgamiento..." (casación abril 8 de 1938, XLVI, 283/88). Lógico es pensar en que si se acudió a medio más expe-

dito, alguna razón de peso indujo a tomar dicho camino. La sospecha contraria tendrá asidero y podrá guiar un ánimo más riguroso, en la medida en que los datos muevan a creer que la declaración atribuida al testador no es veraz o que le faltó espontaneidad, y que, por ello, las circunstancias fueron no extraordinarias sino anómalas. Y, al propio tiempo no debe olvidarse que el testamento es obra del de cuius *y no de los beneficiarios, por lo cual a lo que debe referirse la ubicación del problema es ante todo a la propia coyuntura de él.*

Por lo general, la reconstrucción en juicio de esas circunstancias no resulta de una abundante testificación, como quiera que tales urgencias se presentan de improviso y dentro de un escaso número de circunstantes, todo lo más allegados y en algunas oportunidades facultativos, en los que se da la primera y en veces única fuente de información (casación abril 25/1956, LXXXII, 302), a lo que se agrega que dentro de su dicho va envuelta, quiérase que no, una opinión sobre el ambiente de entonces y su repercusión en el ánimo del testador, fuera del relato de rápidos acontecimientos, factores todos que prescriben una vigorosa aplicación de la lógica y una comprensión sagaz y ponderada de la realidad vital.

IV. Según quedó consignado atrás, el Tribunal pronunció la nulidad del testamento al concluir que no se acreditaron las condiciones especialísimas que la ley previene para la prescindencia de notario, tras de haber encontrado vagas e insuficientes cuatro declaraciones testimoniales rendidas al efecto y considerarlas desvirtuadas con la certificación de notario de la ciudad sobre su encargo para la testamentifacción del *de cuius;* sobre lo que vuelve el censor para sostener yerros en la apreciación probatoria, determinantes de aquel giro.

Ha de insistirse a este propósito en que no haber o faltar el notario, o no hallarse expedito, como presupuesto de la admisibilidad del testamento nuncupativo ante cinco testigos, no es algo que deba deducirse de la sola situación de aquél, cuanto de las circunstancias del testador puestas en relación con las del funcionario, conjugadas, y del ambiente que rodeó la celebración del acto sin la concurrencia de éste, de manera que la justificación o no justificación de tal falta surja lógicamente de un cúmulo de factores escudriñados y apreciados con máxima objetividad.

Partiendo del funcionamiento normal de diez notarías en la ciudad y de la presencia del testador en clínica céntrica, la cuestión ha de enfocarse hacia la coyuntura del testamento, tal como aparece reconstruida con las declaraciones que aportó la demandada.

Al tenor de las exposiciones de los testigos Cortés, Torres, Peña y Sánchez, de los cuales sólo el primero suscribió como tal el testamento, el día 4 de septiembre de 1963, en las horas de la noche, entre las diez y las once, hallándose ellos en la Clínica de Marly visitando al señor Luis A. Leyton, advirtieron que éste, consciente de su gravedad, expresó su determinación de testar y solicitó ayuda para conseguir un notario, ante lo cual procedieron los presentes a localizar alguno, en principio por teléfono, y Sánchez y otros, en persona, de preferencia al Notario Primero, por habérsele llevado ya a él poco antes por el abogado del testador póliza del testamento abierto que éste se proponía otorgar y, en vista de la infructuosidad de la búsqueda y habida consideración de la urgencia, dada la gravedad del enfermo y el fundado temor de fallecer de un momento a otro, procedió él a la disposición, asistido por el mismo profesional, ante cinco testigos, varios de los cuales eran los visitantes de un torero hospitalizado en la habitación contigua, con el agregado de que al día siguiente el testador entró en agonía.

Los médicos Borrero Durán y Peña Peña, ambos tratantes antiguos e incluso amigos del paciente, el último de los cuales lo asistió en las postrimerías de su vida, aseveran que era inminente el desfallecimiento cardíaco y con él la muerte; que fue advertido de su gravedad y del peligro de desenlace súbito, por lo cual se apresuró a testar, conforme a su intención expresada desde antes, y que a partir del día siguiente entró en estado de asistolia, preagónico, impeditivo del más mínimo esfuerzo físico, que perduró hasta la muerte.

El Tribunal tuvo en cuenta esas declaraciones, salvedad hecha de la de Borrero, que no relacionó, y las halló vagas respecto a la diligencia puesta en la consecución de notario, con el sólo descuento de haberse señalado como principal objeto de la búsqueda al Primero, por la razón apuntada, pero, a propósito de tal detalle, descarta todo valor del dato por la mentada contradicción entre el comentario común de los testigos y el certificado del escribano que afirma haber recibido, sin constancia de manos de quién, a mediados de septiembre de 1963 una minuta de testamento de Luis Alberto Leyton, de donde su conclusión de que ese borrador fue llevado a la Notaría, en verdad, varios días después de fallecido el otorgante.

Hay, pues, dos cuestiones complementarias en juego: la realidad de las condiciones del testador, decisiva para obrar con la mayor rapidez, y la efectividad de búsqueda diligente del funcionario, calificada con la probabilidad de alcanzar su presencia oportuna.

El Tribunal no reparó en la situación del testador, ni valoró la urgencia de la actuación, factor de ineludible consideración para juzgar aquí sobre la procedencia de la testamentifacción extraordinaria. Su análisis se circunscribió a la asequibilidad de notario y a la mayor o menor acuciosidad en conseguirlo, tomando las cosas en abstracto y a la sola luz del número de tales funcionarios y del tiempo que tomó la diligencia testamentaria.

Pálpase, pues, el error manifiesto de hecho en la ponderación de los testimonios, denunciado en el recurso: se dejaron de considerar aspectos palpitantes de las declaraciones, relacionados con una presuposición cardinal de la norma, demostrativos de la necesidad de que se actuara con presteza, dentro de una urgencia real, puesta de manifiesto por las circunstancias, que justifican se hubiera acudido a la forma marginal de testamento, permitida al efecto por la ley. A lo cual ha de agregarse que igualmente se cayó en el susodicho yerro en lo que atañe a la declaración de Borrero Durán, que no fue traída a colación por la sentencia, y que con aquellos otros testimonios concurre a probar el medio ambiental que determinó el otorgamiento del testamento en la forma en que se hizo.

En punto de demérito de la prueba en examen por su contradicción con el certificado notarial y el aserto de que la solicitud del servicio con minuta *ad hoc* sólo se formuló una vez muerto el testador, caben las siguientes reflexiones:

*Por definición legal (Código Civil, artículo 1758), instrumento público es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario, con fe universal en cuanto a su otorgamiento y fecha, reducida a los otorgantes respecto a la verdad de sus declaraciones (*ibídem, *artículo 1759), y con "plena fe acerca de su contenido, como documentos auténticos, los provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; ... las certificaciones de los jueces y magistrados sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley, y las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas,..." (artículo 632 del Código de Procedimiento Civil).*

El documento público deriva eficacia de su origen en funcionario en ejercicio de sus funciones, legalmente autorizado para expedirlo, y de su confección regular.

El notario cumple, entre otras, la tarea de recibir las declaraciones de parte, que, extendidas en su protocolo, constituyen escritura pública, respecto de la cual puede expedir copias y, en ciertos casos, certificados, con vista y referencia a los libros que por disposición legal lleva. Unas y otros hacen plena prueba, tanto de su expedición, como de su contenido, en cuanto documentos públicos. Mas, si los certificados se emiten fuera de la órbita restringida de su pertinencia, o respecto de hechos que, así hayan llegado al conocimiento del notario por razón de su oficio, en fuerza del mismo, no están respaldados con anotaciones regulares en los dichos libros, aquella calificación y la fuerza probatoria que de ahí emana, desmerecen, habida cuenta de la informalidad o la irregularidad en el procedimiento. Pues, en punto de comunicación de los escritos conservados en el archivo notarial, ha de repararse en si sólo son susceptibles de verterse en copia o admiten la certificación, con miras al empleo de la vía idónea; y, en cuanto atañe al contenido del certificado, indispensable es, además, examinar el antedicho respaldo en los libros, único que amerita de suyo la veracidad de la certificación, y sin el cual ésta no sería más que un simple testimonio, sometido a necesaria crítica, con valor deducido de su entidad y su integración con las demás probanzas, desprovisto de los alcances del instrumento público, pese a la apariencia que de tal pueda ofrecer.

Las declaraciones de los otorgantes que se pasan ante notario, por exigencia de ley o por determinación de ellos, pueden ser redactadas por los mismos o sus comisionados, o por el propio funcionario, previamente o en el acto del otorgamiento. Si las partes, o el único autor de la disposición, encomiendan al notario asistirlas para la redacción de lo proyectado por ellas (Código Civil 2596/97), éste ha de tomar notas o apuntes de tal dicho en libro minutario *que también le ordena la ley llevar, y si los interesados suscriben ese borrador y demandan la firma del notario allí, el memorando pasa a ser documento, auténtico sí, pero privado, de cuyo contenido puede expedirse copia, dada su incorporación al archivo de la oficina pública (Código Civil 2563 y 2569).*

De esta suerte, el certificado del Notario Primero del Circuito, expedido en marzo de 1964, a la vista de un escrito ajeno, sin fecha, contentivo de un proyecto de testamento, y de unos recibos de cancelación del valor de sus derechos por pasarlo a papel sellado, fechados a mano el 15 de septiembre de 1963, es instrumento público en apariencia, pero en su contenido es una declaración sin la fuerza de aquél, derivada de recuerdos no sustentados en anotaciones fehacientes.

Entonces, la imprecisión del término "a mediados del mes", la referencia simultánea a dos hechos entrelazados funcionalmente (recibo del proyecto y cancelación del trabajo), próximos en el tiempo y en un orden cierto de sucesión, agregadas a la ninguna responsividad del aserto, impiden tomarlo como prueba que desvirtúe el conjunto testimonial que indica aquella solicitud como algo previo al testamento (antes del 4 de septiembre), y el haber enderezado la búsqueda de notario preferencialmente a él por tal virtud, y menos autoriza para deducir de allí falta de diligencia en la tarea.

Es por ello fundado también el cargo de error de derecho en la apreciación del documento en cuestión, con mengua del artículo 632 del Código de Procedimiento Civil, como se formula en la demanda, al concederle mérito destructor de las declaraciones testimoniales.

Los yerros admitidos condujeron al Tribunal a no aplicar los artículos 1071 y 2578 del Código Civil, permisivos de la forma testamentaria a que acudió Leyton en la emergencia anotada, y a invalidar su disposición por informalidad fincada en ausencia de notario, con indebido empleo de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil atinentes a la nulidad absoluta.

Habiendo de casarse la sentencia impugnada, y de proferirse la de mérito que la sustituya, resulta oportuno relievar que el testamento nuncupativo subsidiario, de utilización casi inusitada, ha sido objeto de concreta consideración por parte de la Corte en contadas ocasiones: sentencias de julio 29 de 1920, XXVIII, 126; octubre 18 de 1938, LXVII, 235/239; abril 16 de 1942, LIII, 330; octubre 18 de 1944, LVIII, 71; abril 9 de 1945, LIX, 89/91; agosto 25 de 1947, LXII, 666; julio 28 de 1955, LXXX, 749/751; abril 25 de 1956, LXXXII, 300/304; y septiembre 7 de 1964, CVIII, 309/317, en las causales, cuando se ha declarado la nulidad, su causa ha consistido en falsedad o en graves irregularidades en su otorgamiento, con mengua del artículo 1073 del Código Civil, fuera de los eventos de los 1942, 1947 y 1964, en que aquélla se originó en la ausencia de notario, no salvada con actos diligentes ni afirmada en real urgencia determinante del empleo del sustituto negocial, pues, en el primero, se estableció la expedición notarial y la plena posibilidad de empleo de la forma principal, y por ende, lo innecesario de la sustitutiva; en el segundo los únicos declarantes a propósito, en contradicción con varios notarios del lugar, fueron los hijos de la asignataria y, en último, fuera de mediar amplio término hábil entre la confección del testamento y la muerte de quien lo otorgó, los testigos se pronunciaron sobre su debilidad sicofísica para entonces (Código Civil 1118).

Todo esto para precisar los alcances de los precedentes judiciales, argumento primordial y persistente de los actores, y puntualizar el entendimiento de los artículos 1071 y 2578 del Código Civil, que si se captaran como ellos proponen y el Tribunal lo acepta, prohijando el concepto del juzgado, en el sentido de que "en una ciudad como Bogotá, con abundancia de notarios, el testamento nuncupativo ante testigos, sólo podrá aceptarse bajo calamidades de orden público y social de entidad superior, pues es imposible que cuando menos uno de aquéllos no esté atendiendo diariamente su despacho", se llegaría a la prescindencia del medio en cuestión y de la posibilidad de ejercicio de la autonomía privada que ofrece, dentro de un criterio mecanicista y con olvido de las necesidades a que responde; pues, como quedó expuesto, no sólo ha de contemplarse la falta en sí del funcionario, sino también y al mismo tiempo la situación del testador, y la oportunidad y condiciones en que obró, sólo a la luz de las cuales podrá juzgarse objetivamente si para él y entonces había o no notario expedito, con clara visión retrospectiva.

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 decisión proferida en este pleito por el Tribunal Superior de Bogotá el treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966) y, en su lugar, en instancia,

Falla:

1º Revócase la sentencia del Juzgado Décimo Civil del Circuito de esta ciudad, de fecha veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

2º Deniéganse las súplicas de la demanda.

3º Costas en la primera instancia a cargo de la parte actora.

4º Sin costas en el segundo grado ni en casación.

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

Con salvamento.

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Flavio Cabrera Dussán:

Con el respeto debido a mis distinguidos compañeros de Sala, consigno a continuación las razones de mi disentimiento.

Dispone el artículo 1071 del Código Civil, que en los lugares en que no hubiere Notario o en que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne nuncupativo ante cinco testigos, que reúnan las cualidades exigidas en dicho estatuto.

Como fácilmente puede apreciarse por la forma como está concebido el citado artículo, entre nosotros el testamento nuncupativo ante cinco testigos no es un testamento opcional, o alternativo de otra forma de testar, como ocurre en Chile, sino una forma subsidiaria del nuncupativo solemne ordinario, ante Notario y tres testigos. Así lo ha entendido siempre la jurisprudencia, basada, con acierto, en el texto de la ley, el cual no puede ser desnaturalizado con motivo de su interpretación.

La forma del testamento nuncupativo solemne ante testigos, sin la presencia del Notario, como subsidiaria que es del nuncupativo abierto o público ordinario, está autorizada en Colombia para el caso excepcional de que en el lugar en donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario o faltare este funcionario.

Es claro que estando dividido el territorio nacional en Circuitos de Notaría, jurídicamente no podría decirse que no hay Notario o que falta este funcionario en algún lugar del territorio patrio. Pero como la ley ha de interpretarse de manera de hacerle producir efectos, debe entenderse que el no haber Notario o el faltar este funcionario, son expresiones que hacen relación a determinadas circunstancias en que el testador se encuentra en un momento dado, como si estuviese en lugar distante de la cabecera del Circuito de Notaría correspondiente, que dificultare la consecución de Notario; o a determinadas circunstancias relacionadas con el funcionario mismo, como en los casos en que el Notario no estuviere desembarazado, libre de estorbo o dispuesto a obrar, es decir, en los casos en que no estuviere expedito, como dice el artículo 2578 del Código Civil.

Así interpretado el precepto en cuestión, claramente se ve que es posible otorgar testamento nuncupativo ante cinco testigos aún en cabecera de Notaría, cuando el Notario del lugar, por cualquier circunstancia, no estuviere allí, por ausencia temporal, o estándolo, no se encontrare expedito, es decir, dispuesto a atender el llamado del presunto testador.

Que el testamento nuncupativo ante cinco testigos es subsidiario del público ante Notario y que a esa forma de testar sólo puede acudirse en los casos excepcionales que la misma ley señala, esto es, cuando se dan los presupuestos de hecho de la norma, es doctrina que ha sostenido siempre la Corte. Me basta citar, para el caso, su última jurisprudencia en el particular, consignada en fallo de 7 de septiembre de 1964, que aparece publicado en el Tomo CVIII, páginas 309 y siguientes. Dijo la Corte, comentando el artículo 1071 del Código Civil:

"Como aparece de lo anterior, la ley autoriza el otorgamiento del testamento solemne público ante testigos y sin la presencia del Notario, cuando este funcionario no existe en el lugar, o cuando llegare a faltar.

"Pero como lo tiene registrado y aceptado la jurisprudencia y la doctrina, esta forma de testar tiene un carácter simplemente subsidiario y sólo puede emplearse en los casos excepcionales que la misma ley señala, sin que pueda generalizarse su empleo, ni mucho menos darle al testamento ante testigos una categoría y una preeminencia igual a la que tiene el testamento nuncupativo otorgado ante Notario y testigos.

"Si el testamento público ante cinco testigos sólo puede otorgarse en forma excepcional y subsidiaria, es preciso en cada caso cerciorarse de la falta del respectivo Notario, para poder tenerlo como válido y eficaz para los efectos legales. De

lo contrario quedaría al arbitrio de partes interesadas el acudir o no ante el Notario, o verificar el otorgamiento ante sólo testigos".

Ahora se dice en el fallo de que me aparto, que el no haber Notario o el faltar este funcionario, como presupuesto de la admisibilidad del testamento nuncupativo ante cinco testigos, "no es algo que deba deducirse de la sola situación de aquél, cuanto de las circunstancias del testador puestas en relación con las del funcionario, conjugadas, y del ambiente que rodeó la celebración del acto".

Yo acepto que las circunstancias en que se encuentre el testador en un momento dado son factores que deben tenerse en cuenta, como en la hipótesis a que atrás me referí de que el presunto testador se halle en lugar distante de la cabecera de Notaría y sea difícil la consecución de Notario; o cuando, aún hallándose quien pretende testar en lugar cabecera de Notaría, no encontrare Notario expedito.

Esta es cuestión de hecho que debe analizarse en cada caso. La generalización de la doctrina en el sentido de que puede otorgarse testamento nuncupativo ante cinco testigos atendiendo a las circunstancias del testador y al ambiente que lo rodea, podría traer como consecuencia el convertir esta forma de testar (ante cinco testigos) en forma opcional, haciéndole desaparecer el carácter subsidiario que le da la ley.

Pero aún interpretando que el no haber Notario o el faltar este funcionario por inexpedición es factor que debe ponerse en juego con las circunstancias del testador y el ambiente que lo rodea, siempre será necesario, por el carácter de subsidiario del testamento nuncupativo ante cinco testigos, acreditar plenamente que se hicieron las diligencias conducentes para obtener la presencia del Notario y que, a pesar de ello, no fue posible lograrlo, por lo cual se acudió a esa forma subsidiaria de testar.

En el *sub lite* el Tribunal encontró que los testimonios aducidos para ameritar las diligencias hechas para la consecución de Notario eran vagas, por lo cual no le merecieron entero crédito. "Las manifestaciones de los testigos resultan especialmente vagas a este respecto, dice el fallo acusado. No se precisan los medios empleados para poder comunicarse con uno cualquiera de los distintos notarios; no se sabe si fue posible hablar con alguno; si se les dejó la solicitud en sus casas de habitación; si alguien se dirigió personalmente a sus domicilios; en fin, no aparecen de las declaraciones indicios que puedan ilustrar suficientemente al juzgador sobre las diligencias efectuadas".

La mayoría de la Sala estima que se cometió error de hecho en la apreciación de los testimonios aducidos para probar la búsqueda de Notario, pero yo no veo ese error que, como lo viene repitiendo la jurisprudencia de la Corte, tiene que ser manifiesto, es decir, aparecer de bulto como si dijésemos, para que pueda aceptarse en casación, porque la ley habla, refiriéndose al error de hecho de error "evidente".

También ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, en forma repetida, que los Tribunales de instancia gozan de autonomía en la apreciación de los elementos de hecho de la causa, y que sólo cuando el Tribunal ha incurrido en un error evidente de hecho, o en error de derecho en la apreciación de las pruebas, puede casarse el fallo acusado.

En cuanto a la declaración del médico doctor Elías Borrero Durán (folio 8 cuaderno 2), que el Tribunal no mencionó, si por esta circunstancia pudiera pensarse en un error de hecho respecto de ella, dicho error no tiene trascendencia, porque tal declaración se refiere: a que el testador le había manifestado al testigo, su especial afecto por su hija Graciela y el propósito de dejarle lo mejor de su capital; a que el 1º de septiembre de 1963 el testigo fue a ver a Leyton a la clínica de Marly y éste le expresó que había encargado al doctor Carlos E. Vargas para que arreglara lo relativo al otorgamiento del testamento a favor de su nombrada hija Graciela; ya que Leyton padecía de una grave lesión cardíaca, por lo que era inminente su fallecimiento de un momento a otro. No se refiere el testigo a las diligencias hechas para conseguir Notario, que es lo que interesa aquí, pues no estuvo presente cuando Leyton otorgó su testamento.

Debo observar, finalmente, en cuanto al error de derecho respecto del certificado del Notario Primero de Bogotá, que tal error tampoco incide en la casación del fallo acusado, porque esa certificación se analiza por el Tribunal como elemento que tiende a desvirtuar los testimonios aducidos para probar la consecución de Notario, pero sólo en cuanto a la consecución del Notario Primero, no en cuanto a la consecución de alguno otro, de los diez que existen en Bogotá, según prueba aportada a los autos.

En esas circunstancias, queda en pie la apreciación del fallador de instancia respecto de los testimonios allegados para probar las diligencias tendientes a la consecución de Notario, con relación a los demás Notarios distintos del pri-

mero, testimonios que el fallador halló vagos, como ya se anotó, y respecto de los cuales no se advierte un evidente error de hecho en su apreciación, como dije antes.

En consecuencia, estimo que ha debido mantenerse el fallo acusado.

Fecha ut supra.

Flavio Cabrera Dussán.

REIVINDICACION DE PARTE INDIVISA

Como el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, tratándose del bien común la acción debe ejercitarla para la comunidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, febrero 27 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en este juicio, contra la sentencia de 7 de diciembre de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

I
El litigio

Pablo de Narváez Vargas demandó a la sociedad "Ganadería Las Vegas Limitada", domiciliada en Honda y representada por su Gerente Ernesto de Castro Urrutia, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Declarar que mi mandante, señor doctor Pablo de Narváez Vargas, es titular del derecho de dominio pleno del globo de terreno descrito en los hechos 1º y 6º de esta demanda, por haberlo adquirido mediante las compraventas de que tratan las Escrituras 63 de fecha 5 de febrero de 1959, otorgada en la Notaría de La Dorada, 1746 del 3 de abril de 1959, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, y por haber dichos predios formado parte integrante de un globo de mayor extensión, llamado 'La Ceiba', descrito en el hecho 4º de este libelo, por los siguientes linderos: Por el oriente, con la ribera izquierda del río Magdalena en toda su extensión; por el norte, con el antiguo cauce del río Magdalena. por el occidente, con el antiguo cauce del río Magdalena; por el sur, con el antiguo cauce del río Magdalena.

"Segunda. Declarar que la propiedad de mi mandante, en el límite occidental de la misma, que la separa del predio de 'Las Vegas', en virtud del modo accesión, llega hasta la mitad del antiguo cauce abandonado del río Magdalena, que se extiende de Sur a Norte, dividiendo dicho cauce por una línea longitudinal, en dos partes iguales, una de las cuales accederá al predio de mi mandante, descrito en la petición primera de esta demanda, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 724, inciso 2º del Código Civil.

"Tercera. Declarar que el globo de terreno que posee la sociedad demandada, descrito en el hecho 8º de esta demanda, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el oriente, con predios de propiedad de mi mandante ocupados por el doctor Horacio Gómez, separados por una cerca de alambre de púas; por el occidente, con el cauce abandonado del río Magdalena, antiguo cauce por donde actualmente corre la quebrada de 'Pajaral'; por el norte, con predios de propiedad de mi mandante, separados igualmente por cercas de alambre de púas; y, por el sur, con el mismo cauce abandonado del río Magdalena, terrenos ocupados con mejoras del doctor Horacio Gómez, por formar parte integrante de los predios a que se refieren las peticiones 1ª y 2ª de esta demanda, es propiedad exclusiva de mi mandante, señor doctor Pablo de Narváez Vargas.

"Cuarta. Condenar a la sociedad demandada 'Ganadería Las Vegas Limitada', a restituir al señor doctor Pablo de Narváez Vargas, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, el lote de terreno que viene detentando materialmente, sin título que justifique el derecho, por la situación y linderos descritos en el hecho 8º de esta demanda, fundo al cual se refiere la petición tercera, in-

mediatamente anterior, con todos sus anexos, por ser propiedad de mi mandante.

"Quinta. Declarar que la sociedad demandada es poseedora de mala fe, y consecuencialmente carece de derecho a que se le abonen las mejoras útiles, según las reglas del artículo 966 del Código Civil.

"Sexta. Condenar a la sociedad demandada a pagar a mi mandante, seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, los frutos naturales y civiles del fundo cuya posesión detenta, no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde la fecha en que se pruebe que ocupan dicho fundo, hasta el día de la restitución, en la suma y cuantía que se establezca dentro del proceso, o en su defecto, condenarla en abstracto en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial, en concordancia con el 480 ibídem.

"Séptima. Condenar a la sociedad demandada al pago de las costas del proceso".

Afirma la parte actora que el demandante adquirió el derecho de dominio sobre el fundo "El Recreo" y "Punta de Linares", determinado como se expresa en la petición primera de la demanda, por compras a Rosendo Ardila y María Angel de Gutiérrez, mediante las Escrituras públicas números 63 y 1746 de 5 de febrero de 1959, de la Notaría de La Dorada, y de 3 de abril del mismo año de la Notaría Quinta de Bogotá, respectivamente; que dicho predio formó parte de la finca llamada "Linares", en jurisdicción de Puerto Salgar, Departamento de Cundinamarca, y ésta a su vez hizo parte de una de mayor extensión llamada hacienda "La Ceiba"; que como consecuencia del cambio brusco del río Magdalena, tal predio quedó separado por las aguas del río, hallándose actualmente situado en su margen izquierda; que a continuación del fundo "Punta de Linares" y sobre la margen derecha del río, separada por un pequeño brazo o caño, existía, formando parte del globo de "La Ceiba", una pequeña porción de terreno llamado "Isla del Fierro"; que "Punta de Linares" e "Isla del Fierro" constituyen actualmente un solo cuerpo como consecuencia del cambio brusco del cauce del río Magdalena, quedando en jurisdicción del Municipio de La Dorada; que este fundo no puede considerarse como un aisla, porque al abandonar el río Magdalena su antiguo lecho, quedó vinculado geográfica y topográficamente a la antigua ribera, en la margen izquierda del río; que la parte demandada ocupa el predio materia de la acción sin título alguno y lo explota en su exclusivo beneficio, en forma contraria a derecho, porque es de propiedad del actor; y que es poseedora de mala fe.

El primer grado del juicio concluyó con sentencia de 28 de enero de 1965, mediante la cual el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada absolvió a la sociedad demandada de los cargos formulados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al decidir la apelación interpuesta por la parte actora, revocó el fallo del juzgado y decidió el pleito así:

"Primero. Se declara que el doctor Pablo de Narváez Vargas es el titular del derecho de dominio pleno del predio rural, ubicado actualmente en jurisdicción del Municipio de La Dorada, llamado en la Escritura pública número 63 de 5 de febrero de 1959, de la Notaría de La Dorada, 'El Recreo' y 'Punta de Linares', por haberlo adquirido con mayor extensión mediante la citada escritura. Inmueble que posee la parte demandada, o sea la sociedad 'Ganadería Las Vegas Limitada', comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el oriente, con predios ocupados por el doctor Horacio Gómez, separados por una cerca de alambre de púas; por el occidente, con el cauce abandonado del río Magdalena, antiguo cauce por donde actualmente corre la quebrada de 'Pajaral'; por el norte, con terreno de propiedad del demandante, doctor Pablo de Narváez Vargas, separados igualmente por cerca de alambre de púas; por el sur, con el mismo cauce abandonado del río Magdalena hasta llegar a los terrenos que posee el doctor Horacio Gómez. Inmueble que hace parte integrante de los predios a que se refieren los hechos 1º y 6º de la demanda.

"Segundo. Se declara que la propiedad del doctor Pablo de Narváez Vargas, en el límite occidental de la misma, que la separa del predio de 'Las Vegas', llega hasta la mitad del antiguo cauce abandonado del río Magdalena, que se extiende de sur a norte, dividiendo dicho cauce por una línea longitudinal, en dos partes iguales, una de las cuales accede al predio del demandante, descrito en la petición primera de la demanda, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 724, inciso 2º del Código Civil.

"Tercero. Se condena a la sociedad demandada 'Ganadería Las Vegas Limitada' a restituir al doctor Pablo de Narváez Vargas, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el lote de terreno que se alinderó en el ordinal primero de la parte resolutiva de este fallo.

"Cuarto. Se declara que la sociedad demandada es poseedora de buena fe. Por consiguiente, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda, según las reglas del artículo 966 del Código Civil, cuya regulación debe hacerse mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

"Quinto. Se condena a la sociedad demandada a pagar al demandante, seis días después de la ejecutoria de la sentencia, los frutos naturales y civiles del predio a que se refiere el hecho 8º de la demanda, no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, a partir de la contestación de la demanda, o sea desde el 26 de agosto de 1961, hasta el día de la restitución del inmueble. Cuantía y valor de los frutos que se regularán mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial. Es entendido que en la liquidación de los frutos no se computará el valor de los que hubieren podido producir las mejoras plantadas por la parte demandada antes de la contestación del libelo.

"Sexto. Se concede a la sociedad demandada el derecho de retención del inmueble objeto de la reivindicación, hasta que se verifique el pago, o se le asegure a satisfacción el valor de las mejoras útiles.

"Séptimo. Se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda, en la Oficina de Registro de La Dorada, para lo cual se librará el oficio correspondiente.

"Octavo. Se condena a la sociedad demandada 'Ganadería Las Vegas Limitada' a pagar al doctor Pablo de Narváez Vargas, el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de las costas judiciales de primera y segunda instancia".

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

II

Consideraciones de la sentencia del Tribunal

Observa el Tribunal que la reivindicación o acción de dominio 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 restituírsela; que son cuatro sus elementos, a saber: cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; derecho de dominio en el demandante; posesión material en el demandado; e identidad entre lo que se pretende y lo poseído.

Estima el sentenciador que es condición indispensable para que la demanda prospere, que el actor demuestre ser dueño de un bien determinado, no estar en posesión del mismo y que ese bien lo posea la persona contra quien se dirige la demanda.

Estudia los elementos de la acción reivindicatoria y tiene por demostrado que lo demandado es cosa singular reivindicable, que la posesión material la ejerce la sociedad "Ganadería Las Vegas Limitada", desde 1953, y que hay identidad entre lo que demanda el actor y la cosa poseída por la parte demandada.

Después de analizar las pruebas que estimó conducentes a la demostración de tales extremos, concluye el Tribunal que el predio objeto de la demanda "es el mismo identificado en la diligencia de inspección ocular y dictamen pericial; que es el mismo a que se refiere la Escritura número 63 de 5 de febrero de 1953 (sic) de la Notaría de La Dorada (folio 18 cuaderno 1), citada en el hecho primero del libelo, por medio de la cual el actor adquirió el dominio de tales terrenos; y que es el mismo del cual está poseyendo parte la sociedad ganadera demandada por los linderos indicados en el hecho octavo de la demanda. Ese mismo terreno poseído por los demandados forma parte de "La Punta de Linares" e "Isla del Fierro", hoy unidas en la forma que se constató en la diligencia de inspección ocular y lo corroboran los peritos en el dictamen pericial. "La punta de Linares" e "Isla del Fierro", las que antes del cambio del cauce del río Magdalena formaban parte integrante de la hacienda "Linares", ubicada en el Municipio de Puerto Salgar, Departamento de Cundinamarca, hacen a su vez parte de las 20.364 hectáreas de terreno conocidas antiguamente con el nombre de hacienda "La Ceiba".

El fallo acepta que el río Magdalena cambió de cauce en el año de 1953 y que la parte demandada no tiene título de dominio sobre el lote en litigio, porque el que posee es de la hacienda "Las Vegas", ubicada en el Municipio de La Dorada, que es un fundo completamente distinto. "Queda demostrado —dice el Tribunal— que la sociedad demandada no tiene ningún título de dominio o posesión inscrita sobre el predio en disputa, quedándole sólo la posesión material, que arranca del año de 1953 en adelante, para enfrentarla no sólo a la posesión inscrita del actor, que viene desde el año de 1931, sino también a la posesión material que tuvieron sus an-

tecesores con anterioridad al cambio del cauce del río Magdalena y que luego la perdieron por tal motivo, como lo declaran los señores Aníbal Román (folio 27 cuaderno 2), Juan Saavedra (folio 9 cuaderno 2), Jorge Lozano Ochoa (folio 10 cuaderno 2), Gerardo Posada (folio 135 cuaderno 2), Ricardo Angel Londoño (folio 136 cuaderno 2) y Juan Atehortúa(folio 20 cuaderno 2), quienes además están de acuerdo con que después del cambio del cauce del río, en el año de 1953, la sociedad demandada ocupó la citada finca que, como dice gráficamente el deponente, señor Atehortúa: 'Le puso mano la sociedad Ganadería Las Vegas y se hicieron dueños de ella en tal forma' ''.

Con relación al derecho de dominio en el demandante el sentenciador hace el siguiente análisis:

''1º El doctor Pablo de Narváez Vargas adquirió el inmueble objeto de la controversia, por medio de las Escrituras números 63, de 5 de febrero de 1959, de la Notaría de La Dorada, y la número 1746, de 3 de abril del mismo año, de la Notaría 5ª de Bogotá, por compra al señor Rosendo Ardila y la señora María Angel de Gutiérrez.

''2º La Escritura número 63 de 5 de febrero de 1959, citada, dice que el señor Rosendo Ardila vende el terreno alinderado en la misma, sin hacer constar que sea una parte de él. El nombrado título aparece registrado en las oficinas de Registro de La Dorada (Caldas) y Guaduas (Cundinamarca). La venta del lote o isla se hizo en la suma de $ 60.000. En la misma escritura dice que el señor Ardila adquirió el mismo inmueble por compra al señor Gerardo Posada Restrepo, según Escritura número 3054 de 31 de mayo de 1958, de la Notaría 5ª de Bogotá, y en esta última escritura se afirma que el señor Posada Restrepo adquirió el inmueble, en mayor extensión, por compra al señor Arturo Campo Posada, según Escritura número 1423 de 25 de marzo de 1955, de la Notaría 2ª de Bogotá, por la suma de $ 4.000.00. Esta última escritura está registrada en las Oficinas de Registro de La Dorada en 1961 y en Guaduas, en el año de 1955 (folios 107 a 110, cuaderno 2).

''3º Echando un paso atrás, se tiene que el demandante compró el mismo predio, también, a la señora María Angel de Gutiérrez, por medio de la citada Escritura 1746 de 3 de abril de 1958, de la Notaría 5ª de Bogotá. Es de tener en cuenta que por medio de esta escritura el demandante vuelve a adquirir el dominio de la totalidad del terreno que ya le había comprado al señor Rosendo Ardila unos 58 días antes, pero no en la suma de $ 60.000.00 que debía ser su valor comercial, sino en la insignificante suma de $ 4.000.00. La vendedora al final de la escritura, por medio de su apoderado general, señor Enrique Pérez Vélez, manifiesta que adquirió la mitad del mismo inmueble, en común y proindiviso con el señor Gerardo Posada Restrepo, en el juicio de sucesión del señor Jaime Gutiérrez Arango, protocolizado en la Notaría Cuarta de Bogotá por Escritura número 6704 de 10 de noviembre de 1958. En la anotada Escritura número 1746, se hizo constar que la vendedora no responde por ocupación de colonos en el inmueble vendido, ni por ningún gravamen ni limitación de dominio, 'y que no saldrá al saneamiento en ningún caso' (folio 22 vuelto, cuaderno principal).

''4º En la Escritura número 6704 de 10 de noviembre de 1958 citada en el párrafo anterior, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión del señor Jaime Gutiérrez Arango, se transcribió el trabajo de liquidación, distribución y adjudicación de los bienes de la citada sucesión. Allí aparece la hijuela que le correspondió a la señora María Angel de Gutiérrez. Entre los bienes adjudicados se encuentra el marcado con el número 27, el que hace referencia a la mitad 'en común y proindiviso con el señor Gerardo Posada Restrepo, sobre la totalidad de la finca 'Mayorca' o 'El Conchal' antes 'Bramón', ubicada en el Municipio de Puerto Salgar (Cundinamarca), con todas las mejoras y anexidades, cercas', cuyos linderos son completamente distintos a los indicados en las escrituras por medio de las cuales adquirió el demandante el inmueble objeto de este juicio (folios 52 vuelto a 54 vuelto cuaderno 2).

''Es de suma importancia tener en cuenta que el inmueble adjudicado a la nombrada señora en común proindiviso con la otra parte que correspondió al señor Gerardo Posada Restrepo, dice la hijuela que lo adquirió éste y el señor Jaime Gutiérrez Arango por compra al señor Luis González Robledo, según Escritura número 2105 de la Notaría 2ª de Bogotá el 2 de mayo de 1956, la que no se trajo al juicio. Debe tenerse en cuenta también que el referido inmueble fue adjudicado a la señora Angel de Gutiérrez en la no despreciable suma de $ 330.500.00 en el año de 1958 y dice venderlo en el mismo año en la suma de $ 4.000.00 (folio 54 vuelto, cuaderno 2).

''5º Todos estos hechos vienen a demostrar que el inmueble a que se refiere la hijuela de la

señora Angel de Gutiérrez no es el mismo relacionado en la demanda, y que, por consiguiente, la dicha señora, jurídicamente, nada podía transferir, a título de venta, al doctor Pablo de Narváez Vargas por medio de la aludida Escritura número 1746 de 3 de abril de 1959 de la Notaría 5ª de Bogotá.

"6º De acuerdo con la conclusión anterior, al demandante sólo le queda como título de propiedad del bien que pretende reivindicar, el que relaciona la Escritura número 63 de 5 de abril de 1959 de la Notaría de La Dorada. Ya se vio que por medio de ella adquirió la totalidad del predio en litigio porque no aparece que el actor haya pretendido comprar por la antedicha escritura sólo la mitad, o que la intención del vendedor haya sido la de transferir la mitad del mismo. La citada Escritura 1746 de 3 de abril de 1959 de la Notaría 5ª de Bogotá, ningún papel juega en este juicio, y por lo mismo la Sala no la tendrá en cuenta por lo anteriormente expuesto...".

El Tribunal estudia luego los títulos antecedentes de la Escritura número 63 y expresa: "En otra parte de esta providencia se dijo que el citado Ardila Ruiz adquirió el inmueble de Gerardo Posada Restrepo por medio de la Escritura número 3054 de 31 de mayo de 1958, pasada en la Notaría 5ª de Bogotá. Posada Restrepo adquirió el inmueble, en mayor extensión, por compra a Arturo Campo Posada y otros, según Escritura 1423 de 28 de marzo de 1955, de la Notaría 2ª de Bogotá (folio 57 cuaderno 2). Campo Posada y otros adquirieron por compra a Carlina Castellanos viuda de Ortegón y a Julio Valencia García, en común y proindiviso, por iguales partes, por las Escrituras números 2009 de 30 de septiembre de 1954 y 2354 de 7 de diciembre del mismo año, ambas de la Notaría de Pereira".

Continuando en el análisis de los títulos traslaticios del dominio aducidos por la parte demandante, anota el sentenciador que la Castellanos adquirió su derecho por adjudicación en el sucesorio de Pedro Teodolindo Ortegón, y que éste y Julio Valencia se hicieron propietarios del inmueble por compra, en común, a Pedro José Escobar, según Escritura número 447 de 19 de noviembre de 1950, de la Notaría de La Dorada.

Concluye el Tribunal que el derecho de dominio de la parte actora, fundado en la Escritura número 63, hace viable la acción incoada, referente a la reivindicación, como cuerpo cierto, del predio materia de la demanda.

III

El recurso

Varios cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal. Como la Corte encuentra probado uno de ellos, se abstiene de considerar los restantes, según lo dispuesto por el artículo 538 del Código Judicial.

Con fundamento en la causal primera de casación, se acusa la sentencia por quebranto indirecto de los artículos 740, 752, 759, 762, 946, 950, 964, 1759 y 1871 del Código Civil, a causa de evidente error de hecho en la apreciación de las siguientes Escrituras: la número 63 de 5 de febrero de 1959, de la Notaría de La Dorada (folio 18, cuaderno 1); la número 3054 de 31 de mayo de 1958, de la Notaría 5ª de Bogotá (folio 57, cuaderno 2); la número 1423 de 25 de marzo de 1955, de la Notaría 2ª de Bogotá (folio 107, cuaderno 2); la número 2354 de 7 de diciembre de 1954, de la Notaría 2ª de Pereira (folio 84, cuaderno 2); la número 2009 de 30 de septiembre del mismo año, de la Notaría 2ª de Pereira (folio 81, cuaderno 2); la número 1039 de 29 de abril también de 1954, de la Notaría 1ª de Pereira (folio 87, cuaderno 2); la número 447 de 19 de noviembre de 1950 de la Notaría de La Dorada (folio 143, cuaderno 2); y la número 446 de la misma fecha y de la misma Notaría (folio 141, cuaderno 2).

El recurrente parte de la base de que de las dos escrituras presentadas por el demandante, el Tribunal sólo tuvo en cuenta la número 63 y sus antecedentes en el dominio, y que rechazó la número 1746 de 3 de abril de 1959, de la Notaría 5ª de Bogotá, porque halló que el título de la vendedora María Angel de Gutiérrez, correspondía a un fundo completamente distinto del que es materia del pleito. Parte igualmente del hecho, demostrado en el juicio y aceptado por el sentenciador, de que la sociedad demandada posee el predio objeto del litigio desde el año de 1953.

El cargo se fundamenta así, en lo pertinente:

Por la Escritura número 446 de 19 de noviembre de 1950, de la Notaría de La Dorada, Luis González Robledo vendió a Pedro José Escobar un lote de terreno en jurisdicción de Puerto Salgar, del cual formó parte el que es materia de la demanda; Pedro José Escobar transfirió el inmueble a Pedro Ortegón y Julio Valencia, por la Escritura número 447, de la misma fecha y de la misma Notaría; Pedro Ortegón murió y por Escritura número 1039 de 29 de abril de 1954,

otorgada en Pereira, se protocolizó su causa mortuoria, habiéndosele adjudicado a Carlina Castellanos viuda de Ortegón, entre otros bienes, el derecho del causante en el fundo, equivalente a la mitad de éste, derecho que la viuda de Ortegón transmitió a Ricardo Angel Londoño, Arturo Campo Posada y Alvaro Campo Posada, mediante la Escritura número 2009 de 30 de septiembre de 1954, de la Notaría de Pereira. Julio Valencia, a su vez, vendió a los mismos Ricardo Angel Londoño, Arturo Campo Posada y Alvaro Campo Posada, su mitad en el fundo, por la Escritura número 2354 de 7 de diciembre de 1954, también de la Notaría de Pereira; éstos enajenaron el predio "por iguales partes", a Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada Restrepo, mediante la Escritura número 1423 de 25 de marzo de 1955; Gerardo Posada Restrepo transfirió su derecho a Rosendo Ardila Ruiz por la Escritura número 3054 de 31 de mayo de 1958, de la Notaría 5ª de Bogotá, y éste a Pablo de Narváez Vargas por la número 63 de 5 de febrero de 1959, de la Notaría de La Dorada.

En la Escritura número 1423 citada —expresa el recurso— se dice claramente que Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada Restrepo adquirieron el inmueble "en común y proindiviso y por iguales partes", y, en consecuencia, "si Gerardo Posada Restrepo sólo vende su parte de derecho y ésta es únicamente la mitad en común y proindiviso, quien aprecie e interprete la escritura en otra forma, contraria a su tenor literal, incide en evidente error de hecho. Precisamente esto es lo que hace la sentencia del Tribunal cuando al folio 56 vuelto del cuaderno 5 expresa: 'En otra parte de esta providencia se dijo que el citado Ardila Ruiz adquirió el inmueble de Gerardo Posada Restrepo por medio de la Escritura número 3054 de mayo de 1958, pasada en la Notaría 5ª de Bogotá'.

"Este evidente error de hecho viene de atrás, pues en el folio 55 del mismo cuaderno, en la propia causa (sic) motiva de la sentencia, había dicho el Tribunal: 'En la misma escritura dice que el señor Ardila adquirió el mismo inmueble por compra al señor Gerardo Posada Restrepo, según Escritura número 3054 de 31 de mayo de 1958, de la Notaría 5ª de Bogotá, y en esta última escritura se afirma que el señor Posada Restrepo adquirió el inmueble, en mayor extensión, por compra al señor Arturo Campo Posada, según Escritura número 1423 de 25 de marzo de 1955, de la Notaría 2ª de Bogotá".

El recurrente agrega que el Tribunal procedió con ligereza en el análisis de los títulos relacionados; que la Escritura número 63 de 5 de febrero de 1959, registra el contrato de compraventa celebrado entre Rosendo Ardila Ruiz y Pablo de Narváez Vargas; y que "si el vendedor confiesa que su título de adquisición es la Escritura número 3054 y en ésta se dice que Posada Restrepo transfiere en venta 'su parte de derecho dominio y posesión' y esta parte es 'en común y proindiviso y por iguales partes' con Gutiérrez Arango, ineluctablemente tiene que admitirse que Rosendo Ardila R. sólo es dueño de la mitad del bien que pretende vender y únicamente puede transferir ese derecho. Otra interpretación y apreciación de los títulos induce error de hecho evidente".

La Corte considera:

Dos títulos adujo el demandante como prueba de su derecho de dominio respecto del bien materia de la demanda: la Escritura número 1746 de 3 de abril de 1959, de la Notaría 5ª de Bogotá, y la número 63 de 5 de febrero del mismo año de la Notaría de La Dorada.

El primero de estos títulos, referente a la compra que hizo el actor a María Angel de Gutiérrez, fue rechazado por el Tribunal, como ya se anotó.

Por la Escritura número 63 citada (folio 18, cuaderno 1), Rosendo Ardila Ruiz aparece vendiendo a Pablo de Narváez Vargas "el derecho de dominio y posesión material que tiene sobre un lote de terreno que se seguirá llamando 'El Recreo', situado en jurisdicción del Municipio de Puerto Salgar, Cundinamarca, lote de terreno que con anterioridad formó parte físicamente del lote número uno (1) de la finca denominada 'Linares', situada en el Municipio de Puerto Salgar, y que hoy está constituido por una isla formada por el río Magdalena, la cual está comprendida entre el actual cauce del río en referencia y el antiguo cauce, hoy reducido a brazo o caño, y la cual ha sido parte integrante en todo tiempo del lote número uno (1), de la finca antes mencionada, pero por el cambio del cauce del río Magdalena aparece hoy desmembrada físicamente, cuyos linderos generales son: Por el oriente con el río Magdalena; por el norte con el antiguo cauce del río Magdalena; por el occidente con el antiguo cauce del río Magdalena; y por el sur con el mismo cauce del río Magdalena".

Esta escritura fue registrada tanto en La Dorada el 13 de mayo de 1959 como en Guaduas el 25 de noviembre de 1960. En ella se expresa que el inmueble materia de la negociación lo adqui-

rió el vendedor Ardila por compra a Gerardo Posada Restrepo, según consta de la Escritura pública número 3054 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 31 de mayo de 1958, registrada en las oficinas de Registro del Circuito de Guaduas y de La Dorada.

Mediante la Escritura número 3054 de 31 de mayo de 1958, de la Notaría 5ª de Bogotá, también registrada en Guaduas y en La Dorada, Gerardo Posada Restrepo aparece vendiendo a Rosendo Ardila Ruiz "su parte de derecho, dominio y posesión" sobre el lote materia de la demanda, el cual adquirió, según se dice en dicha escritura, por compra a Arturo Campo Posada, Alvaro Campo Posada y Ricardo Angel Londoño, de conformidad con el título número 1423 de 28 de marzo de 1955, de la Notaría 3ª de Bogotá.

Por este instrumento los nombrados Arturo Campo Posada, Alvaro Campo Posada y Ricardo Angel Londoño, transfieren a título de venta a Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada "el derecho de dominio y posesión" que dicen tener "en común y proindiviso y por iguales partes" sobre dos lotes de terreno situados en la vereda de La Ceiba, en jurisdicción de Puerto Salgar, determinados como allí se expresa, y "el derecho de dominio y posesión" sobre un lote de terreno que anteriormente formó parte físicamente del lote número primero, pero que por el cambio de cauce del río Magdalena aparece hoy desmembrado físicamente del citado lote. Por su parte los compradores dejaron constancia de que adquirían los inmuebles comprados "en común y proindiviso y por iguales partes". Esta escritura fue registrada en Guaduas el 19 de abril de 1955 y en La Dorada el 21 de septiembre de 1961.

Se deduce que si por la Escritura número 1423 citada, Jaime Gutiérrez A. y Gerardo Posada Restrepo adquirieron por iguales partes los inmuebles a que dicho título se refiere, cada uno de ellos sólo adquirió un derecho equivalente a la mitad en dichos inmuebles, entre los cuales se especifica el que es materia de la demanda, "que formó parte físicamente del lote número uno" (1), comprendido entre el actual cauce del río Magdalena y el antiguo; y si por la Escritura número 3054 de 31 de mayo de 1958 de la Notaría 5ª de Bogotá, Gerardo Posada Restrepo vendió su derecho a Rosendo Ardila Ruiz sobre el inmueble objeto del pleito, éste sólo adquirió aquello de que su tradente era dueño, o sea una cuota equivalente a la mitad de dicho inmueble; y como Pablo de Narváez Vargas deriva su título de Rosendo Ardila Ruiz según la Escritura número 63 de 5 de febrero de 1959 de la Notaría de La Dorada, sólo obtuvo de su tradente el derecho de éste sobre el bien materia de la demanda, equivalente a la mitad del mismo.

El Tribunal entendió que el actor había adquirido la totalidad del predio en litigio por medio de la citada Escritura número 63, en vista de que en ella se habla de la venta de todo el inmueble y no de una parte de él. "De acuerdo con la conclusión anterior —dice el fallo acusado— al demandante sólo le queda como título de propiedad del bien que pretende reivindicar, el que relaciona la Escritura número 63 de 5 de abril de 1959 de la Notaría de La Dorada. Ya se vio que por medio de ella adquirió la totalidad del predio en litigio porque no aparece que el actor haya pretendido comprar por la antedicha escritura sólo la mitad, o que la intención del vendedor haya sido la de transferir la mitad del mismo. La citada Escritura número 1746 de 3 de abril de 1959 de la Notaría 5ª de Bogotá, ningún papel juega en este juicio y por lo mismo la Sala no la tendrá en cuenta".

Se advierte, pues, que aunque en la Escritura número 63 las partes hubieran entendido negociar la totalidad del inmueble y así lo hubiera entendido también el Tribunal, no ocurrió lo mismo con la número 1423 de 25 de marzo de 1955, que recoge la venta de Ricardo Angel Londoño, Alvaro y Arturo Campo Posada a Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada. En efecto, por la número 3054 Gerardo Posada Restrepo aparece vendiendo a Rosendo Ardila Ruiz "su derecho" en el inmueble, adquirido por la Escritura número 1423; y en ésta aparece comprando solamente la mitad del fundo, pues todo él fue habido en "común y proindiviso y por iguales partes" con Jaime Gutiérrez Arango. Sin embargo, el Tribunal no vio este título así, pues dice que Gerardo Posada Restrepo "adquirió el inmueble", es decir, la totalidad del predio, por dicha escritura, y no solamente la mitad.

Debido a este error, el fallador estimó que el nombrado Gerardo Posada Restrepo había transmitido la propiedad sobre todo el bien a Rosendo Ardila Ruiz, cuando es evidente que sólo le transmitió "su derecho", que era de la mitad, como ya quedó anotado; y a causa de ese mismo error el Tribunal tuvo al demandante como dueño de todo el inmueble materia de la demanda, siendo así que su título, o sea la Escritura número 63 ya referida, no lo hace dueño sino de la mitad, que era el derecho de sus antecesores Rosendo Ardila Ruiz y Gerardo Posada Restrepo.

Cometió, pues, el Tribunal un error de hecho evidente al no ver la Escritura número 1423 tal cual obra en los autos, pues le hizo decir cosa distinta de lo que su texto expresa, al considerar que por ella Gerardo Posada Restrepo adquirió la totalidad del inmueble objeto del litigio.

Al incurrir en dicho error, sacó el sentenciador una consecuencia contraria a derecho, estimando al demandante como dueño, por la citada Escritura número 63, de todo el predio materia de la demanda. Quebrantó así las disposiciones citadas por el recurrente, particularmente los artículos 740, 752, 762, 946, 950 y 964 del Código Civil, por aplicación indebida.

Prospera, pues, el cargo, no siendo necesario estudiar los demás aspectos de la censura planteados en la demanda de casación.

Al proceder la Corte como fallador de instancia encuentra que de los dos títulos aducidos por la parte demandante, la Escritura número 1746 de 3 de abril de 1958, de la Notaría Quinta de Bogotá, por la cual el actor aparece comprando a María Angel de Gutiérrez el mismo predio que le había comprado a Rosendo Ardila, es ineficaz como prueba del dominio del lote materia de la demanda, porque lo comprado por dicho título proviene, según se manifiesta en él, de la adjudicación que a la vendedora se le hizo en el juicio de sucesión de Jaime Gutiérrez Arango, protocolizado por Escritura número 6704 de 10 de noviembre de 1958, de la Notaría Cuarta de Bogotá; y en esta última escritura consta que a la nombrada María Angel de Gutiérrez se le adjudicó, entre otros bienes, la mitad de la finca "Mayorca" o "El Conchal", antes "Bramón", en Puerto Salgar (Cundinamarca), que es bien distinta, según sus linderos, del inmueble de donde proviene el predio objeto de la demanda.

Así, pues, el fundo cuya mitad se adjudicó a María Angel de Gutiérrez en el sucesorio de Jaime Gutiérrez Arango, no corresponde al relacionado en la demanda y del cual se dice, según los hechos aducidos en ella, que proviene el que es materia de este pleito. En efecto, en el libelo inicial se afirma que el bien objeto de la acción reivindicatoria hizo parte de la finca llamada "Linares", en Puerto Salgar, la cual a su vez, fue parte de la hacienda "La Ceiba"; y los linderos de estos predios son enteramente distintos de los que se dan al predio de "Mayorca" o "El Conchal", antes "Bramón", en la hijuela que se le formó a María Angel de Gutiérrez. Por otra parte, en el curso del juicio no se estableció que la finca de "Mayorca" o "El Conchal", fuese la misma hacienda "Linares" o "La Ceiba", de donde proviene el lote materia de la acción.

Le queda, pues, al demandante, como título de dominio del inmueble cuya reivindicación pretende, la citada Escritura número 63 de 5 de abril de 1959, de la Notaría de La Dorada, título que sólo acredita, como ya se vio, que el actor es dueño de un derecho correspondiente a la mitad del inmueble objeto de la demanda, y con base en él no puede demandar para sí la reivindicación de todo el predio, como cuerpo cierto, pues si sólo es titular de un derecho, la acción que le corresponde ejercer no es la consagrada en el artículo 946 del Código Civil, sino la del artículo 949 *ibídem*, referente a la reivindicación de cuota determinada proindiviso de cosa singular.

"No siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa —ha dicho la Corte— su acción no podía ser la consagrada en el artículo 946 del Código Civil sino la establecida en el 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicado.

"Como es bien sabido, el comunero posee el bien común en su nombre y también en el de los condueños y por lo mismo la acción de dominio que le corresponde debe ejercitarla para la comunidad" (Tomo XCI, página 528).

Si no prospera en este caso la acción reivindicatoria de cuerpo cierto consagrada en el artículo 946 del Código Civil, que fue la ejercida en la demanda, ello no quiere decir que el actor no pueda incoar la consagrada en el artículo 949 de la misma obra.

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 siete (7) de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y como Tribunal de instancia CONFIRMA la de veintiocho (28) de enero del

mismo año, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada.

Sin costas en el recurso.

Las de segunda instancia son de cargo de la parte demandante.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.

Secretario.

OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Nulidades invocadas dentro del juicio o en proceso separado. — Nulidad como causal de casación. — Distinción entre la nulidad de un procedimiento y el trámite empleado para denunciarla. — En casación no procede alegar violación directa e indirecta, simultáneamente, respecto de un mismo precepto. — Demanda. — Su notificación personal o por medio de edicto. — Procedimiento al respecto. — Requisitos cuando el demandado se oculta y cuando el demandado es persona incierta o con residencia desconocida. — Nulidad derivada de falta de citación o emplazamiento y de indebida representación. — A quién compete alegarla. Su naturaleza y efectos son del todo diferentes a los del proceso de revisión por la vía ordinaria de uno especial. — Obligaciones divisibles e indivisibles. — Hipótesis doble del ordinal 4º del artículo 1583 del Código Civil. — Indivisibilidad de la garantía hipotecaria o prendaria constituida por una obligación divisible. — Responsabilidad proter rem del actual poseedor de la cosa. — Débito y responsabilidad. — Pacto de indivisión. — División del crédito entre los herederos del acreedor.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, febrero 27 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

1. Por escritura de febrero de 1956, Isabel Villa de Jaramillo vendió a Ramón Zapata, F. dos fundos situados en Ansermanuevo por $ 71.350.00, de los cuales el adquirente quedó a deber $ 36.850.00 pagaderos en tres contados anuales de igual valor, garantizados con hipoteca de primer grado sobre los mismos inmuebles, constituida en ese acto. El comprador enajenó tales bienes a favor de Arnoldo Ospina, que a su turno para enero de 1957 los revendió a Nicanor Alzate Noreña, quien se comprometió entonces al pago de la dicha obligación.

La acreedora intentó contra Alzate juicio de venta por el primer contado, que luego de numerosas incidencias, entre estas su nulidad, prosiguió Enrique Zuluaga A., como cesionario de los derechos de Yolanda Jaramillo de Orozco y Dory Jaramillo de Zuluaga, ambas adjudicatarias de sendos tercios del crédito, en la sucesión de aquélla, fallecida en el entretanto.

Zuluaga instauró a la postre acción real por los sus dos tercios de la deuda, con citación de la titular de la cuota restante Ruby Jaramillo de Muñoz, que no se apersonó en el juicio; y previa afirmación de ignorar la residencia del demandado y del emplazamiento de éste, logró se le notificara personalmente la cesión parcial del crédito realizada en beneficio de él y, más tarde, habiendo reiterado la aserción y ratificándola bajo juramento, continuó el trámite con el emplazamiento del demandado ausente y su asistencia por curador que se le designó para la litis, que concluyó en enero de 1963 con la adjudicación de los bienes al demandante por cuenta de su crédito, del que quedó un saldo insoluto.

Dos años luego, Nicanor Alzate Noreña intentó el presente juicio ordinario contra Enrique Zuluaga A., ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, a fin de que se declare la nulidad del juicio hipotecario referido y del remate que en él se sucedió; en forma principal, alegando haberse incurrido entonces en falta de citación o emplazamiento suyo, con referencia a los artículos 312, 317 y 448, 3ª del Código de Procedimiento Civil, y, subsidiariamente, por no haber procedido el cesionario con arreglo al ordinal 4º del artículo 1583 del Código Civil, o sea conjuntamente con la heredera de la tercera parte

faltante, cuyos derechos, afirma, fueron lesionados al no distribuirse el producto de la almoneda entre ambos, a prorrata de sus cuotas, o prevenirse al acreedor adjudicatario para el pago de la correspondiente a aquélla, y destinarse todo al sólo demandante. Como secuela de la nulidad suplica cancelación del registro del acto de enajenación y condena a la restitución de los bienes y al pago de frutos, perjuicios y costas.

Concluyó la primera instancia con fallo de marzo 1º de 1966 en que se absuelve al demandado cuanto a la solicitud principal, al no encontrarse fundada la nulidad que se alegó y, respecto de la subsidiaria, por prosperar la defensa de falta de interés jurídico o legitimación del actor.

Apelada por éste dicha providencia, el Tribunal de Pereira la confirmó en la de junio 7 de 1966, de la que la misma parte recurrió en casación.

2. Analiza el juzgador de segundo grado la regulación que hace el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil del evento de notificación del reo cuya residencia se desconoce, y señala cómo en el juicio cuya nulidad se impetra aquí, se dejaron cumplidas las exigencias de la citada norma, en consonancia con el artículo 205 *ibídem;* afirmación de ignorar vecindad o residencia del demandado, con protesta de no faltar a la verdad, solemnizada bajo juramento; llamado a aquél por edicto fijado en el lugar y por el tiempo debidos y publicado en periódico de la localidad, y designación ulterior de curador *ad litem,* a quien se enteró del auto admisorio de la demanda y se corrió traslado de ella. Agrega que a Alzate se le emplazó en tal forma en dos oportunidades sucesivas: primeramente para hacerle saber la cesión del crédito, diligencia que se surtió con su concurso personal obtenido casualmente (diciembre 14 de 1961) y, luego, para que compareciera al juicio propuesto en su contra, sin resultado directo, por lo que la relación procesal hubo de trabarse con el curador designado al efecto, el 8 de mayo de 1962.

Replica en seguida la tesis del apelante de imposibilidad de emplazamiento de demandado a quien poco atrás se le había notificado la cesión del crédito exigido y que confirió poderes para su representación en proceso previo, destacando que esos hechos no acreditan la residencia de él en un determinado lugar ni permiten establecer su paradero, y pone de presente que Alzate en la primera diligencia tuvo noticia fidedigna de que en su contra se había incoado ya la demanda.

En torno a la razón subsidiaria de la nulidad, el fallo precisa que el crédito hipotecario fue adjudicado por iguales partes a las tres herederas de su primitiva titular, dos de las cuales cedieron su derecho a Zuluaga, quien al demandar la venta lo hizo con citación de la restante, cual lo dispone el artículo 1189 del Código Judicial, y considera que si esta interesada no se apersonó en el juicio y por tal circunstancia su crédito quedó insatisfecho o desprotegido, es sólo a ella, o a su cesionario eventual, a quien compete reclamación a propósito, y no al demandante de hoy, que no es titular del mismo, ni persona que pueda resultar afectada por lo ocurrido, ya que la sanción prevista en el ordinal 6º del citado precepto se aplica al acreedor negligente y no al demandado, y que contra éste se procedió no como deudor, sino en su calidad de titular del dominio del inmueble gravado.

3. Contiene la demanda de casación tres cargos que en seguida se examinan sucesivamente.

I. Con fundamento en la causal cuarta, dice el censor: acuso la sentencia por violación del numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, que originó, a la vez, la violación del artículo 312 de la misma obra.

En el juicio especial de venta —continúa—, ha debido citarse o emplazarse en forma legal al señor Alzate, lo que no sucedió. No se cumplieron los requisitos legales para la notificación ni para el nombramiento de curador, con lo cual se lesionó el derecho de defensa de aquél. Según el artículo 312 del Código Judicial el auto admisorio de la demanda debía serle notificado personalmente: habiéndose solicitado en la misma pieza la notificación de la cesión del crédito, el juzgado dispuso practicar esa diligencia antes de resolver sobre la demanda y, en vista de la afirmación de ser desconocida la vecindad del demandado, dispuso el emplazamiento e éste, conforme al artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, que tiempo después fue notificado de modo personal; no obstante esto, se procedió a nuevo emplazamiento del mismo reo para efectos del juicio, en lugar de ordenar su citación personal, cuando no tenían sentido las expresiones vecindad o domicilio desconocido, y sin que el actor hubiera hecho gestión alguna para la notificación directa o aducido la prueba de ignorancia de la vecindad del demandado.

Por ello se violó el artículo 448 citado: se efectuó el emplazamiento en forma irregular, pues la notificación ha debido hacerse en forma personal al demandado, sin entrar a presumir su

residencia o domicilio desconocido; porque no se probó ser desconocida la residencia de aquél, ni siquiera se manifestó interés en la demostración, y porque ya en el juzgado existía constancia de la presentación personal del mismo y, por tanto, mediaba una presunción no desvirtuada de ser persona conocida.

Se considera:

Habiendo de recurrir los particulares a la jurisdicción en busca de que se les definan o hagan efectivas sus pretensiones, el ordenamiento se esmera en conjugar la aspiración de fallo pronto y definitivo con el empeño de plena audiencia a los contendores y regularidad en el trámite, que asegure una competente administración de justicia. A lo primero tienden el establecimiento de poderes rectores de la actuación de que se dota al juez y la institución de la cosa juzgada (artículo 473 del Código de Procedimiento Civil), mientras que a lo segundo se enderezan en general los recursos y, singularmente, la admisión de reclamos contra las irregularidades graves en que se haya podido incurrir dentro de la secuela del proceso. Pero como quiera que so pretexto de denuncio de éstas se podría prolongar indefinidamente el curso de los juicios, la propia ley viene a conjurar tal peligro con normas atinentes a la calificación de los motivos de reparo, a la oportunidad para aducirlos y al interés necesario entonces, de modo rígido, en orden a la compaginación de los principios fundamentales en conflicto.

En lo que hace a nulidades, su erección como causal para que se retrotraiga el trámite al momento en que se cometió el desafuero y se prive de eficacia a una decisión adoptada sobre antecedentes irregulares y precarios, está subordinada al hallazgo de concretos y mayúsculos vicios, taxativamente señalados, "que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa" (casación agosto 20 de 1945, LIX, 872), de manera que su virtualidad se reduzca al preciso marco de lo necesario como garantía ciudadana y no se preste al amparo de un ánimo defraudatorio o de procastinación.

Así, cuando quiera que en un proceso se incurra en desvío o falta de competencia o se dé un trámite sin la debida representación o audiencia de las partes (448 del Código de Procedimiento Civil), cabe a éstas en general, o a la agraviada en particular, la censura del procedimiento, en cualquiera oportunidad antes de que se pronuncie fallo final (artículo 456 ibídem*), siempre que, siendo de recibo la excepción dilatoria no se hubiera definido la cuestión entonces, o la irregularidad no haya sido ya corregida. Además, en los eventos en que hay lugar a recurso de casación, la Ley 105 de 1931 amplió el ámbito de los motivos de cargo señalados por la Ley 169 de 1896 para incluir esas mismas causales (artículo 520, 6ª) como razón de ruptura de la sentencia de mérito, dentro de una más enérgica tutela de los fueros particulares (casación septiembre 26 de 1935, XLIII, 127). Y, para el caso en que el trámite hubiera finalizado ya, sin la correcta asistencia o citación de quienes debían intervenir en él, la ley concede a éstos una doble posibilidad de defensa, autorizándolos para oponer la nulidad como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia e invocarla en juicio ordinario que con ese propósito se promueva vinculando a quienes participaron en el procedimiento viciado (457 del Código de Procedimiento Civil), (casación julio 22 de 1938, XLVII, 31; autos S. N. G. julio 3 de 1950 y agosto 8 de 1950, LXVII, 829 y 862; casación abril 29 de 1950, LXVI, 181; octubre 18 de 1956, LXXXIII, 467; marzo 11 de 1958, LXXXVII, 425). Todo ello dentro de los supuestos de que las causales estatuidas por la ley tienen caracteres exclusivos, han de entenderse en forma restrictiva, se deben alegar y despejar, en cuanto fuere posible, en el propio juicio y sólo, excepcionalmente en uno aparte (S. N. G. diciembre 9 de 1935, XLIV, 277), por los solos interesados, y dentro de éstos, en oportunidades apenas por los únicos calificados, rasgos fundamentales de la reglamentación legal del problema (casación junio 25 de 1940; XLIX, 554; septiembre 12 de 1940, L, 45; septiembre 6 de 1940, L, 77; junio 12 de 1942, LIII, 635; agosto 20 de 1945, LIX, 872; diciembre 13 de 1945, LIX, 850; S. N. G. sentencia abril 12 de 1946, LX, 572; casación mayo 20 de 1947, LXII, 372; junio 10 de 1948, LXIV, 429; febrero 29 de 1952, LXXI, 168; noviembre 26 de 1952, LXXIII, 713; febrero 14 de 1957, LXXXIV, 56; marzo 11 de 1958, LXXXVII, 426; septiembre 3 de 1958, LXXXIX, 32; octubre 29 de 1959, XCI, 811).*

Tocante a la nulidad como causal de casación, reproducida en el ordinal 4º del artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964, además de en las precisiones propias de la norma en el sentido del reenvío al artículo 448 del Código de Procedimiento Civil y de suponer perduración del vicio, la jurisprudencia ha insistido en su naturaleza estricta y en el carácter taxativo de la enunciación (casación julio 5 de 1940, XLIX, 583; abril 26 de 1940, XLIX, 254; marzo 12

de 1943, LV, 59; junio 19 de 1945, LIX, 154; abril 9 de 1949, LXV, 672; agosto 26 de 1959, XCI, 453); de manera que la irregularidad del procedimiento hecha valer entonces no desvirtúa la naturaleza y fines del recurso extraordinario y sí atiende a la recta observancia de la ley y a la preservación de los fueros individuales, con la elemental nota de que los vicios denunciables entonces son precisa y solamente aquellos cometidos dentro de la actuación que vino a culminar en la sentencia acusada.

Este juicio se intentó en solicitud de declaración de nulidad de uno especial de venta de la cosa hipotecada, tramitado antes entre las mismas partes. Las deficiencias que aduce el recurrente al invocar la causal cuarta corresponden no al presente juicio ordinario, en torno al cual ningún reparo formula, sino al especial cuya nulidad se ventila aquí. Salta así a la vista la confusión en que ha caído al fundamentar su recurso y la impertinencia del cargo, ya que "las causales de nulidad que pueden invocarse en casación, son aquellas en que ha podido incurrirse dentro del mismo juicio en que se profirió la sentencia que se demanda a través del recurso y no ciertamente las que hubieran podido producirse en actuaciones distintas" (casación noviembre 5 de 1952, LXXIII, 638), de suerte que si se intenta un juicio ordinario de nulidad de otro cualquiera, la sentencia que en aquél se dicte será censurable en casación por motivo de nulidad sólo cuando en él se haya cometido una de las irregularidades tenidas en cuenta por la ley al efecto, pero no trasladando las del otro proceso, pues cada cual tiene su propia entidad independiente, así se encuentren eslabonados y el segundo se suscite en función del anterior.

El recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, fundado en vicios concretos de la actuación que culminó en ella, obedece al interés de que las decisiones firmes cuenten con antecedentes legítimos que las sustenten formalmente y de que los litigantes hagan valer sus reparos contra el procedimiento oportunamente, a ser posible dentro del mismo juicio en aras de eficacia y certeza en los fallos. En tanto que el juicio ordinario de nulidad de otro proceso se halla excepcionalmente estatuido como oportunidad extrema para que el lesionado en sus legítimos intereses acredite la deficiencia mayúscula en que se cayó entonces y alcance remedio eficaz con la invalidación del trámite viciado y, por ende, de la decisión allí adoptada, que de otro modo quedaría en firme. Se trata, pues, de una medida última de restablecimiento o reposición de las cosas a su estado inicial, para que se definan de nuevo, con toda regularidad.

Es así elemental e indispensable la distinción entre la nulidad de un procedimiento y el trámite empleado para denunciarla, que a su turno es también susceptible de padecer anomalías iguales o análogas a las antecedentes, pero en todo caso independientes y no involucrables en un haz híbrido para una censura conjunta. Por ello, cuando la sentencia que finalice el segundo grado en juicio ordinario de nulidad procesal sea objeto de ataque en casación, la causal de nulidad está circunscrita a los vicios cometidos dentro del mismo juicio, y no a los del proceso antecedente impugnado a través de éste, y si se cae en la asimilación criticada, habrá de "considerarse el planteamiento como no propuesto" (casación de febrero 28 de 1957, LXXXIV, 112), por un incorrecto manejo de los motivos del recurso.

Por consiguiente se desecha el cargo.

II. "Acuso la sentencia con base en la causal primera, por ser violatoria del artículo 312 del Código Judicial, por infracción directa e indirecta, basada la segunda en falta de apreciación de determinada prueba, incurriendo el juzgador en error de hecho", sigue el recurrente, que así sustenta el cargo:

"Agrego a lo dicho para fundamentar la acusación anterior, que la omisión de notificar personalmente a Alzate violó el artículo 312, toda vez que éste se había presentado personalmente en varias oportunidades y era suficientemente conocido en el juzgado. Ahora bien, el Tribunal apreció erróneamente las declaraciones que a este juicio trajo el demandado Zuluaga para probar que Alzate carecía de residencia conocida, pues esos testimonios rendidos con posterioridad a la terminación del juicio especial han debido ser aportados entonces y no ahora, cuando no se puede subsanar ya la negligencia en que se incurrió al no efectuar las gestiones tendientes a obtener la notificación personal".

Se considera:

Sea lo primero observar la improcedencia de cargo en que se reúnan ataques por violación directa e indirecta de un mismo precepto; pues si bien, la sentencia puede infringir la ley en ambas vías a la vez (casación abril 6 de 1946, LX, 374), la regulación formal del recurso exige que la censura repare las acusaciones y distinga a ca-

balidad las varias formas del quebranto (casación junio 22 de 1953, LXXV, 363; febrero 22 de 1955, LXXIX, 503; abril 27 de 1955, LXXX, 80; junio 27 de 1955, LXXX 471; julio 3 de 1957, LXXXV, 653; noviembre 18 de 1958, LXXXIX, 474; octubre 20 de 1960, XCIII, 723), como quiera que la competencia de la Corte está delimitada por el rumbo de la demanda y que las distintas causales y motivos de casación tienen caracteres individuales inconfundibles, asentados en la propia naturaleza del recurso, insistentemente destacados por la jurisprudencia con especialidad, dentro de la causal primera, en lo que hace a la violación directa y la indirecta (casación septiembre 24 de 1953, LXXVI, 363; marzo 27 de 1954, LXXVII, 178; septiembre 24 de 1954, LXXVIII, 660; febrero 28 de 1955, LXXIX, 524), que no autorizan una tacha contradictoria.

De otra parte se tiene que, habiendo de darse aviso oportuno y fidedigno al demandado de la iniciación de un proceso para vincularlo a él, el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil previene para tal caso en términos generales la notificación personal (casación junio 10 de 1948, LXIV, 429). Pero el mismo ordenamiento hubo de contemplar las hipótesis de reos ausentes, inciertos o contumaces, a objeto de que en tales casos no sufra estorbo la jurisdicción, al propio tiempo que se trabe la litis con emplazamiento y defensa adecuados de aquéllos. Por lo cual, y como compete a la diversidad de las situaciones, el artículo 317 ibídem *prescribe que si la residencia del demandado no es conocida o se trata de persona incierta, previa protesta formal juramentada del actor (artículo 205), su citación se practica por medio de edicto que ha de permanecer en la secretaría del despacho judicial fijado por un mes y publicarse por tres veces en periódico de la localidad, tras de lo cual se le designa curador* ad hoc, *a quien luego de su aceptación y discernimiento del cargo, se le notifica el auto admisorio de la demanda y corre el traslado que allí se ordene; no siendo para ello menester antecedente otro que la dicha afirmación jurada del demandante y el amplio aviso propicio a que el reo se entere del proceso intentado en su contra. En tanto que cuando aquél es rebelde, preciso es, sabiéndose su paradero, su búsqueda insistente y la prueba sumaria del ocultamiento, colegible por aquella diligencia y la actitud del demandado, no habiendo lugar entonces a edicto y publicación, como quiera que se parte del supuesto de que el interesado está al tanto de la demanda, y precisamente procura retardar la notificación.*

De tal modo, cumplidos los trámites propios de cada evento, la diligencia inicial realizada con el curador sustituye satisfactoriamente la notificación personal del propio demandado, que no podrá reclamar echándola de menos más que por impertinencia de aquella actuación o por defecto en su práctica, recalcándose a propósito que la condición de reo incierto o con morada desconocida surge del aserto del actor, a quien la ley le exige apenas veracidad y formalidad en su afirmación dentro del libelo de demanda y en el juramento que la sigue, y no prueba adicional o suplementaria, como acontece en el supuesto paralelo regulado por la misma disposición, cuyo distingo es bastante nítido como para refundir ambos casos en uno solo o dejar de discriminar sus rasgos diferenciales (casación julio 14 de 1954, LXXVIII, 78).

Así mismo, el emplazamiento procede siempre que ocurran las circunstancias que lo determinan y haya necesidad de la notificación personal, sin que quepa exigir formalidades mayores que las señaladas expresamente por la ley, ni considerar desatinado el empleo de aquél porque el interesado compareció anteriormente en el mismo o en otro juicio, si no ha dejado representante apto para recibir la nueva notificación personal requerida.

En la acción de venta que tramitó Zuluaga contra Alzate, como lo apunta el Tribunal en el fallo materia del recurso, mediaron dos emplazamientos de éste, uno para notificarle la cesión del crédito, que concluyó con el aviso personal del poseedor de la finca hipotecada, y otro para enterarlo de la demanda, que dio lugar a la designación de curador, con quien se siguió y concluyó el juicio. Alzate tuvo noticia fidedigna de la demanda al serle notificada la cesión, puesto que el auto de que personalmente se le informó hace expresa mención de aquélla. No habiendo otorgado poder para el juicio en ciernes y no subsistiendo o siendo insuficientes los que confiriera antes y, propuesta una nueva demanda o la corrección de la en curso, de la que había de corrérsele traslado con notificación personal, vigente la ignorancia de su paradero, reiterada formalmente por el actor, se imponía la actuación cumplida, cuya regularidad intrínseca no se ha censurado, y no da asidero para hablar de violación del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto del error evidente de hecho en que, según el actor, cayó el Tribunal al tener en cuenta declaraciones testimoniales sobre el desconocimiento de la residencia de Alzate para

cuando se le demandó en el juicio de venta, y a la persecución de él sobre el mismo artículo 312, baste señalar cómo el fallo en ningún momento se fundó en tales pruebas, pues, según se consignó atrás, estimó rectamente aplicado el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil en la situación de demandado desconocido que, repítase, no exige prueba alguna de la ignorancia en que se halla el actor, distinta de su propia afirmación jurada. Así que el recurrente incurrió "en un verdadero desvío del proceso impugnatorio al censurar la sentencia por haber apreciado erróneamente una prueba, cuando ésta no fue tenida en cuenta" (casación septiembre 1 de 1960, XCIII, 647), y su cargo tampoco puede prosperar por este aspecto.

III. "Acuso la sentencia, concluye el actor, con base en la causal primera, por ser violatoria del artículo 457 del Código Judicial, por infracción directa, y de los artículos 1192 del Código Judicial y 1583 y 2433 del Código Civil, por errónea interpretación:

"La nulidad del remate sólo puede alegarse en juicio distinto del ejecutivo, con audiencia del rematante, una vez aprobado aquél; así se procedió al entablar esta acción ordinaria por quien fuera parte en aquel proceso como demandado, no obstante lo cual se le desconoce su personería.

"El demandante en el juicio de venta solicitó el pago de dos terceras partes de las tres cuotas de la deuda, sin observar que así se llevaba de plano el precepto contemplado en la última parte del artículo 1583 y en el artículo 2433 del Código Civil, pues demandó el pago de las dos terceras partes de las cuotas, sin aclarar que debería hacerse a prorrata con la tercera parte de las mismas, y sin que todos establecieran conjuntamente la acción hipotecaria.

"Adjudicado el inmueble a Zuluaga y no habiéndose dicho nada en la aprobación del remate sobre la manera como él debería pagar la cuota de la tercera asignataria del crédito, Alzate quedó respondiendo por ésta, circunstancia que acredita su interés para reclamar contra ese desconocimiento del derecho del acreedor insatisfecho, puesto que lo que él busca con la nulidad es que se cubra el crédito y quedar así libre de obligaciones.

"Dividido el crédito en tres partes, no puede considerarse a sus respectivos titulares como acreedores independientes, sino como comuneros; por ello el pago se ha debido ordenar a favor de todos, tal cual lo manda el artículo 1192 del Código Judicial, a más de que ha debido demandarse en conjunto por todos los interesados, y a prorrata de sus cuotas, conforme al artículo 1583, 4º del Código Civil, con lo cual, fuera de quebrantarse estas disposiciones, se quebrantó la indivisibilidad de la hipoteca consagrada por el artículo 2433 del Código Civil, ya que si en crédito puede dividirse entre varios, no así la hipoteca, pues cada fracción de la deuda está garantizada por el inmueble entero".

Se considera:

Demandada la nulidad del juicio hipotecario y del remate que allí se hizo, subsidiariamente por no haber intentado la acción conjuntamente todos los titulares del derecho, ni haberse pedido y efectuado el pago de las varias cuotas del mismo a prorrata de su valor, se desestimó la acción por falta de legítimo interés en su proponente.

Dicho está por el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil que la nulidad derivada de falta de citación o emplazamiento y de indebida representación puede ser impetrada por la parte que no fue legalmente notificada o que no estuvo debidamente representada en el juicio, luego de fenecido éste, por la vía ordinaria; solución concreta a tales vicios singularizados allí con exclusividad, de naturaleza y efectos del todo diferentes a los del proceso de revisión por la vía ordinaria de uno especial, prevenido por el artículo 473 ibídem *(casación diciembre 9 de 1948, XLV, 819; julio 27 de 1959, XCI, 94).*

Por este aspecto no se encuentra conexión entre la manera de intentarse un cobro judicial y la falta de notificación de quien fue demandado o su inadecuada representación, asideros únicos de la acción de nulidad, impetrable sólo por las personas afectadas, cuyo derecho de defensa se cercenó, que aquí, eventualmente sería la acreedora del tercio de la obligación, si no se le hubiera dado oportuna y regularmente el aviso indicado en el artículo 1189 del Código de Procedimiento Civil, y no el actor, demandado entonces, cuyo emplazamiento se hizo en forma legal.

Mas conviene agregar, en la dilucidación del tema, que:

Las relaciones jurídicas, entre ellas las crediticias, se identifican por la dualidad de sujetos, activo y pasivo, individualizados, y la singularidad de objeto, de modo que siempre que concurran varios sujetos en una de las dos posiciones o, en ambas, o se presente pluralidad de objetos, habrá pluralidad de relaciones, coaligadas o ex-

trañas entre sí, según multitud de variedades de que en extenso se ocupa la ley.

La obligación tiene como elementos propios el débito y la responsabilidad, cuya concurrencia es indispensable para la caracterización de la figura, lo que no impide que en oportunidades la responsabilidad se extienda a personas que, sin ser deudoras, se hallan vinculadas para el pago por virtud de garantías personales o reales que acceden al crédito, siendo entonces básica la distinción entre el deudor, de suyo responsable, y la persona responsabilizada por la garantía que prestó o por su posesión actual de la cosa pignorada o hipotecada.

Define el Código Civil en su artículo 1581 las obligaciones indivisibles como aquellas cuyo objeto no es susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota, de modo que en últimas viene a ser este factor el decisivo para precisarlas, de donde resulta el concepto de las divisibles por vía de exclusión.

Derivadas ambas calidades de la naturaleza de la prestación y sabido que el cumplimiento no puede hacerse por partes, salva convención contraria o disposición especial de la ley (Código Civil 1649), el funcionamiento de tales obligaciones adquiere trascendencia sólo cuando, de origen o por acontecimiento posterior, varios sujetos activos o varios pasivos o unos y otros se encuentran vinculados en torno al objeto cuyo carácter definirá sus relaciones.

Ampliamente ha estudiado la doctrina el texto del artículo 1583 del Código Civil, en los precedentes históricos de la materia y las versiones del Code Civil *y del Proyecto de Bello, así como en su redacción final, donde se omitió la introducción relativa al desenvolvimiento de las obligaciones divisibles igual al de las indivisibles, con la salvedad propia de la pluralidad de acreedores o de deudores.*

De dicho análisis se concluye que a la vera de la disyuntiva que emerge de la naturaleza del objeto (indivisibilidad o divisibilidad in obligatione *o necesaria), el estatuto recogió la tradición al establecer una indivisibilidad por la intención particular o derivada de la finalidad de la obligación* (in solutione tantum), *referida únicamente al cumplimiento unitario de prestación de suyo divisible y manifestada sólo en el pago, que debe hacerse como si el objeto fuera indivisible, pero no en el cobro, para el cual los varios acreedores deben actuar conjuntamente o de consumo (1583, ordinales 4º, 5º y 6º).*

La hipótesis del ordinal 4º es doble: en primer término prevé el caso de que en convención, testamento o partición se haya impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de la deuda de objeto divisible, con la prescripción de que entonces el acreedor, que no tiene por qué resultar disminuido por lo dispuesto sin su concurso, bien puede acogerse a la indicación del testador o de los herederos y dirigirse contra el solo diputado, evento en el que la singularidad del sujeto pasivo releva de toda consideración sobre el carácter del objeto; o reclamar el pago total a los asignatarios, a cada cual por su parte a prorrata de lo que le cupo en la herencia, como cumple en materia de divisibilidad. Y, en segundo lugar, contempla el caso del pacto de indivisión, *cuando se estipuló con el difunto deudor que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aún por sus herederos, forma de garantía más eficaz para el acreedor, que así se sustrae a la afectación desfavorable que trae consigo la sucesión* mortis causa *en la deuda con objeto divisible (Código Civil 1411 y 1580; casación abril 23 de 1960, XCV, 478), con la posibilidad de obtener el pago de cualquiera de los herederos, que no pueden oponerle el beneficio de división. Por último, para el evento de que original o sobrevenidamente haya varios sujetos activos, la norma estatuye que todos ellos han de entablar conjuntamente su acción, pues de lo contrario, individualmente, no tendrán la ventaja consagrada, quedando circunscrito el derecho de cada cual a su cuota en el crédito.*

Refiérese, pues, el precepto con exclusividad al pacto de indivisión, *y no a la situación general de pluralidad inicial de acreedores o de extinción de la personalidad del único acreedor, que da lugar a distribución del derecho entre varios sucesores, según lo ha venido sosteniendo el demandante recurrente. Es que la relación crediticia se transforma al ocurrir la muerte de cualquiera de sus partes: de una que era hasta entonces se multiplica en tantas cuantos herederos haya, cada cual en proporción a su cuota sucesoral, de modo que cada heredero del deudor no debe ni responde sino por su cuota particular dentro del total debido por el* de cujus *(casación febrero 15 de 1940, GLIG, 102), desmejorándose así la condición del acreedor, salvas las excepciones consagradas por el artículo 1583, 4º del Código Civil. Y cada heredero del sujeto activo no adquiere dentro del derecho pleno sino la parte que corresponde a su cuota. Siendo cada cual acreedor de la parte que le haya cabido, en forma independiente, con disponibilidad y obrar autónomos, apenas limitado este obrar en*

la carga de conjunción con los demás asignatarios, para el cobro en orden a derivar provecho del pacto de indivisión.

El mismo artículo 1583 del Código Civil en su ordinal 1º se refiere a la indivisibilidad de la garantía hipotecaria o prendaria que se haya constituido por una obligación divisible, en términos que adelante reitera el artículo 2433. Trátase aquí no de la obligación sino de la sola responsabilidad accesoria que se otorgó en su respaldo, cuestiones bien diferentes.

El crédito da a su titular acción contra el deudor, afectado así con responsabilidad ilimitada, como también, con similar amplitud, contra los garantes personales de la obligación. Si ésta se encuentra caucionada con hipoteca o prenda, a la responsabilidad personal del obligado se suma la responsabilidad propter rem *del actual poseedor de la cosa, que bien puede cancelar la deuda, abandonar el bien, o soportar su expropiación en forma de remate, con derecho al saldo del precio, una vez saldada aquélla por el juez (Ley 95 de 1890, 28; Código Civil 2450, 2453; Código de Procedimiento Civil 1189 y siguientes).*

Es por ello que "cuando se ejercita la acción personal, el demandado tiene que ser el deudor, en tanto que cuando se ejercita la acción real, el demandado tiene que ser el actual poseedor" (casación diciembre 15 de 1936, XLIV, 542; análogamente casación abril 17 de 1918, XXVII, 134). El gravamen pesa sobre la totalidad del bien, tota in toto et tota in cualibet parte, *y da derecho a perseguir su venta en pública subasta o su adjudicación al acreedor por cuenta del crédito, con audiencia no del deudor, sino del poseedor actual, como quiera que allí se hace efectiva la dicha responsabilidad circunscrita al bien objeto de la pignoración, de suerte que aquél se sustrae de tal responsabilidad en dejando de ser poseedor y, por ende, en cuanto sólo poseedor de la cosa no responde con otros bienes, ni por el saldo insoluto que haya quedado luego de entregado el producto del remate (casación septiembre 3 de 1937, XLV, 489).*

Enderezándose la acción hipotecaria contra el actual poseedor, que responde con la cosa, y sólo con ella, cualquiera que sea el título de su adquisición (Código Civil 2452), este bien ha podido obligarse para con el tradente a pagar la obligación al acreedor, quien no libera a su deudor, sino cuando expresamente lo declara (1694 del Código Civil), y sin que por ello se constituya el tercero en deudor frente a éste, sino sólo diputado o delegado del obligado, o responsable personal, solidaria o subsidiariamente, a menos que se perfeccione la delegación o se evidencie la asunción de deuda (1694 fine*).*

Dividiéndose el crédito hipotecario entre varios sucesores del acreedor inicial, subsiste la garantía en su plenitud, disfrutando cada uno de ellos del respaldo correspondiente a su derecho, a prorrata de su cuota hereditaria. Entonces, al igual que cuando desde un principio hubo varios acreedores, ninguno de ellos puede cancelar el gravamen por haberle sido cubierta su porción, "mientras los restantes coacreedores no hayan sido enteramente satisfechos" (Código Civil 1583, 1º), en lo que se palpan la indivisibilidad propia de la garantía real y divisibilidad de la obligación caucionada, que concede absoluta autonomía a cada interesado para proceder por su cuenta, y sólo lo inhabilita para actuación egoísta que privase de garantía a sus compañeros aún pendientes del pago de lo suyo, alineados todos en un mismo nivel o grado.

A resolver la situación de varios acreedores amparados con una sola hipoteca o con distintas sobre un mismo bien, provee el artículo 1189 del Código de Procedimiento Civil, que ordena la citación al juicio que inicie cualquiera de ellos a fin de conseguir la venta de la finca, de todos los que figuren como tales en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que ha de acompañarse a la demanda. La misma disposición impone a éstos la carga de apersonarse en el proceso, sancionada con la extinción del gravamen una vez hecho el remate o adjudicado el bien, el pago inmediato a los intervinientes y la destinación del solo sobrante, si lo hubiere, para responder de los créditos que no se hicieron valer en el juicio.

Entonces, resalta la sinrazón del cargo, dado que el Tribunal entendió correctamente las disposiciones en cita, al descalificar el reclamo de quien era poseedor del bien rematado porque no se hubiera cubierto la acreencia de quien se desentendió del juicio de venta al que fue citado, y que así tuviera motivo de reparo por este concepto, no lo ha deducido en pretensión alguna ni ha coadyuvado el reproche oficioso de quien no es su personero, ni tiene interés propio.

Resta agregar que el recurrente, tratando de que se le juzgue deudor y así interesado en la anulación solicitada por él sin consideración a los motivos exclusivos que la autorizan, acompañó a su demanda ante la Corte copias de ejecución intentada contra él por Zuluaga respecto del saldo no cubierto con la adjudicación mencionada, "procedimiento insólito" (casación agosto 6 de 1958, LXXXVIII, 601), del todo

ineficaz, tanto por la irregularidad del aporte, como por las razones atrás consignadas.

No prospera 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 proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 7 de junio de 1966, dentro del juicio ordinario de Nicanor Alzate Noreña contra Enrique Zuluaga A., sobre nulidad de un juicio especial.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ACLARACION DE LA DEMANDA

Al concederse al actor tal derecho, lo indispensable es que la acción no se altere en su esencia ni se modifique la competencia. — El fallo inhibitorio no extingue la acción. — El artículo 494 del Código Judicial, que prohíbe la reformatio in pejus, es una norma de carácter sustantivo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., febrero 28 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

Se define el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de María Taborda viuda de Montoya y otros contra la sucesión de Alejandro Montoya.

Antecedentes

La nombrada María Taborda viuda de Montoya, hablando en su carácter de cesionaria de derechos herenciales que a Juan de Dios Montoya Sánchez le corresponden en la sucesión de Ana Julia o Ana Tulia Sánchez Parra; Oscar, Julia, Aura y Amparo Montoya, en su carácter de hijos del finado Abraham Montoya Sánchez, heredero de Ana Julia y Trinidad Sánchez, citaron en juicio ordinario, para las sucesiones de Ana Julia o Ana Tulia y María Trinidad Sánchez Parra, "a la sucesión ilíquida del señor Alejandro Montoya Sánchez, representada ésta por la cónyuge supérstite, señora María Londoño y por los hijos del causante Clara Rosa, Jorge Enrique, Jesús Salvador, Bernardo o Bernardino, Gustavo, Luis Gilberto y María Alicia Montoya Londoño, para que con citación del agente del Ministerio Público, se declare:

"1º Que es nulo el juicio de pertenencia seguido por el extinto Alejandro Montoya Sánchez ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín en el cual figuró como parte demandada únicamente el Ministerio Público, 'por falta de citación o emplazamiento de los herederos de Ana Julia y de María Trinidad Sánchez Parra; y que, en consecuencia, es igualmente nula la sentencia de 6 de diciembre de 1957', registrada debidamente.

"2º 'Que como consecuencia de la indicada nulidad deben cancelarse las inscripciones de las sentencias expresadas ...'.

"3º 'Que las sucesiones de Ana Julia o Ana Tulia y de María Trinidad Sánchez Parra, son dueñas de dos lotes de terreno' indicados y demarcados como se indica en la demanda.

"4º Que los demandados representantes de la sucesión de Alejandro Sánchez Montoya, deben restituir a las sucesiones demandantes, representadas por sus herederos, con sus frutos naturales y civiles los lotes mencionados. Se pide además, la condenación en costas".

De la relación de los hechos fundamentales de la acción se destaca lo siguiente:

1. Que en la sucesión de Petronila Parra de Sánchez, tramitada ante el Juzgado 2º Civil de Medellín y protocolizada el 19 de abril de 1907, se adjudicó a la señora Ana Julia Sánchez de Montoya el lote determinado en el libelo.

2. Que a María Trinidad Sánchez Parra se le adjudicó en la mencionada sucesión el inmueble establecido en la demanda. Y que tanto este lote como el indicado anteriormente, formaban parte del que se partió en la sucesión de la señora Parra de Sánchez, el cual era de mayor extensión.

3. Que María Trinidad Sánchez Parra, murió en estado de soltería y que su sucesión se tramitó en el mismo Juzgado Segundo Civil y se proto-

colizó el 2 de agosto de 1948, habiéndoseles adjudicado a los hijos de Ana Julia o Ana Tulia Sánchez Parra, Carlos, Abraham, Juan y Alejandro Montoya Sánchez el lote de terreno descrito en el hecho segundo.

4. Que en el sucesorio de Ana Julia o Ana Tulia Sánchez, que se adelanta en el Juzgado 1º de Medellín, fueron reconocidos como herederos sus cuatro hijos mencionados en el punto anterior.

5. Que el heredero Juan Montoya, mediante escritura pública de 3 de enero de 1942, transmitió a la demandante María Taborda, por venta, todos los derechos herenciales que le puedan corresponder en la sucesión de su finada madre Ana Julia Sánchez, muerta en la fracción del Poblado de este municipio hace más de cuarenta años.

6. Que Abraham Montoya Sánchez, murió y está representado por sus hijos los Montoya Taborda.

7. Que Carlos Montoya Sánchez murió también y que le suceden sus hijos Carlos E., Jaime Antonio, Octavio, Gustavo, Pastor y Raúl Montoya Rave.

8. Que Alejandro Montoya Sánchez, el demandado, murió y se halla representado por sus hijos señalados en la demanda.

9. Que los hijos de Ana Julia Sánchez "desde el principio ocuparon el terreno como señores y dueños y con tal ánimo en las porciones que se dejaron delimitadas" y que cuando fallecieron continuaron ocupando el terreno sus hijos, incluyendo en estos a los de Alejandro Montoya Sánchez "quienes han venido ejecutando actos de verdadero dominio en su parcela, tales como cultivándola con plantaciones de plátano, yuca, caña, café y otras, poco más o menos hasta 1957. Todavía hay algunos ocupando parte con el mismo ánimo".

10. Que el expresado Alejandro Montoya Sánchez "en forma dolosa o por lo menos subrepticia, se hizo adjudicar mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 1957, por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Medellín, mediante acción de declaratoria judicial de pertenencia, el terreno que herederen Ana Julia y Trinidad Sánchez en la sucesión de Petronila Parra, así: 'Un lote de terreno con casa de habitación, demás mejoras y anexidades, ubicado en el paraje denominado Loma de Parra o Loma de Garabato del barrio El Poblado de Medellín, que linda: por el frente que da al Sur con la calle pública; por el centro o Norte con predio de la señora Helena Ospina de Ospina, por el costado occidental, con propiedades de Julio Gil; por el costado oriental, con inmueble de la sucesión de herederos del señor Ismael Ramírez' ".

11. Se afirma que Alejandro Montoya en forma maliciosa prescindió de demandar a sus coherederos asegurando que desconocía quiénes eran los anteriores dueños y por ello inició la acción con intervención exclusiva del señor Agente del Ministerio Público, para evitar que los dueños y poseedores del terreno se enterasen de su acción, omitiendo dar cumplimiento a lo preceptuado en la Ley 120 de 1928, pues no se fijaron los carteles en las puertas de entrada de las casas que aquéllos ocupan.

12. Se sostiene que Alejandro Montoya Sánchez, demandó a María Taborda en juicio ordinario de reivindicación "para que le restituyera el lote de terreno que ella está ocupando, o sea el que antes ocuparon sus antecesores en el dominio, el cual está ubicado dentro del globo de terreno que él mismo se había hecho adjudicar por prescripción adquisitiva de dominio". En este punto se alinda el lote en cuestión.

13. Que el demandante Alejandro Montoya Sánchez, perdió el pleito que instauró contra la Taborda, mediante las sentencias que se anotan en el libelo.

La parte actora expone una serie de razones como fundamento de la acción, invocando las Leyes 120 de 1928, principalmente en sus artículos 1º y 2º; y 50 de 1936, en su artículo 1º, haciendo referencia a lo dispuesto por la Ley 51 de 1943. Manifiesta: "Que el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial erige en motivo de nulidad la falta de notificación o emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio"; invocando además, otras disposiciones procedimentales pertinentes.

Los demandados contestaron la demanda, oponiéndose a sus pretensiones y formulando varias excepciones, entre ellas la de carencia de acción, consistente en que los actores no tienen ningún vínculo jurídico con los demandados "de donde pudiera desprenderse algún interés en el presente juicio. Ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados, inepta demanda; y falta de personería adjetiva de los mismos demandados".

Adelantada la tramitación procesal, se declaró nulo lo actuado, por la razón expuesta en la pro-

videncia del juzgado de fecha 18 de julio de 1962, folio 21 vuelto, cuaderno 1º.

En este evento la parte actora corrigió la demanda así:

El hecho primero, anotando que en la sucesión de Petronila Parra de Sánchez, además de las nombradas Ana Julia y Trinidad Sánchez Parra, se adjudicó a Felicia, Aquilina y Rosario Sánchez Parra, el lote de terreno que se ha alindado en este hecho. El hecho segundo "queda suprimido, por haber quedado comprendido dentro del anterior inmediato".

Modifica el tercero, manifestando que en la sucesión de María Trinidad Sánchez Parra, se adjudicó el derecho de la causante a Carlos, Abraham, Juan y Alejandro Montoya Sánchez; Ricardo, Ismael y Mariana Ramírez; Juan de Dios, Roberto y Gabriela Martínez. Que los herederos Ramírez y Martínez, excepto Ismael vendieron a Ricardo Ramírez sus derechos; y éste posteriormente vendió a Helena Ospina de Ospina.

El hecho cuarto lo modifica para declarar que Rosario Sánchez murió y quedó representada por sus hijos Ricardo, Ismael, Mariana y María Inés Ramírez Sánchez; que ésta murió y quedó representada por sus hijos Gabriel, Juan de Dios y Roberto Martínez Ramírez. Que todos estos derechos fueron adquiridos por Ricardo Ramírez, quien los vendió junto con su derecho a Helena Ospina de Ospina.

El hecho quinto lo modifica anotando que el heredero Juan Montoya Sánchez en la sucesión de su madre Ana Julia Sánchez, vendió a la actora María Taborda de Montoya los derechos que le correspondían en tal sucesión.

El quinto bis, como hecho nuevo.

En hechos subsiguientes de la corrección de la demanda, hace referencia a las sucesiones de Felicia, Aquilina y Rosario Sánchez, a quienes señala, junto con Ana Julia y Trinidad, como representantes de la sucesión de Petronila Parra de Sánchez, sucesión ésta, en la cual se les adjudicó el lote a que se hace referencia en el hecho primero corregido; puede advertirse que se trata de una serie de transferencias y de afirmaciones en relación al hecho de que los herederos de Petronila Parra de Sánchez continuaron en la posesión de sus causantes.

En cuanto a la parte petitoria queda modificada en el sentido de agregar que las sucesiones de Ana Julia o Ana Tulia Sánchez Parra, Rosario Sánchez Parra, Abraham Montoya Sánchez, Alejandro Montoya Sánchez y de Carlos Montoya Sánchez y la señora Helena Ospina de Ospina, son dueñas del lote que allí se especifica.

La súplica cuarta se modifica para pedir que la restitución del lote se haga a favor de las nombradas sucesiones y de doña Helena Ospina de Ospina.

Esta nueva demanda fue contestada por los demandados oponiéndose a las pretensiones de la actora e impetrada la declaratoria de las excepciones antes referidas.

El juzgado *a quo,* desató el juicio declarando "que por falta de pruebas no se hacen las declaraciones de la demanda".

Apelado el fallo por los demandantes, el Tribunal pronunció la sentencia materia del recurso por medio de la cual revocó la sentencia del inferior y resolvió inhibirse para "hacer pronunciamiento de mérito sobre las acciones incoadas por falta de los presupuestos procesales de demanda en forma y capacidad procesal.

El fallo acusado

La sentencia del Tribunal reproduce los antecedentes expuestos en la demanda y en su corrección y consigna en síntesis lo siguiente: "La historia del terreno especificado en el hecho 1º y en la parte petitoria de la demanda de 16 de marzo de 1961 en relación con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acompañó, demuestra que el terreno común pertenece hoy a las siguientes personas: *Sucesión de Ana Julia Sánchez Parra,* ilíquida y representada por Carlos E., Jaime Antonio, Octavio, Gustavo, Pastor y Raúl Antonio Montoya Rave; por Abraham Montoya, muerto, representado por Oscar, Julia, Aura y Amparo Montoya Taborda; por Alejandro Montoya Sánchez, muerto, representado por Clara Rosa, Jorge Enrique, Jesús Salvador, Bernardo o Bernardino, Gustavo, Luis Gilberto y María Alicia Montoya Londoño; y por Juan (este vendió su derecho a la codemandante María Taborda), sucesión de Rosario Sánchez Parra, ilíquida y representada por Ricardo y Mariana Ramírez Sánchez; Ismael Ramírez Sánchez, muerto y representado por Inés y Carolina Ramírez Rojas, muerta Inés y representada por William y Humberto Ramírez, sus hijos naturales y por Inés Ramírez Sánchez, muerta y representada por Gabriela, Juan de Dios y Roberto Martínez Ramírez (los derechos de todos estos fueron vendidos a doña Helena Ospina de Ospina). *Sucesión de Abraham Montoya Sánchez,* representada por mis mandantes. *Sucesión de Alejandro Montoya Sán-*

chez, representada por los demandados. *Sucesión de Carlos Montoya,* representada por las personas relacionadas en el hecho 7º de la demanda. *Sucesión de Ismael Ramírez,* representada por Carolina Ramírez Rojas, William y Humberto Ramírez. Y doña *Helena Ospina de Ospina".*

Transcribe las súplicas del libelo según la demanda original y su corrección, y entrando en la cuestión litigada y luego de hacer un examen sobre los presupuestos procesales, el fallador expone:

"En el *sub judice* existe una demanda y su corrección (ver folios 1 y 23, cuaderno principal). En la demanda original se acciona contra herederos de Alejandro Montoya para las sucesiones de Ana Julia o Ana Tulia y María Trinidad Sánchez Parra. Allí se habla de nulidad de un juicio de pertenencia, una de las súplicas, y declaración de propiedad y reivindicación de 2 lotes que individualiza separadamente como pertenecientes a cada una de las dichas sucesiones. Como se pide nulidad de una declaración de dominio en favor de Alejandro Montoya, debe observarse sin embargo, que los linderos del hecho 10 correspondientes al lote de la pertenencia no corresponden con los de ninguno de los dos lotes mencionados. Los linderos del hecho primero sólo coinciden con los del lote segundo de las súplicas. Pero ya en la corrección de la demanda y en las súplicas no modifica la primera en donde solicita nulidad del juicio de pertenencia en favor de dos sucesiones, pero ya en la súplica tercera introduce cinco sucesiones más, elimina la de la señora María Trinidad Sánchez para quien había pedido en la súplica primera, e introduce también como actora a doña Helena Ospina de Ospina. Es decir, solicita una nulidad en favor de dos sucesiones y luego las consecuencias de la posible declaratoria de nulidad hace que favorezcan a personas diferentes o patrimonios distintos. En la corrección ya no habla de dos lotes sino de uno de mayor extensión para reivindicar parte del mismo. Los hechos anteriores llevan a la Sala a la conclusión de que hay demanda que no está en forma, pues se cambia la acción al sustituir los elementos personas, *petitum* o *causa petendi.* Aquí se han cambiado titulares del derecho lo que es una variación de la acción, lo mismo que de las peticiones al señalar porciones de terreno diferentes en los dos escritos. En todo caso la demanda adolece de oscuridades notorias y contradicciones manifiestas que impiden un pronunciamiento de fondo sobre el negocio. Pero es que aún haciendo abstracción de tales defectos al estudiar el otro presupuesto procesal la *legitimatio ad procesum* se tiene: este presupuesto dice relación a que las partes actora y demandada hayan concurrido debidamente al juicio, bien por sí mismas o por sus legítimos representantes para la legítima defensa de sus intereses en el juicio. El poder con que se demanda apenas fue otorgado por la señora María Taborda viuda de Montoya, compradora de derechos herenciales en sucesión no seguida de Ana Julia o Ana Tulia Sánchez Parra. También otorgan poder los hijos de Abraham Montoya, heredero de Ana Julia o Ana Tulia y Trinidad Sánchez. No existe pues poder alguno para demandar en favor de las sucesiones de Rosario Sánchez, Abraham Montoya S., Alejandro Montoya Montoya S. (a éste lo demanda y a la vez demanda para la sucesión debidamente representada por la integridad de los herederos lo que es contradictorio cuando menos) Carlos Montoya S., Ismael Ramírez y doña Helena Ospina de Ospina. Existen pues vicios de forma tan serios que impide pronunciamiento de fondo sobre el negocio. Además si se demanda para varias sucesiones algunas ilíquidas y señala los eventuales herederos de las mismas, debía tener representación suficiente para dar cumplimiento al otro presupuesto de legitimación procesal, lo que indica que debe revocarse la providencia del señor juez para un pronunciamiento inhibitorio".

El recurso:

Invocando el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial, el censor acusa la sentencia "... porque es violatoria de la ley sustancial en forma directa o expresa, por falta de aplicación de normas que se debieron tener en cuenta; y en forma indirecta a consecuencia de errores de hecho y de derecho que se sufrieron en la parte motiva y que influyeron en la parte resolutiva del fallo ...".

De los cinco cargos formulados en la demanda, la Corte examina los expuestos en los numerales 1º y 5º que darían fundamento para casar el fallo, y cuya síntesis se hace en seguida:

Cargo primero. El censor transcribe pasos de la sentencia del fallador que se han insertado antes y los confronta con los pedimentos y hechos tanto de la demanda como de su corrección para llegar a la conclusión de que el Tribunal le dio una indebida aplicación al artículo 208 del Código Judicial por interpretación errónea al considerar que con la corrección del libelo había habido un cambio de acción porque se habían introducido nuevas personas y se había modificado el objeto de la querella en relación con el

inmueble materia del juicio. Sobre estos particulares el recurrente se extiende puntualizando en qué consistieron las correcciones que no podían estructurar un cambio de acción como lo sostiene el Tribunal que concluye que no hubo demanda en forma, y que, por tanto, no podía proferir sentencia de mérito por ausencia de ese presupuesto procesal.

Cargo quinto. Glosa el censor los apartes del fallo del Tribunal, cuando le niega a la parte actora en el juicio personería suficiente para demandar en nombre y para la comunidad de Petronila Parra de Sánchez, cuya sucesión fue liquidada y el inmueble que fue inventariado les fue adjudicado a sus cinco herederos, en cuotas, sin que se hubiera hecho una partición material de aquél. El recurrente estima que por este aspecto el Tribunal violó los artículos 2107 y 2323 del Código Civil en cuanto le desconoció a la parte actora el derecho de accionar para y en favor de la comunidad de bienes que integran el patrimonio cuya división material aún no se ha verificado, según las constancias probatorias que obran en el proceso. Para respaldar el cargo, el recurrente cita varias jurisprudencias de la Corte.

La Corte considera:

Es manifiesto que el Tribunal pronunció su fallo inhibitorio de manera muy superficial sin entrar a considerar en forma seria las situaciones procesales que aparecen en el juicio.

1º *En relación con el cargo primero, es evidente que el Tribunal le desconoció al actor el derecho que el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil le concede, para aclarar, corregir o enmendar la demanda y que en esa aclaración pueden incluirse personas distintas no comprendidas en el libelo o excluir algunas de las citadas en éste y aun suprimir algunos de los hechos que constituyen* la causa petendi *o adicionarlos. Lo indispensable es que la acción no se altere en su esencia ni se modifique la competencia.* En el caso de autos, la demanda se redujo a incluir dentro de las acciones propuestas a nuevos demandantes, corrigiendo algunos hechos que no modificaban el *petitum* o la sustancia de la acción incoada. No es exacto, pues, como lo afirma el Tribunal, que se hubieran cambiado los titulares del derecho "lo que es una variación de la acción"; y en cuanto al objeto del juicio, tampoco se viola el artículo 208 citado, por el hecho de que el actor hubiera corregido la demanda, expresando que no se trataba de dos lotes, sino de uno solo. Por este aspecto, consiguientemente, carece de fundamento la causal inhibitoria de falta de demanda en forma a que alude el Tribunal en su providencia inhibitoria.

2º En cuanto al cargo quinto, la parte actora demostró plenamente en el juicio que es cesionaria de derechos herenciales en la comunidad sucesoral de Petronila Parra de Sánchez. Que la dicha sucesión se liquidó y hubo una partición numérica en que se adjudicó a los cinco herederos, a que se refiere el actor, una cuota *ad valorem* sobre el inmueble que fue inventariado. Es decir, doña María Taborda viuda de Montoya tiene el carácter de comunera sobre el bien que pretende reivindicar para la comunidad; y en ese carácter de comunera goza de personería suficiente para ejercitar las acciones sobre que versa el juicio, personería que no puede serle desconocida, como lo hace el Tribunal, con el argumento de que los demás comuneros no otorgaron poder para actuar en el juicio, con el bienentendido de que el fallo que se pronuncie beneficiaria a los comuneros en el supuesto de que fuese favorable; pero en cambio no los perjudicaría en caso contrario. Por este aspecto el Tribunal al abstenerse de pronunciar sentencia de mérito violó por falta de aplicación los artículos 2323 y 2107 del Código Civil citados por el recurrente.

Las anteriores consideraciones serían suficientes para casar el fallo objeto del recurso; no obstante ello, no puede hacerse por los siguientes motivos:

El fallo inhibitorio no extingue la acción porque no produce cosa juzgada material sino simplemente formal; reviste apenas un carácter temporal, una situación provisoria susceptible de desaparecer cuando la acción se intente con los requisitos que permitan una decisión de fondo. Si la Corte entrara a pronunciar fallo de mérito, podría suceder que al decidir como juzgador de instancia llegase a una conclusión desfavorable a los intereses alegados por la parte actora, perjudicando con ello, en providencia de carácter material los derechos del 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 consagra "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).*

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 tres (3) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por María Taborda viuda de Montoya y otros contra la sucesión de Alejandro Montoya S.

No hay costas, por no aparecer causadas.

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

Flavio Cabrera Russán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REIVINDICACION

Aplicación extensiva de la acción en el caso del artículo 971 del Código Civil. — Causal 1ª de casación. — Caso de error de hecho en la apreciación del material probatorio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil
Bogotá, D. E., marzo 11 de 1968.

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

Ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, la señorita Fanny Carabalí demandó a los señores Jorge Arango Gómez, Antonio M. Londoño y Olga Fajardo de Londoño para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que la demandante es dueña exclusiva de un solar o lote de terreno de una extensión de 171 metros cuadrados con 84 centímetros, ubicado en la carrera primera, entre calles 23 y 24, del área urbana de Cali, y alindado como se indica en el libelo, y para que se condenase a los demandados a restituirle ese inmueble con sus mejoras y a pagarle los frutos naturales y civiles y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda expresan que desde el año de 1938 Fanny Carabalí venía poseyendo el solar mencionado, que no sabía quién fuera el dueño de tal inmueble y que en 1940 edificó allí una casa de habitación con sus propios recursos y con la ayuda de su padre Manuel S. Carabalí. Cuando más tarde esta casa fue avaluada para los efectos del catastro, la señorita Carabalí se enteró de que el terreno pertenecía al Municipio de Cali por hacer parte de sus ejidos; entonces la misma Carabalí celebró un contrato de arrendamiento con dicho municipio. Posteriormente el propio municipio y la citada Carabalí ajustaron una promesa de contrato, por la cual el primero prometió vender a la segunda y ésta comprarle a aquél el referido lote de terreno, en la suma de $ 4.312.50, precio que la prometiente compradora pagó en la forma convenida. La explosión de unos camiones cargados de dinamita que ocurrió el siete de agosto de 1956, redujo a escombros la casa de habitación construida por la señorita Carabalí, quedando el solar listo para edificar sobre él nuevamente. El seis de febrero de 1957, mediante Escritura número 154, extendida en la Notaría Cuarta de Cali, el municipio le transfirió, a título de venta, a la misma Carabalí el dominio sobre el lote de terreno en mención. Como esta adquirente carecía de recursos para edificar de nuevo, resolvió arrendarle el solar al señor Jorge Arango Gómez, en el mes de julio de 1959; este arrendatario quedó autorizado para hacer allí unas obras hasta por un valor de $ 3.000.00. "El arrendatario, señor Jorge Arango Gómez, introdujo al lote de terreno, ignoro a qué título, a los señores Antonio M. Londoño y Olga Fajardo de Londoño, o simplemente Olga Fajardo, y entre todos se han dado a la tarea de efectuar en el interior del mismo lote de terreno una construcción de cemento armado y ferroconcreto, desconociendo en absoluto los derechos de Fanny Carabalí como dueña exclusiva del inmueble y presentándose ante propios y extraños como propietarios del lote de terreno arrendado a Jorge Arango en la forma expresada". Los señores nombrados niegan los derechos de la señorita Carabalí sobre el solar, se proclaman dueños de ese inmueble y han ejecutado allí actos de posesión, tales como la construcción de edificaciones costosas y otros. Además, los mismos señores convencieron al Personero Municipal de que la Carabalí era una simple arrendataria del solar, hicieron que dicho Personero le declarara caducado un presunto contrato de arrendamiento y "así obtuvieron que se dictara una resolución por medio de la cual se les da posesión del inmueble a que se refiere esta demanda y en ella fundan su carácter de poseedores".

Los demandados Arango Gómez, de una parte, Londoño y Fajardo, de otra, presentaron sendos memoriales en que explican lo sucedido

respecto del solar. El primero, o sea Arango Gómez, expresa que, una vez concertado el contrato de arrendamiento con la señorita Carabalí, emprendió la construcción de unas obras en el solar con el fin de aprovecharlo para el objeto señalado en la convención, pero que, cuatro días después de iniciadas esas obras, el Personero de Cali se las suspendió. Añade que, como él tenía de socio al señor Antonio M. Londoño, este último hizo gestiones para que el mismo Personero le arrendara dicho solar; que en efecto le fue arrendado el inmueble bajo la condición de que le pagara a Arango las obras que había ejecutado, y que obtuvo además la promesa de que se le vendería ese lote. Los demandados Londoño y Fajardo confirman lo expuesto por Arango e indican las obras que ellos han construido y tienen en el inmueble.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de doce de julio de 1962, por la cual se declaró que Fanny Carabalí es dueña exclusiva del lote de terreno en referencia y se condenó a los demandados Antonio M. Londoño y Olga Fajardo a restituir ese inmueble con sus mejoras y a pagar los frutos civiles y naturales producidos a partir de la contestación de la demanda y las costas del juicio. Por el mismo fallo se absolvió al demandado Jorge Arango Gómez.

La sentencia acusada

Los demandados Londoño y Fajardo apelaron del fallo de primera instancia y, surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali pronunció la sentencia de 16 de agosto de 1963, por la cual, con el voto disidente de uno de los Magistrados, se confirmó la decisión apelada con la reforma de condenar a los recurrentes a pagar a la actora los frutos civiles y naturales producidos, no desde la contestación de la demanda, sino desde el 18 de agosto de 1959.

La motivación de la sentencia expone los términos y el desarrollo de la litis, anota las pruebas allegadas al juicio y aborda en seguida el estudio de la acción reivindicatoria que la demandante ejercita. El dominio de la señorita Carabalí sobre el solar que es objeto de la acción dicha, lo encuentra el fallo comprobado con la Escritura número 154, otorgada en la Notaría Cuarta de Cali el seis de febrero de 1957, por la cual la misma actora le compró ese inmueble al Municipio de Cali. La identificación y la calidad de cosa singular del solar las tiene por demostradas con la inspección ocular practicada sobre el mismo bien. Y la posesión de los demandados Londoño y Fajardo la da por establecida con varias pruebas, entre las cuales figura la manifestación de los propios demandados citados. "El anterior análisis de la prueba —dice la sentencia— lleva a la conclusión de que en el presente caso se reúnen los elementos que, de conformidad con el artículo 946 del Código Civil, estructuran la acción reivindicatoria contra el señor Antonio M. Londoño y contra la señora Olga Fajardo de Londoño".

El fallo pasa a examinar el punto relativo a la buena o mala fe de los demandados; considera que, según las pruebas aducidas, éstos pudieron enterarse y supieron en efecto que el solar pertenecía a la señorita Carabalí y que a sabiendas de ello hicieron las mejoras que tiene ese lote, siendo por tanto poseedores de mala fe. Como consecuencia de esta conclusión, dichos demandados deben pagar los frutos percibidos, no desde la contestación de la demanda, como en su parte resolutiva lo decidió el fallo de primera instancia, sino "desde el 18 de agosto de 1959 en que se consumó la usurpación", en los términos de los incisos quinto y sexto del artículo 966 del Código Civil.

La sentencia analiza por último la categoría de las mejoras puestas por los demandados en el lote y las califica de útiles para los efectos legales.

El recurso de casación

Los mismos demandados Londoño y Fajardo recurrieron en casación y en orden a sustentar el recurso se ha presentado en su nombre un memorial en que se hace una relación de los hechos que dieron origen a este pleito, se recuerdan los escritos que los propios demandados elevaron a guisa de respuesta a la demanda y lo resuelto en los fallos de primera y de segunda instancia, así como los fundamentos de la sentencia impugnada, se analizan varias pruebas para sostener la tesis de que los demandados dichos no son en realidad poseedores, sino simples tenedores en su condición de arrendatarios, y de que hicieron las mejoras de buena fe, y en un acápite final que lleva el Título de "Textos legales infringidos por la sentencia del honorable Tribunal", se expresa:

"Violación del artículo 946 del Código Civil, que dice la reivindicación o acción de dominio es aquella que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

"Está demostrado que Antonio M. Londoño y Olga Fajardo de Londoño son meros tenedores

que recibieron el inmueble del Municipio de Cali en arrendamiento y con miras a futura adjudicación.

"Violó esta disposición legal por errónea interpretación de la ley por error de hecho en la apreciación de la prueba sobre la posesión.

"Segundo: El honorable Tribunal violó el artículo 966 del Código Civil por infracción directa por cuanto desconoce la condición de poseedores de buena fe, o no poseedores, sino simples tenedores que han de tener derechos a la retención mientras no les sean reconocidas las mejoras.

"El honorable Tribunal violó estas disposiciones y el concepto de tales violaciones queda suficientemente demostrado".

Consideraciones de la Corte:

I. El artículo 531 del Código Judicial señalaba los requisitos que debe llenar toda demanda de casación. Este precepto fue sustituido por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964. Entre tales requisitos figuran el de expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo y el de citar de manera precisa y concreta, cuando se trata de la causal primera, las normas legales que el recurrente estime infringidas.

El escrito presentado aquí como demanda de casación no señala ninguna causal en respaldo del pedimento de infirmación del fallo.

Por otra parte, la primera causal de casación consiste siempre en la violación de ley sustancial, violación que puede producirse en forma directa o de manera indirecta. Se quebranta la ley de modo directo cuando, sin consideración a las pruebas relativas a los hechos de la litis, la sentencia omite aplicar a la relación contravertida el precepto legal que la regula, o le aplica una disposición que le es ajena, o le atribuye a la norma un sentido que no le corresponde. La infracción de la ley se produce en forma indirecta cuando el fallo incurre en un error de derecho o en un error de hecho en la apreciación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo rige o le aplica un precepto que le es extraño. En este supuesto, la transgresión de la ley sustancial es efecto de uno de los errores mencionados. Por tanto, el recurso que impugna un fallo por quebrantar una disposición sustancial de manera indirecta, debe señalar no sólo el error que imputa a dicha sentencia, sino también la norma infringida y el concepto en que ha sido violada.

II. El primer cargo que el recurso formula contra la sentencia consiste en la violación del artículo 946 del Código Civil, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas referentes a la posesión de los demandados. Sostiene que la manifestación hecha por Antonio M. Londoño y el certificado de la Personería Delegada de Vivienda Popular de Cali, demuestran que dicho demandado Londoño no era poseedor, sino mero tenedor, a título de arrendatario del municipio, y que en esa calidad ocupó el solar y puso de buena fe sus mejoras.

El recurso no expresa en forma clara en qué hace consistir el error de hecho que le imputa al fallo, pero sí deja traslucir que tal error radica en no haber visto la sentencia las pruebas que acreditan que los demandados no han sido poseedores, sino meros tenedores.

Uno de los casos en que se comete un error de hecho en la apreciación del material probatorio es aquel que consiste en olvidar o en dejar de estimar una prueba que obra en autos y que demuestra un hecho que influye en la decisión de la litis, hecho que en razón de ese olvido se tiene por inexistente o por no demostrado (sentencia de junio 10 de 1960. XCII, 2225, 941).

La sentencia no olvidó apreciar los elementos de prueba a que se refiere el recurso, o sean la manifestación de los demandados y el certificado de la Personería Delegada. Por el contrario, vio, tuvo en cuenta y estimó esas pruebas y de ellas dedujo la conclusión de que los señores Londoño y Fajardo ocupan el solar como poseedores y no como simples tenedores. De modo que el fallo no incurrió en el error de hecho que se le imputa, ni quebrantó por tal supuesta causa el artículo 946 del Código Civil.

Y aún hay más: Según el certificado expedido por el Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular de Cali, el mismo funcionario dictó la Resolución número 55, de 18 de agosto de 1959, por la cual declaró administrativamente cancelado un contrato de arrendamiento del solar que el municipio había celebrado años atrás con Fanny Carabalí y en consecuencia de ello le entregó el mismo inmueble a Antonio María Londoño para que lo ocupara mientras se estudiaba la posibilidad de adjudicárselo en forma definitiva. Posteriormente el propio Personero dictó la Resolución número 67, de julio 21 de 1960, por la cual, recordando lo dispuesto en la anterior Resolución número 55 y que el dominio del solar le había sido transferido antes a la señorita Carabalí, revocó la citada Resolución número 55, reconoció a la mentada Carabalí co-

mo propietaria del lote y dispuso que las controversias entre ésta y Londoño deberían ser desatadas por la justicia ordinaria. Los demandados confirman que el Personero les entregó el solar con la promesa de adjudicárselo más tarde, y en razón de esa entrega hicieron allí unas edificaciones y continuaron ocupando tal inmueble.

La sentencia tuvo a los demandados como poseedores y estimó satisfechos todos los requisitos de la acción reivindicatoria; pero aún en el supuesto de que, en virtud de los antecedentes que se acaban de anotar, no se pudiera considerar a los mismos demandados como tales poseedores, sino como meros tenedores, y de que resultase por tanto probado el error de hecho que se le imputa al fallo, no cabría concluir que éste violó el artículo 946 del Código Civil, porque *el artículo 971* ibídem *permite extender el ejercicio de la acción reivindicatoria contra el tenedor que, reconociendo dominio ajeno, retiene una cosa, raíz o mueble en forma indebida, es decir, sin título alguno. En repetidas ocasiones la Corte ha recordado y expuesto esta aplicación extensiva de la acción en referencia, como puede verse en fallos de diciembre cinco de 1944 (LVIII - 2016, 172), febrero 19 de 1952 (LXXI - 2110, 272) y julio 9 de 1953 (LXXV - 2131, 531 y siguientes).*

III. El recurso le atribuye también a la sentencia el quebranto directo del artículo 966 del Código Civil por haber desconocido la calidad de simples tenedores de los demandados y la buena fe con que obraron al ocupar el solar y hacer allí unas mejoras.

La buena fe con que se ejecuta un acto es cuestión de hecho que no puede ser apreciada sino a través de las pruebas que se aduzcan para demostrarla. Siendo esto así, se comprende que en casación esta cuestión no puede, en principio, llegar a ser debatida sino a través de un cargo por quebranto indirecto de una norma sustancial, a causa de error de hecho o error de derecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con el mismo punto. En este caso el segundo cargo se ha planteado por infracción directa del artículo 966 del Código Civil, lo cual indica que, así formulado, tal cargo no le permite a la Corte acometer el análisis de las pruebas concernientes a la buena o mala fe que a los demandados se atribuye. Por el contrario, la apreciación de esas probanzas debe ser respetada para el efecto de concluir que, con base en la mala fe de los demandados y en su calidad de poseedores que la sentencia les imputa, no incurrió ésta en violación del artículo 966 del Código Civil.

Estas reflexiones demuestran que el recurso 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 de dieciséis de agosto de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio de reivindicación propuesto por Fanny Carabalí contra Jorge Arango Gómez, Antonio M. Londoño y Olga Fajardo de Londoño.

Sin costas en el recurso porque no se han causado.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Ricardo Ospina Gómez, Guillermo Ospina Fernández, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REIVINDICACION

A las acciones subsidiarias previstas en el colon final del inciso 1º del artículo 955 y en el inciso 1º del 957 del Código Civil, les son aplicables los principios y reglas que gobiernan la responsabilidad extracontractual. — Venta de bienes muebles de sociedad conyugal ilíquida.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, abril 1º de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Luis Obdulio Motta, contra Ascensión Otálora viuda de Motta y otros.

El litigio

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Plata, Luis Obdulio Motta Bonilla demandó por la vía ordinaria a Ascensión Otálora viuda de Motta, Luis Enrique Valenzuela, Jacinto Perdomo, Luis A. Ramírez Ramos y Eliécer Ramírez Ramos, con las siguientes peticiones que se resumen:

1ª Que el actor es propietario de cuarenta reses de cría que le fueron adjudicadas en la mortuoria de sus padres, y que en la fecha de la diligencia de inventario y avalúos practicada en ésta estaban secuestrados o bajo el cuidado de Jacinto Perdomo y Luis A. Ramírez;

2ª Que, igualmente, el actor es "dueño o propietario legítimo de casi seis toretes" también dejados por los aludidos causantes y de que dispusieron Ascensión Otálora viuda de Motta y Jacinto Perdomo poco tiempo después de muerto Rodolfo Motta, casado en segundas nupcias con aquélla;

3ª Que, consecuencialmente, Ascensión de Motta, Jacinto Perdomo, Luis Enrique Valenzuela y Eliécer Ramírez sean condenados solidariamente a restituirle al actor "trece vacas de cría que los primeros le vendieron al último, con ocho becerros más", producto de aquéllas;

4ª Que igualmente, Ascensión de Motta, Jacinto Perdomo, Luis Enrique Valenzuela y Luis A. Ramírez sean condenados solidariamente a entregarle al actor "veintisiete reses de cría con sus correspondientes productos que tuvieran el día del negocio y que los primeros le vendieron al último", y que los nombrados demandados deben darle además al actor "un producto de lechería por lo menos de $ 1.00 diario en el curso de 8 meses más o menos en cada año";

5ª Que los demandados Ascensión Otálora viuda de Motta y Jacinto Perdomo sean condenados solidariamente a restituir al actor "más de cinco toretes y medio de los antes relacionados" o, en su defecto, no menos de $ 1.650.00 o la suma fijada pericialmente, descontando $ 34.47, valor del derecho correspondiente a la viuda de Otálora que le fue asignada en estos toretes;

6ª Que, en defecto de la restitución de los semovientes y sus productos, los demandados sean condenados solidariamente "y en la proporción de las compraventas antes mencionadas" a pagarle al actor "$ 500.00 en promedio por cada una de estas reses de cría" o la suma que se fije pericialmente;

7ª Que los demandados sean condenados solidariamente, como poseedores de mala fe, a restituirle al actor "todos los frutos naturales y civiles percibidos y los que hubiere dejado de percibir (sic) con mediana inteligencia y actividad" desde el día 15 de febrero de 1954 o desde que éste aceptó la herencia de sus padres;

8ª Que los demandados, como poseedores de mala fe, sean declarados responsables de los deterioros y daños sufridos por los semovientes del litigio;

9ª Que, previamente, se decrete el secuestro de todos los semovientes y sus crías, y

10. Que los demandados sean condenados en las costas del juicio.

La *causa petendi* se funda en los hechos que también se sintetizan a continuación:

a) Rodolfo Motta casó en primeras nupcias con María Luisa Bonilla, quien falleció el 10 de octubre de 1930, dejando como único hijo legítimo a Luis Obdulio Motta;

b) El nombrado cónyuge supérstite contrajo segundo matrimonio con Ascensión Otálora el 24 de julio de 1931, en el cual no tuvieron descendencia;

c) A la muerte de Rodolfo Motta, ocurrida "el 4 ó 15 de febrero de 1954", se adelantó hasta su terminación el sucesorio conjunto de éste y de su primera esposa, juicio en que intervinieron el heredero Luis Obdulio Motta y la segunda esposa del causante, "asistida por su abogado, doctor Luis Enrique Valenzuela";

d) En la partición de bienes de dicha mortuoria se formaron las hijuelas correspondientes a la viuda Otálora de Motta y al heredero Luis Obdulio Motta Bonilla;

e) A este último le fueron adjudicadas cuarenta reses de cría, de las cuales se encontraban veintisiete en poder de Luis A. Ramírez y trece en el de Jacinto Perdomo, como también le fue adjudicado "un derecho por valor de $ 1.405.53 de los $ 1.440.00 en que fueron avaluados seis toretes de año y medio a dos años, semovientes todos estos dejados por el causante Rodolfo Motta en su finca Paisito;

f) A la viuda solamente se le adjudicó en la sucesión, en lo que respecta a ganado vacuno, un derecho por valor de $ 34.47 sobre los toretes últimamente mencionados;

g) Los semovientes adjudicados a Luis Obdulio Motta no le han sido entregados a éste "por haber dispuesto de ellos Ascensión Otálora viuda de Motta, en asocio de Jacinto Perdomo y Luis Enrique Valenzuela";

h) Fallecido Rodolfo Motta se inició su juicio sucesorio, "pero mientras tanto la viuda Otálora obrando en forma ilegal, dolosa e incorrectamente", contramarcó los semovientes dejados por el causante y luego trató de vender unos y de ocultar otros, por lo cual se le siguió proceso penal que terminó con la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por no considerarse que, pendiente el juicio de sucesión y siendo la sindicada parte en el mismo, los hechos investigados constituyeran delito;

i) Así fenecido el proceso penal, la nombrada viuda obtuvo que el juez ordenara le fueran entregados los semovientes secuestrados precautelativamente, y, obtenida tal entrega el 19 de noviembre de 1957, procedió a venderlos en asocio de su apoderado Luis Enrique Valenzuela y de Jacinto Perdomo, pese a que éstos ya habían sido adjudicados a Luis Obdulio Motta;

j) Igualmente, la viuda, en asocio de Jacinto Perdomo vendió los seis toretes en los cuales se le había adjudicado a ella un derecho de $ 34.47;

k) Quienes vendieron las reses en cuestión "obraron a sabiendas de que no les pertenecían y, por lo tanto, procedieron de mala fe y otro tanto se puede decir de los compradores actuales, señores Ramírez", quienes tenían conocimiento de las reclamaciones de Luis Obdulio Motta.

El demandado, Luis Enrique Valenzuela, en su propio nombre y como apoderado de Jacinto Perdomo, Luis A. Ramírez y Eliécer Ramírez contestó el libelo, Ascensión Otálora viuda de Motta no hizo uso del traslado respectivo.

En la respuesta de dichos demandados, éstos se oponen a los pedimentos del libelo, aceptan algunos de los hechos y niegan otros. A su vez, agregan lo siguiente:

"1º Ascensión Otálora de Motta vendió a *Luis Enrique Valenzuela Ramírez* un lote de ganado de 27 cabezas, por allá en el año cincuenta y cuatro sin precisar la fecha exacta. Dicho ganado provenía, según declaración de la vendedora, de herencia dejada por sus padres. El doctor Valenzuela vendió posteriormente este ganado al señor *Luis Antonio Ramírez* por la suma de cuatro mil pesos. El ganado fue secuestrado dentro de una investigación penal y luego el secuestro se levantó por orden del Juez Superior de Neiva. Ese ganado no está hoy en poder de don *Luis Antonio Ramírez porque unas cuantas reses murieron,* otras vendió al señor Antonio Celis, de esta vecindad, otras al señor *Urbano Castañeda,* también de esta vecindad y tres donó a una sobrina suya, *Ginette Vargas Silva,* también de esta vecindad.

"2º La misma Ascensión Otálora viuda de Motta vendió a Jacinto Perdomo un determinado número de animales de la misma procedencia, también por la misma fecha. Este ganado también fue secuestrado dentro de la misma investigación penal y luego fue levantado el secuestro por orden del Juez Superior de Neiva (al proceso penal le aplicaron el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal). En diciembre del año pasado el señor *Jacinto Perdomo,* por conducto de *Luis Enrique Valenzuela,* vendió al señor *Eliécer Ramírez Ramos* dicho ganado. *Eliécer Ramírez* vendió ese mismo ganado más algunas crías al señor *Francisco José Triviño,* de esta vecindad, en octubre del presente año.

"3º A pesar de que al morir la primera esposa de *Rodolfo Motta* hubo partición amigable de los bienes sucesorales entre *Rodolfo Motta* (viudo) y *Luis Obdulio Motta* (hijo), éste entabló juicio de sucesión, denunció en él semovientes a su amaño y se hizo adjudicar varios como heredero de su difunto padre.

"4º *Ascensión Otálora viuda de Motta,* dentro del juicio penal demostró que como herencia de sus padres heredó varias cabezas de ganado que a veces administraba directamente y a veces las daba al partir, ganados que marcaba con la marca de su marido".

Finalmente, los demandados proponen excepción de ilegitimidad de su personería sustantiva, por no ser ellos poseedores de los bienes materia de la reivindicación.

Surtida la primera instancia, el juez del conocimiento dictó sentencia, cuya parte resolutiva dispone:

"1º Declárase propuesta en forma indebida la excepción sobre 'ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada', alegada por el doctor Valenzuela Ramírez, al dar respuesta a la demanda;

"2º Declárase no probada la excepción perentoria de prescripción de la acción, alegada por el mismo abogado en su alegato de conclusión.

"3º Condénase a los señores Luis Antonio y Eliécer Ramírez Ramos, Luis Enrique Valenzuela Ramírez y Ascensión Otálora viuda de Motta, demandados y de notas civiles conocidas en este juicio, a restituir, solidariamente, en favor del señor Luis Obdulio Motta Bonilla, mayor y vecino de Paicol, diez días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de cuarenta y ocho (48) cabezas de ganado vacuno, de raza común, en buen estado, o en su defecto, su valor en dinero en la cuantía fijada por los peritos Ernesto Ortiz y Félix T. Monje C., o sea, la suma de doce mil cuatrocientos veinte pesos ($ 12.420.00) moneda legal.

"4º Condénase igualmente a los demandados Luis Antonio y Eliécer Ramírez Ramos, Luis Enrique Valenzuela R. y Ascensión Otálora viuda de Motta, en abstracto por cuanto el avalúo pericial aparece confuso en lo relativo a productos del ganado, así como en relación con daños o deterioros del mismo, y que además, de la fecha del experticio a esta parte han transcurrido dos años, a pagar, solidariamente, en favor del mismo señor Motta Bonilla, el valor de los productos o utilidades del mencionado número de ganados, así como también los daños o deterioros del mismo, durante el tiempo comprendido del dos de julio de 1959, hasta la fecha en que se verifique la restitución o el pago determinado en el punto anterior, precio que será establecido por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"5º Absuélvase al demandado Jacinto Perdomo, de todos los cargos que se le formularon en la demanda.

"Con costas a cargo de los demandados que fueron condenados".

El fallo del Tribunal

Por apelación interpuesta por el actor y por todos los demandados se tramitó la segunda instancia del juicio, la que culminó con el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva con fecha 23 de agosto de 1962.

A vuelta de transcribir los pedimentos y hechos de la demanda, de observar que los demandados la contestaron "inoportunamente", y de dar cuenta del fallo de primer grado, el Tribunal sentenciador considera que Luis Obdulio Motta es propietario de los bienes materia de la reivindicación por haberlos adquirido en la sucesión de Rodolfo Motta y María Luisa Bonilla de Motta, según lo acredita la hijuela respectiva.

A continuación, entra a dilucidar si los demandados son o no poseedores de tales bienes, y, con fundamento en las pruebas aducidas, concluye lo que sigue:

"Efectivamente, las trece reses y sus productos (8 becerros) que se demandan de Ascensión Otálora, Jacinto Perdomo, Luis Enrique Valenzuela y Eliécer Ramírez R., son precisamente las

que en los inventarios se hicieron figurar en poder del nombrado Jacinto Perdomo (partida quinta), que dieron lugar a la investigación penal por denuncio de Motta contra la Otálora por la venta que de esos semovientes hizo a Perdomo tan pronto como murió el causante. Tales animales, secuestrados en manos de Perdomo dentro de la investigación penal, cuando esta terminó y se levantó el secuestro, fueron vendidos con intervención de Luis Enrique Valenzuela a Eliécer Ramírez, quien en posiciones ha manifestado que vendió dicho ganado a Francisco Triviño. Este sería pues el poseedor actual, porque el demandante no ha probado que los animales estaban en poder de Eliécer Ramírez, último comprador demandado. Fracasaría la demanda de reivindicación por no encontrarse los semovientes en poder de ninguno de los demandados, sino en poder de Triviño.

"Más o menos lo mismo ocurre con las veintisiete reses y sus productos, que se demandan de Ascensión Otálora, Jacinto Perdomo, Luis E. Valenzuela y Luis A. Ramírez, que la Otálora vendió a Valenzuela y éste a Ramírez, según aparece probado en los autos. Ramírez ha dicho en sus posiciones que parte de ese ganado se le murió y que otra parte lo vendió, no teniendo en la actualidad un solo animal de esos en su poder. Hay que estar a esa confesión, porque el actor no ha demostrado que efectivamente él —Ramírez— los posee para reivindicarlos de sus manos".

Por otra parte, estudia el Tribunal la petición subsidiaria del libelo relativa a la restitución del valor de los semovientes. Considera que dicha petición encuentra su fundamento legal en el artículo 955 del Código Civil, cuya aplicación es procedente con base en las posiciones absueltas por los demandados. Expresa a este respecto: "Consta en juicio, como hemos tenido oportunidad de anotarlo, que Ascensión Otálora enajenó, por intermedio de Luis E. Valenzuela R., a Eliécer y a Luis A. Ramírez, los semovientes a que se refiere la demanda, con excepción de los inventariados en la partida séptima, respecto de los cuales no hay prueba de tal enajenación. Simplemente en los inventarios se hizo la afirmación de que los toretes habían sido enajenados por la cónyuge supérstite".

Después agrega:

"Ahora bien, respecto al precio que recibió Ascensión Otálora por los semovientes que vendiera al doctor Luis E. Valenzuela R., según la confesión que éste hace en posiciones, ascendió a la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500).

"El valor recibido por Ascensión Otálora por la venta del ganado al señor Eliécer Ramírez R., fue de cinco mil pesos ($ 5.000.00), como afirma el comprador en las posiciones ya citadas.

"Estos valores, más los intereses legales correspondientes, deben ser pagados por la demandada Ascensión Otálora desde el momento en que se le notificó la demanda, noviembre 19 de 1958, hasta que se efectúe el pago; pues no se logró establecer por la parte actora la mala fe de la señora demandada".

Con fundamento en lo anteriormente dicho, el Tribunal revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, resolvió:

"1º Se absuelve a los demandados Ascensión Otálora viuda de Motta, Jacinto Perdomo, Luis E. Valenzuela, Luis A. Ramírez R. y Eliécer Ramírez R. de los cargos que se hacen en la demanda respecto a la acción principal.

"2º Se absuelve a los demandados Luis Ramírez Ramos, Eliécer Ramírez Ramos, doctor Luis Enrique Valenzuela Ramírez y Jacinto Perdomo de los cargos que se hacen en la demanda, respecto a las peticiones subsidiarias.

"3º Condénase a la demandada Ascensión Otálora viuda de Motta de las condiciones civiles conocidas en este juicio, a restituir a favor del señor Luis Obdulio Motta Bonilla, diez (10) días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00) moneda legal, más los intereses legales de esta suma desde el día 19 de noviembre de 1958 hasta cuando se efectúe el pago.

"4º No hay condenación en costas por acogimiento parcial de la demanda".

El recurso de casación

Contra el fallo relacionado anteriormente, el actor interpuso tal recurso que fundó en demanda que contiene cuatro cargos, a saber: uno por nulidad de la actuación procesal y los tres restantes por infracción directa e indirecta de normas sustanciales.

Primer cargo. Con fundamento en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, el censor denuncia nulidad de la actuación procesal, con el alcance que así determina:

"La sentencia acusada debe ser casada por haberse proferido por el Tribunal de Neiva en sala de decisión integrada, entre otros, por el Magistrado ponente, doctor Enrique Díaz Silva,

pariente en cuarto grado de afinidad con el demandado Luis Antonio Ramírez, y quien, como se dejó indicado en el aparte de este escrito "Análisis de la sentencia de 2ª instancia", por auto de 6 de marzo de 1962 (folio 19, cuaderno 4º), confesó este parentesco; sala que bajo ningún aspecto podía estar integrada por dicho magistrado, ya que de acuerdo al (sic) artículo 435 del Código Judicial, causal 1ª, este parentesco del magistrado le impedía para conocer del negocio, sin que pudiese nadie prorrogarle jurisdicción, por tratarse de un impedimento inallanable, según claro mandato del artículo 439 del mismo código; y como se integró, con tal magistrado, al fallar así, el Tribunal, usurpó jurisdicción, por cuanto la ejerció sin tenerla, como lo dice el artículo 148; lo cual significa que se incurrió en la causal de nulidad, que contempla el artículo 448 del propio código, o en "incompetencia de jurisdicción".

Consideraciones de la Corte:

Llegado el juicio al Tribunal Superior de Neiva en virtud de la apelación interpuesta por las partes contra el fallo de primer grado, correspondióle en reparto al Magistrado doctor Enrique Díaz Silva, quien desde el 27 de noviembre de 1961 aprehendió el conocimiento y ordenó la fijación en lista. Tres meses y medio después, el 6 de marzo de 1962, dicho magistrado encontró hallarse impedido, por lo cual, mediante auto de la mencionada fecha, dispuso lo siguiente:

"En el presente negocio actúa como parte demandada, entre otros, el señor Luis Antonio Ramírez Ramos, cónyuge de la señora Ana Julia Vargas Silva, quien se halla en cuarto grado de consanguinidad con el suscrito magistrado.

"Este hecho ha permitido que entre el ponente en este juicio y el demandado Luis Antonio Ramírez Ramos, exista una amistad íntima que, según lo establecido por el numeral 14 del artículo 435 del Código Judicial, es causa legítima de impedimento.

"En consecuencia, de acuerdo con el artículo 437 del Código Judicial se pone en conocimiento de la parte actora el presente impedimento para los efectos del artículo 438 del Código Judicial".

La impropiedad de esta actuación tardía salta a la vista. Siendo el doctor Díaz Silva pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad de la cónyuge de uno de los demandados, su parentesco con éste era de afinidad en el mismo grado, circunstancia esta que constituye causal legítima de impedimento conforme al numeral 1º del artículo 435 del Código Judicial, y que no puede ser allanada por expresa prohibición del artículo 439 *ibídem*. Sin embargo, el magistrado así impedido, en vez de declararse separado del conocimiento como era su deber, pasó por alto la aludida incompatibilidad y, en su lugar, resolvió declararse impedido por amistad íntima con su pariente demandado (causal 14 del artículo 435 citado), dando con ello lugar al allanamiento que hiciera la parte actora y a que esta misma, ya en el recurso de casación, pusiera en tela de juicio la imparcialidad del fallo que dicho magistrado contribuyó a dictar.

Ante esta actuación impropia, correspondíale a dicha parte, de tener interés en la separación del magistrado impedido, promover la recusación pertinente, única vía apta para que en el caso de no producirse tal separación, se le abriera a aquélla la puerta para alegar la causal de casación, entonces consagrada en el numeral 5º del artículo 520 del Código Judicial. No habiéndolo hecho así, precluyó su oportunidad legal para alegar el impedimento y, por ende, el cargo no podría prosperar, aún en el supuesto de que se hubiera formulado en debida forma, vale decir, con fundamento en la citada causal de casación y no en la que correspondía al numeral 6º del mismo artículo, que era impertinente.

La censura no prospera.

Segundo cargo. (Tercero de la demanda).

Estima el censor que el Tribunal quebrantó en forma directa los artículos 955 y 957, en concordancia con los 2341 y 2344 del Código Civil. Considera el recurrente que los dos textos legales primeramente citados constituyen aplicaciones concretas de la institución de la responsabilidad extracontractual o aquiliana y, por tanto, están gobernadas por los principios generales pertinentes a ésta, como son los consagrados en los últimos textos en cita. Así agrega que de la coordinación de tales normas resulta que el propietario tiene derecho a ser indemnizado de todo perjuicio por la persona o personas que han enajenado la cosa perteneciente a aquél, a sabiendas y para imposibilitar su reivindicación, o que, con la misma finalidad y mediante "actos suyos de mala fe, aquejados de dolo o fraude, simplemente dejaron de poseer"; o sea, que la referida obligación indemnizatoria no solamente pesa sobre el primer vendedor de lo ajeno o sobre el primer poseedor, sino solidariamente sobre "la serie de personas que se coligan entre sí para impedir tal reivindicación".

Entonces, se le censura al Tribunal el haber limitado exclusivamente a Ascensión Otálora viuda de Motta la condenación que aquél hiciera, al paso que "absolvió a su abogado (Luis Enrique Valenzuela), a los tíos de éste (Luis A. y Eliécer Ramírez) y a Jacinto Perdomo", con lo cual aplicó mal el artículo 955 y dejó de aplicar el 957; "porque para condenarla, en síntesis, creyó que tales artículos del Código Civil no dan asa a una condena solidaria contra la serie de poseedores, sino únicamente del primero".

Consideraciones de la Corte:

I

El artículo 2341 del Código Civil consagra el principio general de derecho nemo ex alteria culpa praegravari debet, *en el cual encuentran soporte y explicación todas las reglas y determinaciones que conforman la institución de la responsabilidad civil. Reza este texto legal: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".*

El artículo 2344 de la misma obra establece un efecto especial de las obligaciones nacidas del hecho ilícito sancionado por el texto legal anteriormente citado: la solidaridad de dichas obligaciones y, consiguientemente, de las acciones que tutelan el cumplimiento de estas, respecto de todos aquellos que han participado como cómplices en la comisión del ilícito. De esta suerte, como lo tiene declarado la Corte, ante los términos de dicha disposición legal, no le es dado al sentenciador dividir la responsabilidad para efectos de la condenación por los perjuicios irrogados (sic casación 20 de abril de 1944, LVII, página 149).

II

Por otra parte, el artículo 955 *ibídem* preceptúa: "La acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecusión; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio.

"El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación".

Del tenor literal de este texto resulta que el dueño de cosa que ha sido enajenada por otro está amparado por dos acciones subsidiarias de la reivindicación propiamente dicha, cuando el ejercicio de esta se ha hecho imposible o simplemente se ha dificultado por tal enajenación: la acción restitoria del precio de la enajenación, que procede contra el enajenante de la cosa, con independencia de la buena o mala fe con que haya procedido, y la acción indemnizatoria de todos los perjuicios irrogados al propietario con la maliciosa distracción de su cosa.

La primera de estas acciones subsidiarias no constituye aplicación de la responsabilidad por el hecho ilícito, la cual supone, conforme al artículo 2341 ya citado y al 34 de la Ley 153 de 1887, el dolo o la culpa del agente o agentes, sino que encuentra su ubicación y fundamento en otra fuente de obligaciones también reconocida por la ley: el enriquecimiento injusto. Como este se produciría si el enajenante de lo ajeno pudiera retener el precio recibido, aún de buena fe, con el otorgamiento de la acción de restitutio in integrum *de dicho precio y nada más se restablece el equilibrio roto entre los patrimonios del dueño de la cosa y de quien la ha enajenado como si fuera propia.*

Por el contrario, la segunda de tales acciones subsidiarias sí es determinación del principio general de la responsabilidad extracontractual. Quien enajena una cosa, a sabiendas de que es ajena, ya no sólo obtiene un enriquecimiento injusto subsanable con la acción de restitución del precio, sino que realiza un típico acto ilícito que le impone la obligación de indemnizar la totalidad de los perjuicios irrogados al propietario de aquélla.

Entonces, atendido el fundamento de esta última acción, es cierto, como lo afirma el actor, que a la hipótesis tipificada en el colon final del inciso primero del artículo 955 del Código Civil le son pertinentes todos los principios y reglas que gobiernan la responsabilidad civil, especialmente la extracontractual o aquiliana, y, entre ellos, la de la solidaridad de obligaciones y de acciones declarada por el artículo 2344 ibídem.

III

Lo últimamente dicho puede predicarse también respecto de la acción que el inciso 1º del artículo 957 del Código Civil le otorga al propietario de una cosa en contra de quien la poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer. Esta acción, como las anteriormente comentadas presupone el derecho de dominio del actor y es también subsidiaria de la reivindica-

toria propiamente dicha, ya que su objeto no es la recuperación misma de la cosa, que, por hipótesis, ha salido del poder del demandado, sino la sanción normal de la mala fe o, mejor aún, de la conducta ilícita observada por éste. Por tal aspecto, es, pues, manifiesto que el precitado texto legal constituye otra aplicación concreta de la responsabilidad extracontractual o aquiliana que se traduce en la obligación de indemnizar perjuicios. Y es cierto, igualmente, que la respectiva acción procede in solidum *contra todas y cada una de las personas que se hayan colocado en la situación jurídica concretamente prevista en dicho texto.*

En conclusión: el colon final del inciso 1º del artículo 955 y el inciso 1º del artículo 957 del Código Civil constituyen casos particulares del hecho ilícito, sancionado en general por el artículo 2341 de la misma obra, y están gobernados por todas las reglas y principios de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, tal como la que establece el artículo 2344 en punto de la solidaridad de las obligaciones a cargo de los agentes del ilícito.

IV

Dicho está que la censura en examen estriba en el quebranto de las precitadas normas sustanciales, por no haber sido aplicadas por el sentenciador respecto de los demandados Valenzuela, Perdomo y Ramírez. Cabe, por tanto, revisar a la luz de dichas normas la situación jurídica de éstos en el litigio.

a) En posiciones absueltas por el demandado Valenzuela (cuaderno 2, folios 82 y siguientes), hace éste las siguientes declaraciones: preguntado: "2ª ¿Diga si es cierto o no, que al conversar usted en el mes de febrero de 1954 con Ascensión Otálora viuda de Motta y en relación con los bienes que había dejado su esposo al morir, le contestó que podía venderlos, especialmente los semovientes, ya que como esposa del causante tenía derecho o podía hacerlo? *Contestó:* En la fecha citada vino a buscarme Ascensión Otálora para consultarme si ella podría vender unos ganados cuya propiedad había adquirido por herencia de sus padres. Yo le contesté que sí, y que en mi concepto las herencias no ingresaban a la sociedad conyugal". Agrega: "Creo que con mi concepto la señora determinó vender los ganados que, según información de ella, provenía (sic) de la herencia de sus padres. Y por lo tanto eran de ella y no de ninguna sucesión". 3ª ... "Es verdad que ayudé a la señora Ascensión para buscar compradores para un ganado que ella decía ser herencia de sus padres ... Entre las personas a quienes se les ofreció el ganado recuerdo a Alejo Durán y Fidel Perdomo, pero ellos dijeron no tener dinero para comprarlo e inclusive me instaron a que lo comprara yo. En un principio me excusé por no ser ganadero, pero ellos me entusiasmaron especialmente don Alejandro Durán, diciéndome que el precio que la señora pedía era barato y por último acepté tomarlo, sin conocerlo y atenido únicamente al concepto del ganadero tan versado y honorable como el señor Durán y por haber obtenido la condición de que con el valor del ganado costeara yo los honorarios del juicio de sucesión". "7ª ¿Diga si es cierto o no, que en vista de que tales señores no compraron tal ganado resolvió usted comprarlo o quedarse con él, y al efecto pactó con dicha viuda la negociación de 27 cabezas de ganado mayor por la suma de $ 3.500.00, el que luego le fue mandado o llevado a la plaza y vendido luego por usted a su tío Luis Antonio Ramírez Ramos? *Contestó:* Es cierto". "10. ¿Diga si es cierto o no, que este ganado de que se viene hablando y que lo compró aparentemente a la viuda Otálora y vendido por usted en seguida a Luis Antonio Ramírez, le fue decomisado a los pocos días a este comprador e identificado y avaluado y depositado en poder del mismo y con motivo de una acción penal que Luis Obdulio Motta, hijo de dicho causante, había formulado contra dicha viuda Otálora ante las autoridades, por cuyo motivo se estaba adelantando el proceso? *Contestó:* Es verdad, y en cuanto a lo 'aparentemente' es cuestión de gramática". "12. ¿Diga, si es cierto o no que además, el ganado que había comprado Jacinto Perdomo a la cita (sic) viuda Otálora con su intervención, y que aún había recibido igualmente en depósito, le fue vendido por usted en asocio de la viuda Otálora y del citado Perdomo a Eliécer Ramírez, pero ya en número de 21 cabezas por el aumento de frutos y por tal razón le hicieron entrega de ese ganado a este nuevo comprador el 10 u 11 de diciembre de 1957, el cual en su mayor parte estaba marcado con la cifra quemadora del extinto Motta, además contramarcado posteriormente con la marca de Ascensión Otálora y también distinguido con la marca quemadora del primer comprador Jacinto Perdomo? *Contestó:* ... Es cierto que en diciembre de 1957 serví de intermediario para que Jacinto Perdomo vendiera 21 cabezas de ganado al señor Eliécer Ramírez. Ascensión de Motta no tenía por qué venderle ese ganado a Eliécer Ramírez, puesto que hacía varios años lo había vendido a Jacinto Perdomo.

A la hora de la entrega del ganado por parte de Jacinto Perdomo al señor Eliécer Ramírez, hice concurrir a la señora Otálora con el fin de garantizar u obtener que Perdomo le pagara el ganado, pues este señor no le había pagado antes por haber estado secuestrado, primero, y luego porque dizque estaba amenazado por el señor Obdulio Motta. No me fijé en las marcas porque de ganados nada entiendo ni me interesa". A la 13 respondió: "Claro que los ganados fueron pagados ..." y a la 15: "Luis Antonio Ramírez me compró el ganado a mí con la advertencia de que era de mi exclusiva propiedad por compra que le hiciera de él a la señora Ascensión Otálora de Motta ... Y en cuanto a la compra realizada por Eliécer Ramírez yo le garanticé, con pleno conocimiento de causa que sobre el ganado no había lío ninguno puesto que el secuestro que sobre él pesaba había sido levantado ...".

Resulta, pues, del propio dicho del demandado Valenzuela que, a raíz del fallecimiento de Rodolfo Motta, la viuda de éste, con la participación directa, intelectual y material del nombrado Valenzuela, procedió a enajenar los semovientes materia del presente litigio, so pretexto de que éstos pertenecían exclusivamente a la cónyuge supérstite y no a la sociedad conyugal disuelta, *siendo palmario en la legislación colombiana que todos los bienes* muebles *aportados por los esposos al tiempo de contraer matrimonio, como también los adquiridos posteriormente por éstos a cualquier título antes de la disolución de la sociedad, ingresan a esta (Código Civil, artículo 1781, casación de 31 de agosto de 1935, XLII, 490), y que, por tanto, la venta de los mismos por el cónyuge sobreviviente, antes de la liquidación judicial de dicha sociedad, lo es de cosa ajena, con todas las consecuencias legales pertinentes en el caso de que los bienes en cuestión no le sean adjudicados en la partición (casación 13 de marzo de 1905. XVII, 244; 29 de abril de 1921, XVIII 346; 22 de septiembre de 1922. XXIX, 270; 28 de junio de 1929 XXXVI, 556; 9 de abril de 1940, XLIX, 231; 22 de noviembre de 1940, L, 910; 17 de marzo de 1941, L, 808).*

Confiesa el doctor Valenzuela haberle comprado él a la viuda de Rodolfo Motta 27 cabezas del ganado en cuestión, las que después le vendió a Luis Antonio Ramírez, o sea, que declara haber sido comprador, poseedor y enajenante de dichas reses. Luego, es de rigor concluir que con tales operaciones quedó expuesto ante el adjudicatario de las mismas a las acciones indemnizatorias consagradas por los artículos 955 y 957 del Código Civil.

Y otro tanto puede decirse respecto de la participación del mismo demandado Valenzuela en la enajenación de las 21 cabezas de ganado que, a la postre, compró Eliécer Ramírez. La intervención directa de aquél en este negociado, como también la garantía personal que le diera al comprador, están ampliamente confesadas. Sólo que el deponente explica que su actuación fue la de mandatario de Jacinto Perdomo, hecho este, o sea el de mandato, que no ha sido probado y que, por el contrario, se encuentra enfáticamente contradicho, según se verá adelante, por el propio Perdomo, quien afirma que ni él autorizó a Valenzuela para actuar en su nombre o por su cuenta, ni tampoco tenía por qué darle tal autorización, como quiera que él no era a la sazón propietario del ganado vendido a Ramírez, por haberse deshecho la negociación que había celebrado con la viuda de Motta después del secuestro que se produjo en la investigación penal contra ésta. Es de notar, además, que estas aseveraciones de Perdomo están corroboradas por la nombrada viuda, quien en la confesión que hiciera al absolver posiciones en el juicio, declara categóricamente que fueron ella y Valenzuela quienes negociaron con Eliécer Ramírez, sin intervención alguna de Perdomo, quien ya nada tenía que ver con el ganado en cuestión.

De suerte que está plenamente establecida la coautoría del demandado Valenzuela en los actos de la viuda de Rodolfo Motta, mediante los cuales se produjo la distracción de los semovientes que pertenecían a la sociedad conyugal que existió entre aquélla y éste, y que en la partición le fueron adjudicados al actor Obdulio Motta, como también que tales actos se realizaron con el pretexto legalmente infundado de que eran de propiedad exclusiva de la nombrada viuda, pretexto este que constituye, al menos, un error de derecho que conlleva en contra de los agentes la presunción *juris et de jure* de haber poseído y obrado de mala fe, y ello por expresa disposición del inciso final del artículo 768 del Código Civil.

b) Jacinto Perdomo, al absolver posiciones (cuaderno 1, folios 94 y siguientes), declara los siguientes hechos: "Pocos días después del entierro de don Rodolfo Motta, la señora Ascensión Otálora viuda del extinto me mandó llamar para que le llevara de la finca de Paisito a la finca del señor Jorge Ramírez, ambas en jurisdicción de Paicol, doce reses que ella señaló o me mostró ya en el corral de la finca Paisito, las cuales llevé a donde Ramírez con la ayuda de un hijo mío. Aclaro que el ganado era en número de trece reses, pero una se extravió en el camino y

seguimos solamente con las doce restantes". 3ª "Yo le compré a dicha señora doce reses entre vacas y novillas y dos chumbos, o sea el mismo ganado que llevé por orden de ella a la finca de Jorge Ramírez, ganado este que cuando lo llevé a la expresada finca no estaba contramarcado, pero que cuando lo compré, pocos días después de llevado, ya estaba contramarcado con la marca de la señora Ascensión Otálora, sin que yo sepa quién lo contramarcaría, ni cuándo". 6ª "Tan pronto le compré a la señora Otálora las doce reses de que he hablado, las llevé de la finca de Jorge Ramírez a la mía, denominada El Agrazal y le puse mi marca que es la que se me pone de presente, ganado que le compré por la cantidad de $ 3.000.00, con seis meses de plazo, pero pocos días después ese ganado fue secuestrado por el señor Juez Municipal, el negocio quedó sin valor alguno, habiendo quedado yo como secuestre de ese ganado, por disposición del funcionario aludido". 7ª "No sé en razón de qué asunto la autoridad me decomisó el ganado que le compré a la Otálora o sean las doce reses de que antes se habló y no trece como se dice en la pregunta, ganado este que me dejaron en mi poder en calidad de secuestre. Del ganado vendido por Valenzuela a Luis A. Ramírez, nada me consta". 10. "Este ganado que yo tenía en depósito lo vendió el doctor Luis Enrique Valenzuela directamente a don Eliécer Ramírez Ramos, sin que yo hubiera intervenido para nada en tal negocio, ganado que le entregué a la señora Ascensión por orden del Juez Superior de Neiva y por conducto del señor juez de este municipio" 11. "No es cierto que yo le haya dado al señor Eliécer Ramírez Ramos constancia alguna sobre venta y entrega de las 21 reses de que trata la pregunta; si ese recibo se extendió no fue por orden ni voluntad mía, sino que lo hizo el doctor Luis E. Valencia Ramírez, sin mi consentimiento y lo hizo firmar por el señor Carlos Serrato Ramírez, sin que yo le hubiera rogado a él tal cosa; este señor Serrato, que ya murió, les manifestó a varias personas, cuyos nombres por ahora me reservo, que yo no le había rogado a él para que firmara por mí sino que había sido el doctor Valenzuela. Por lo demás, ese ganado se lo entregué directamente a la señora Ascensión Otálora, a quien se me había ordenado por el juez, en el corral de la finca de Barcelona, de propiedad de don Eliécer Ramírez, en donde se encontraba éste con el doctor Valenzuela y a donde concurrió la señora Otálora, por cita que previamente le hizo el doctor Valenzuela. Advirtiendo que este doctor me insinuó varias veces que le entregara el ganado a él, en vista de que él era el representante de la dicha señora viuda de Motta, entrega que no le quise hacer a él, sino a ella, como así se efectuó en la forma dicha. Advierto también que a esta entrega no asistió el juez ni ninguna autoridad. Tan no podía yo dar recibo o constancia alguna de venta de ese ganado, que con el doctor Valenzuela arreglamos los honorarios como secuestre en dichos semovientes por todo el tiempo que duraron en mi poder, por la cantidad de $ 600.00, que aún me debe, lo que indica que el ganado no era mío y que por lo mismo no podía dar constancias de esa clase" 13.

De los anteriores hechos no infirmados en los autos, se concluye que las acciones ejercitadas contra el demandado Perdomo con fundamento en los artículos 955 y 957 del Código Civil, no podían prosperar según lo resolvió el Tribunal. En efecto, la enajenación originalmente pactada entre la viuda de Motta y éste no se consumó, ni él fue poseedor sino simple depositario del ganado materia de la misma, ni tampoco se ha establecido su participación en la venta posterior que le hicieron dicha viuda y Valenzuela a Eliécer Ramírez.

c) Lo últimamente expresado es aplicable a la situación de los demandados Luis Antonio y Eliécer Ramírez, según se desprende de las posiciones absueltas por éstos y confirmadas por el dicho de los otros demandados.

Luis Antonio Ramírez declara: (cuaderno 1, folios 77 y siguientes) "Recuerdo que hace aproximadamente cuatro o cinco años, unos vaqueros llevaron a mi finca de 'La Meseta' un ganado para el doctor Luis Enrique Valenzuela, quien lo había comprado en el Municipio de Paicol". 2ª "El doctor Valenzuela me exigió que le diera pastaje para un ganado que había comprado en Paicol, mientras efectuaba la venta. Posteriormente de Popayán me dirigió un telegrama en el que me suplicaba el favor de venderlo". 3ª "Es verdad que ese ganado se lo compré al doctor Valenzuela, su número y valor ya no lo recuerdo". 5ª "Es verdad que entré en posesión y disfrute del ganado comprado, pero sin saber si pertenecía a mortuoria alguna". 8ª "Tiempo después de haber comprado el ganado el Juzgado Municipal me exigió su presentación, lo que hice en los corrales de La Meseta y se me dio en depósito. Ignoro completamente la causa verdadera de este secuestro que para mí fue una sorpresa, porque yo lo compré en forma legal al doctor Valenzuela a quien lo he creído siempre persona honrada y que por tal podía venderme ese ganado". 9ª "Ignoro completamente qué cla-

se de pleito se había establecido contra la señora Ascensión Otálora de Motta, únicamente sabía que un heredero la había demandado y que por tal causa mi ganado fue secuestrado, que posteriormente fue levantado el secuestro y se me entregó". 11. "En una diligencia que se sentó en el juzgado está la constancia de la entrega del ganado que se me había secuestrado y por tanto volví a adquirir el dominio pleno de él como dueño absoluto". 12. "... Me fue muy mal con ese ganado cuya mayoría eran vacas viejas. Parte de las vacas murieron pocos meses después de haberlas comprado ... Otros animales se robaron y mataron en la loma de La Meseta y de Holguín, lo que frecuentemente me sucede en esas dos fincas ... El resto del ganado fue vendido ... Hoy día no tengo absolutamente un solo animal de esa compra" 15.

Finalmente, el demandado Eliécer Ramírez declara (cuaderno 1, folios 90 y siguientes): "En el mes aproximadamente que dice (noviembre o primeros días de diciembre de 1957) compré al señor Jacinto Perdomo un ganado, me lo entregó el mismo señor Jacinto Perdomo en los corrales de mi finca de 'Barcelona', medió en el negocio el doctor Luis Enrique Valenzuela, lo compré por la suma de cinco mil pesos, entregué el dinero por comisión del mismo Jacinto Perdomo al doctor Luis Enrique Valenzuela". "Yo vendí ese ganado al señor Francisco Triviño". 5ª Preguntado: "¿Diga si es cierto o no, que usted sabía que ese ganado que le vendían la Otálora, Perdomo y Valenzuela lo había sido adjudicado al heredero legítimo Luis Obdulio Motta en la sucesión de sus extintos padres Rodolfo Motta y María Luisa Bonilla y que, por tanto dicho adjudicatario lo venía reclamando como suyo? *Contestó:* No sabía. Sabía sólo que la señora Ascensión se lo había vendido a Jacinto Perdomo y éste no se lo había pagado todavía". 9ª "Pagué de contado el ganado, porque tenía pleno conocimiento que el ganado era de Jacinto Perdomo. Como medió el doctor Valenzuela para este negocio y como ya dejé contestado en punto anterior, entregué a él la suma de cinco mil pesos" 1ª.

En conclusión: el cargo examinado debe prosperar parcialmente, porque el Tribunal sentenciador quebrantó directamente los artículos 955 y 957, en concordancia con los 2341 y 2344 del Código Civil, al no hacer extensiva al demandado Luis Enrique Valenzuela la condenación pronunciada contra Ascensión Otálora viuda de Motta en el punto 3º de la parte resolutiva del fallo; mas no incurrió en tal infracción al absolver a los demandados Perdomo y Ramírez.

Tercer cargo. (Segundo de la demanda).

Hácelo consistir el censor en infracción indirecta de los artículos 955 y 957 del Código Civil, a consecuencia de errores de hecho en la interpretación de la demanda.

En el paso de la censura que a continuación se transcribe queda determinado el alcance de la misma:

"El sentenciador de Neiva, consideró que subsidiariamente, esto es, si la reivindicación no tuviere cabida, *mi poderdante accionaba por el pago del precio de todo lo que se le adjudicó en su hijuela: las dos partidas, de ganado depositado, y los 'casi seis' toretes; con fundamento en el artículo 955 que le dio aplicación; es decir, que ejercitó, como subsidiaria de la reivindicación, la acción traslaticia* ...; acción traslaticia que, por lo tanto, sólo podía dirigirse contra la vendedora de cosa ajena, doña Ascensión Otálora, a la cual condenó, así: en la parte resolutiva de la sentencia, pero tan sólo al pago de las dos partidas de ganado, cuyo dominio en el actor estimó perfectamente probado, y no al pago de los derechos respecto a los toretes, que no estimó demostrados como del dominio del mismo. Y estimó que esta era la acción propuesta subsidiariamente ..., como allí lo expresa porque el demandante citó como fundamento de su demanda el referido artículo 955, como también por haber dicho en varios hechos de la demanda que doña Ascensión hizo venta de cosa ajena de las reses que se le adjudicaron a Luis Obdulio Motta.

"Pero como entre los fundamentos de hecho de la demanda mi poderdante no sólo manifestó lo que capta el Tribunal, sino que a más de vendedora de cosa ajena Ascensión Otálora, era vendedora, a sabiendas, de que vendía las reses que no le pertenecían, de mala fe, con fraude, o cometiendo por lo menos un hecho culposo; de cuyo hecho son también responsables los demás demandados, a quienes cataloga como exposeedores del ganado que por hecho o culpa de ellos se hacía imposible su reivindicación, se tiene, que el Tribunal, interpretó mal la demanda; por cuanto cometió visible error de hecho al apreciar los fundamentos de hecho del libelo, y creyó que se trata de la acción traslaticia por haberse citado como fundamento de derecho aquel artículo del Código Civil sin reparar que se lo citó en cuanto él obliga a indemnizar todo perjuicio, al exposeedor, que enajenó a sabiendas de que enajenaba lo ajeno, esto es, como armónico o corroborante del artículo 957 del Código Civil, que

expresamente se lo citó también en el libelo como fundamento de la demanda ...".

Consideraciones de la Corte:

De la lectura de la parte transcrita resulta que los errores denunciados por el censor en la interpretación de la demanda no son "errores de hecho manifiestos", como él los califica, sino que por versar éstos sobre la naturaleza de las acciones incoadas, de existir realmente constituirían errores jurídicos que únicamente darían lugar a acusaciones por infracción directa de las normas sustanciales que determinan y gobiernan dichas acciones. Tal ha sido la doctrina de la Corte: "Es factible que el juez se equivoque al interpretar la demanda, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción civil propuesta. En ambos casos, generalmente el error determina la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida ya que la litis se ha fallado con base en preceptos que no regulan el caso, y también por falta de aplicación de aquéllos que regulan el punto cuestionado. Más si en el primer caso la violación es indirecta, derivada de un error de hecho, puesto que se hace decir a la demanda algo que no dice o se deja de percibir algo que ostensiblemente dice, en el segundo la violación es directa, porque proviene de la equivocación en la tipificación jurídica de la acción intentada, lo cual no se origina en la evidencia externa, sino en el yerro directo sobre las normas legales que deben actuar en la resolución del proceso" (casación 21 de enero de 1960; XCII, página 66).

La censura es improcedente.

Cuarto cargo. Expresa la demanda: "Como último cargo, a igual que los dos anteriores con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, le formuló a la sentencia acusada, en cuanto se absolvió a Ascensión Otálora del pago del precio demandado respecto a la adjudicación que se le hizo *ad valorem* a mi poderdante en su hijuela de los 'casi seis' toretes; por no estar probado que los seis toretes inventariados pertenecieron a Rodolfo Motta, al decir del Tribunal de Neiva; esto es, por cuanto para el Tribunal el hecho de haberse inventariado y partido esos toretes entre la viuda y el heredero Luis Obdulio Motta, no es prueba del dominio de los mismos por parte de la sucesión y consiguientemente prueba de la deuda de la viuda para aquél; este cargo: *erró de derecho el Tribunal al desconocerle el valor probatorio de la hijuela de mi poderdante que tiene de plena prueba de acuerdo con el artículo 1759 del Código Civil,* respecto a que los toretes partidos eran del causante; que por haber sido dispuestos por la viuda, ésta debía pagarle al heredero el porcentaje de su valor estimado por los peritos que los avaluaron al inventariarlos, porcentaje o deuda de la viuda adjudicado en la hijuela al heredero ... y por motivo de este error de derecho del Tribunal, de creer que la hijuela del demandante no es prueba plena para reclamar el pago de los 'casi seis' toretes, que reclama en este juicio, *violó indirectamente,* el artículo 946 del Código Civil que dejó de aplicarlo el sentenciador siendo el caso de hacerlo ...".

Consideraciones de la Corte:

Como esta censura se hace consistir en violación indirecta del artículo 946 del Código Civil, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de un instrumento público al que el Tribunal no le dio, al decir del recurrente, el valor que le asigna el artículo 1759 del Código Civil, su rechazo se impone con la sola observación de que por tratarse de reivindicación de cuota proindiviso sobre bienes adjudicados al actor en el juicio sucesorio, la cita del artículo 946 del mismo Código, que define la acción reivindicatoria en general y que se dice quebrantado, es impertinente, pues, la norma aplicable es la consagrada en el artículo 949 de la misma obra. Agrégase a lo dicho que el Tribunal tampoco desconoció el valor probatorio que al referido instrumento le asigna el citado artículo 1759, el cual se refiere a la fe que prestan las escrituras públicas en cuanto a su otorgamiento y fecha, y en cuanto a las declaraciones de los interesados, temas estos que nada tienen que ver en el caso *sub lite.*

Carece, pues, la censura de toda consistencia y, por ende, no puede prosperar.

La sentencia sustitutiva

Como juzgador de instancia falla la Corte el presente juicio, previas las siguientes consideraciones:

I. Los demandados que contestaron el libelo, al hacerlo propusieron la excepción "de ilegitimidad de la personería sustantiva de los mismos", por no ser poseedores de los bienes de cuya reivindicación se trata, y en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia, el doctor Luis Enrique Valenzuela, en su propio

nombre y como apoderado de algunos de sus litis-consortes, propuso la de prescripción adquisitiva de dichos bienes.

El Tribunal dejó de pronunciarse acerca de las mencionadas excepciones, incurriendo así en notoria incongruencia. Según trata de insinuarlo en la parte motiva de su sentencia la razón para no considerarlas consistió en haberse presentado extemporáneamente la contestación de la demanda.

Sobra decir que tal explicación es impertinente, pues, las excepciones perentorias pueden ser aducidas en cualquier oportunidad procesal antes de la citación para sentencia y, salva excepción legal, deben ser declaradas de oficio por el juzgador (*Gaceta Judicial,* 341 a 344).

II. En lo tocante a la excepción de falta de legitimación en la causa de la parte demandada hay que concluir que se encuentra plenamente probada en el juicio respecto de las peticiones tercera, cuarta y séptima. Es el propio actor quien, al enunciar los fundamentos de hecho de su libelo, declara que los demandados Ascensión Otálora viuda de Motta, Jacinto Perdomo y Luis Enrique Valenzuela dejaron de ser poseedores materiales de los semovientes en litigio, por habérselos vendido aquéllos a Luis A. y Eliécer Ramírez, quienes, a su vez, han sostenido que ellos también los dejaron de poseer por muerte de parte de dichos semovientes, por enajenaciones, etc., lo que no ha sido desvirtuado por la parte actora.

Por tanto, no encontrándose acreditada la posesión material de los demandados, es el caso de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa de los mismos respecto de las ya enunciadas peticiones que se fundan en dicha posesión.

III. En cuanto a la excepción de prescripción de las acciones, es obvio que esta no puede prosperar por las razones expuestas en el fallo de primer grado, a saber: porque, propuesta por los demandados la de "ilegitimidad de su personería sustantiva por no ser ellos poseedores de los semovientes reivindicados", es manifiestamente contradictorio el que también aleguen la prescripción adquisitiva de los mismos, y, además porque invocado el artículo 2529 del Código Civil que señala un término de tres años para la usucapión ordinaria de los bienes muebles, resulta que ese lapso no se habría cumplido en el caso *sub lite,* como quiera que el actor en este juicio formuló su demanda el 10 de octubre de 1958, la que quedó notificada a todos los demandados el 19 de noviembre, poco más de un año después de que fue aprobada la partición en el sucesorio de Rodolfo Motta y María Luisa Bonilla, en el cual se le adjudicaron a él los semovientes en cuestión, hecho este que tuvo lugar el 2 de julio de 1957, según da cuenta la Escritura pública número 259 otorgada en La Plata el 13 de agosto de este mismo año y presentada con el libelo, y menos de un año contado a partir de noviembre de 1957, mes este en que los dichos de los testigos coinciden en cuanto a la enajenación definitiva de los semovientes por la viuda de Motta, cuya condición de poseedora estuvo viciada de mala fe.

IV. Visto está al despachar el tercer cargo de la demanda de casación que de las posiciones absueltas por el demandado Jacinto Perdomo cuyo dicho no ha sido infirmado por otros medios, no aparece que éste hubiera sido poseedor, en todo o en parte, de los semovientes en litigio, ni que hubiera participado en los actos de enajenación de los mismos, que condujeron a su total distracción del patrimonio de Obdulio Motta, por lo cual las acciones ejercitadas contra dicho demandado con fundamento en los artículos 955 y 957 del Código Civil no pueden prosperar.

También quedó visto que a la misma conclusión ha de llegarse respecto de los demandados Luis A. y Eliécer Ramírez Ramos, a quienes no se les comprobó haber sido poseedores o enajenantes de mala fe de las reses que compraron a Ascensión Otálora viuda de Motta y a Luis Enrique Valenzuela.

Cierto es que dichos demandados Ramírez admiten haber enajenado con posterioridad a sus compras, parte de los semovientes, habiéndose colocado así en la situación prevista en el inciso 1º del artículo 955 del Código Civil. Mas, como el referido texto legal consagra una *actio de restitutio in integrum,* uno de cuyos elementos axiológicos consiste en el recibo del precio por parte del enajenante y ni este recibo ni su cuantía quedaron establecidos en el juicio, tal acción tampoco puede prosperar.

V. Tanto en las posiciones absueltas en el juicio, como en otras actuaciones allegadas a los autos, la demandada Ascensión Otálora viuda de Motta confiesa su intervención directa en la enajenación de los semovientes que quedaron al tiempo del fallecimiento de su esposo Rodolfo Motta y que posteriormente le fueron adjudicados al hijo de éste. Dicha intervención es indudable en cuanto a la venta de 27 reses a Luis Enrique Valenzuela y a la de las otras 21 cabezas compradas por Eliécer Ramírez. Está, pues, ple-

namente establecido que la nombrada Ascensión de Motta se declaró poseedora de tales bienes y que procedió a enajenarlos.

Además, según ya quedó declarado, perteneciendo estos a la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de Rodolfo Motta, no es dadó exonerar a la viuda demandada, como tampoco al coautor intelectual y material con ésta, Luis Enrique Valenzuela, de la responsabilidad extracontractual en que incurrieron como exposeedores y enajenantes de cosa ajena, admitiendo el pretexto alegado de que los bienes en cuestión eran de propiedad exclusiva de aquélla, porque tal error de derecho conlleva la presunción de mala fe.

VI. Los perjuicios que los demandados Ascensión de Motta y Luis Enrique Valenzuela deben indemnizarle al actor, consisten:

a) En el daño emergente sufrido por éste con motivo de la sustracción de su patrimonio de las 27 cabezas de ganado mayor compradas por Valenzuela y revendidas a Luis A. Ramírez y de las 13 vacas de cría y 8 becerros enajenados a Eliécer Ramírez. La indemnización de este daño debe hacerse mediante el pago del valor de los semovientes, según se precisará adelante, y

b) En el lucro cesante representado por los intereses legales de la suma correspondiente al mencionado valor, en la forma que también se determinará.

VII. La indemnización que el actor reclama por concepto de la enajenación de "casi seis toretes" debe ser negada, como quiera que no se estableció ni la posesión ni la enajenación de los mismos por los demandados.

VIII. En la primera instancia del juicio se practicó un dictamen pericial encaminado a establecer el valor de los semovientes en litigio, sus frutos y deterioros. Pero, como lo observa el juez del conocimiento, dicha prueba adolece de falta de claridad y por ello, debe ser desestimada en pro de los reos. O sea que la condenación a Ascensión Otálora de Motta y Luis Enrique Valenzuela a indemnizarle al actor el daño emergente que le causaron con la enajenación de los semovientes de que trata el literal VI anterior, tiene que hacerse en abstracto para su ulterior regulación, con la advertencia de que esta no puede sobrepasar el límite de $ 500.00 por cabeza fijado por el actor en su libelo. Agrégase que dicha estimación del valor comercial de los semovientes debe hacerse referida al mes de noviembre de 1957, en el cual coinciden el actor y los demandados en situar las enajenaciones definitivas, y no antes, aunque aquél y éstos en algunas oportunidades se refieren a épocas anteriores, como a los primeros meses de 1954, porque, se repite, que estas referencias no son coincidentes.

Por la razón últimamente apuntada, el cómputo del lucro cesante debe hacerse también a partir del último día del citado mes.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Luis Obdulio Motta contra Ascensión Otálora y otros y, como juzgador de instancia, REVOCA la proferida en el mismo juicio por el Juez Promiscuo del Circuito de La Plata, y en su lugar,

Resuelve:

1º Declarar no probada la excepción de prescripción.

2º Declarar probada, en relación con las súplicas tercera, cuarta y séptima y respecto de todos los demandados, la falta de legitimación en la causa.

3º Declarar que el actor Luis Obdulio Motta es propietario de cuarenta (40) reses de cría, de mediana clase corriente que le fueron adjudicados en la sucesión de sus padres Rodolfo Motta y María Luisa Bonilla.

4º Declarar que, igualmente, el señor Luis Obdulio Motta es dueño, en común y proindiviso con Ascensión Otálora viuda de Motta de seis (6) toretes adjudicados en el mismo sucesorio de que trata el punto anterior.

5º Condenar en abstracto a los demandados Ascensión Otálora viuda de Motta y Luis Enrique Valenzuela a pagarle solidariamente al actor Luis Obdulio Motta, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la providencia que ponga fin al incidente de regulación, la suma de dinero correspondiente al valor comercial que tuvieran en el Municipio de Paicol (Huila) y en el mes de noviembre de 1957, veintisiete (27) cabezas de ganado mayor, trece (13) vacas de cría y ocho (8) becerros de mediana calidad corriente. La fijación de dicho valor comercial se hará por los trámites del artículo 553 del Código Judicial, sin sobrepasar la suma de $ 500.00 por cabeza.

6º Condenar a los demandados Ascensión Otálora viuda de Motta y Luis Enrique Valenzuela a pagarle solidariamente al actor Luis obdulio Motta los intereses legales correspondientes a la suma de dinero que se fije de conformidad con el punto anterior, desde el día 30 de noviembre de 1957 hasta que se verifique el pago de dicha suma.

7º Absolver a los demandados Jacinto Perdomo, Luis A. Ramírez Ramos y Eliécer Ramírez Ramos de todos los cargos de la demanda.

8º Absolver a los demandados Ascensión Otálora viuda de Motta y Luis Enrique Valenzuela de los pedimentos tercero, cuarto, séptimo, octavo y noveno de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández, José María Esguerra Samper, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR DE PERSONAS

Causal 3ª de casación. — Contrato de transporte de personas. — Responsabilidad por la pérdida de su equipaje. — Cuál es el daño trascendente o resarcible y quiénes son y en qué medida los llamados a repararlo. — Distinción de regímenes legales de responsabilidad, así en su formulación doctrinaria como en su tratamiento procesal. — Responsabilidad del transportador de personas. — Exigencia legal y prácticas de las pruebas del perjuicio. — Daño a la persona. — Necesidad de su prueba. — Error de hecho y error de derecho. — Daño moral. — Daño a la actividad social no patrimonial y daño moral propiamente dicho. Daño moral cuando muere la víctima.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, abril 4 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

(Aprobado Acta número 1 de 2 de abril de 1968).

1. Gustavo Sarmiento G. demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá a la empresa de transportes terrestres Flota Magdalena S. A., para que se le condene a pagar la cantidad de doscientos mil pesos, o la que resulte de tasación pericial, a él en su propio nombre y "en representación legal de su menor hijo extinto Fabio René", por mitades, como indemnización del daño que éste sufrió al morir y aquél con las lesiones personales recibidas y los objetos y dinero perdidos en el accidente de tránsito de bus de la citada empresa, acaecido el 7 de octubre de 1960, cuando hacía su recorrido entre Popayán y Bogotá, viajando ambos como pasajeros.

Finalizó la primera instancia con fallo absolutorio, ubicando el caso fuera de toda vinculación contractual, al echar menos la prueba de que el vehículo accidentado estuviera entonces al servicio de la dicha empresa en transporte de personas.

Apelada tal decisión por el actor, el Tribunal de Bogotá la revocó y dispuso en reemplazo declarar la responsabilidad civil contractual de la demandada por la muerte del menor Fabio René Sarmiento y las lesiones de Gustavo Sarmiento, en el accidente de tránsito indicado, que se sucedió mientras aquélla los transportaba, "condenarla a pagar a la sucesión del menor, representada por el mismo Gustavo Sarmiento, la cantidad de dos mil pesos, a título de perjuicios morales subjetivos" y, absolverla "de las demás indemnizaciones demandadas como consecuencia de los referidos daños", en sentencia de 6 de junio de 1966, recurrida en casación por el mismo litigante.

2. Considera el Tribunal, en primer término, que a tono con la demanda y la naturaleza del asunto, la responsabilidad que se trata de establecer con este juicio es la que se desprende del contrato de transporte en virtud del cual las víctimas viajaban en el bus accidentado, y no la común por delitos y culpas, por la cual se orientó el *a quo* y, en vista de ello, puntualiza los requisitos legales de la primera y se detiene en su consideración doctrinaria, para luego analizar el proceso en conjunto, juzgando acreditado que Sarmiento ajustó contrato oneroso de transporte con la Flota Magdalena para el viaje entre Popayán y Bogotá el 7 de octubre de 1960, durante el cual, ocupando el bus 220 de dicha empresa, ocurrió el siniestro, donde resultaron herido él y muerto su hijo menor.

Continúa el fallo sosteniendo, sobre ese pie y la ausencia de todo factor exonerativo de responsabilidad aportado por la empresa transportadora, el incumplimiento del contrato de parte

de ésta al no llevar a los pasajeros "sanos y salvos" al lugar de su destino.

El demandante, agrega el Tribunal, incoó la acción "en su propio nombre, con causa en el daño de que **personalmente fue víctima**, y en nombre de su hijo menor, colocándose así en el lugar y posición del contratante muerto, y se considera legítima esta forma de demandar, por la aceptación de pretensión indemnizatoria del heredero de quien pereció en un accidente ocurrido en la ejecución de un contrato de transporte, con la salvedad de que la indemnización se decretará en favor de la sucesión del contratante muerto, representada por el heredero que demanda".

Respecto del daño mismo y su reparación, el sentenciador, tras de consideraciones generales sobre el quebranto causado con la muerte de un menor de corta edad, descarta la posibilidad de condena por perjuicios de orden material derivados del fallecimiento de Fabio René Sarmiento, que contaba con escasos seis años y no era ni podía ser sujeto activo de una utilidad económica de la cual hubieran podido aprovecharse sus padres, al propio tiempo que estima indispensable la por daño moral, "en favor de la sucesión de aquel", en la cuantía máxima del artículo 92 del Código Penal, habida consideración "de las características de mayor gravedad que la muerte del hijo asume para los padres". Y, cuanto al reclamo personal del actor, lo desecha por no haber acreditado las graves heridas que afirmó en su libelo de demanda, pues la cuenta por servicios hospitalarios a él prestados y las certificaciones médicas sobre su estado físico y las consecuencias del accidente, que adujo al proceso, carecen de todo mérito al no emanar de funcionario autorizado legalmente para expedir certificación y no haberse impetrado su reconocimiento, para que al menos sirvieran como testimonios; y el dictamen pericial que pidió para que se le observaran las lesiones relacionadas en tales certificados, dejó de practicarse por culpa imputable al mismo; así como por cuanto no demostró propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos que llevaba consigo, ni estableció que su pérdida hubiera sido consecuencia inmediata y directa de la infracción contractual, como quiera que en autos no aparece que la conducción de tales bienes fuera materia del transporte.

3. Esgrime el recurrente las causales primera y tercera de casación en tres cargos, que se resumirán y analizarán seguidamente, en su orden lógico:

I. *Causal tercera.* "El Tribunal incurrió en una declaración o disposición contradictoria al decir que se condenaba al pago del perjuicio moral solamente, cuando éste es una consecuencia de la imputación del daño, en lo que existe una relación de causa a efecto. Sobre esta contradicción le pedí aclaración oportunamente, a pesar de lo cual subsiste".

Considera la Corte:

La causal tercera de casación: "Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella", encaminada a cancelar de raíz la posibilidad de asentamiento de fallos incursos en flagrantes contrasentidos internos, subsistentes por incomprensión o empecinamiento del Tribunal, constituye un medio de corregir calificados yerros in procedendo, *y tiene, como presupuesto ontológico, el dicho vicio de formulación, que imposibilita la aplicación de la medida jurisdiccional (casación junio 26 de 1947, LXII, 476), y, su invocación previa, en oportunidad (Código de Procedimiento Civil, 482), a manera de requisito formal de viabilidad (casación septiembre 30 de 1946, LXI, 107; noviembre 29 de 1967, aún no publicada).*

Aquí, la resolución de segundo grado, luego de reconocer la responsabilidad de la empresa demandada por inejecución del contrato de transporte, que la obligaba a llevar a los pasajeros incólumes a su destino final, pronunció condena por el daño moral proveniente de la defunción del menor hijo del actor, único quebranto que encontró establecido; de modo que el Tribunal al desechar la posibilidad de reconocimiento de las demás indemnizaciones impetradas, no procedió por ligereza, confusión terminológica o defecto de redacción, que se tradujeran en un insostenible contraste de sus determinaciones, sino obró dentro de una cabal secuencia lógica en su análisis fáctico y doctrinario.

De otra parte, el recurso apenas indica un hipotético contrasentido en el hecho de acoger la súplica por daño moral y desestimar la relativa a los restantes aspectos lesivos, sin señalar cuáles son las cláusulas de la parte resolutiva de la providencia contradictorias entre sí; o sea que el cargo, circunscrito a la escueta afirmación de ser contradictoria la decisión impugnada, no aparece debidamente fundado.

Además de la disconformidad del censor, proyectada a cuestiones doctrinarias y de interpretación de las normas, no podía técnicamente en-

rumbarse por la vía que él escogió, impropicia cuando no se trata de fallas lógicas en la formación de la sentencia, yerros instrumentales, por así decirlo, pues la causal tercera, reitérase, tiene cabida sólo cuando las varias expresiones resolutivas de la sentencia se contradicen y destruyen entre sí.

Por ello, siendo incompleto, infundado e improcedente, se desecha el cargo.

II. *Causal primera.*

Primer cargo. Violación de la ley sustancial en sus disposiciones de los artículos 762 y 669 del Código Civil, por error de hecho proveniente de falta de apreciación parcial de dos declaraciones y total de otra, que constituyen prueba así de que el actor entregó al ayudante del bus accidentado sus maletas de viaje, en las que llevaba objetos que se perdieron, como de que personalmente portaba otros también faltantes, que él determinó y avaluó conforme al artículo 328 del Código de Comercio.

Transcribe el recurrente el dicho de dos testigos aportados al juicio por el actor, sobre la iniciación del viaje en Popayán y la entrega que él hizo al ayudante del conductor del autobus de una maleta grande y un maletín, luego de lo cual tomó asiento en el vehículo junto con su hijo, y la declaración juramentada del propio interesado, en la que designó los efectos personales que había puesto en sus valijas y los que llevaba sobre sí, desaparecidos en el accidente, con sus respectivos valores por él estimados. Y, arguye: el Tribunal no tuvo en cuenta estas pruebas sustentadas en los artículos 325, 326 y 328 del Código de Comercio y este error de hecho lo condujo a violar los artículos 762 y 669 del Código Civil, al desconocer la honorabilidad del actor y su propiedad sobre tales objetos que perdió, y no tener presente que éste no tenía por qué declarar el contenido de sus maletas ni la obligación de portearlas o registrarlas.

Considera la Corte:

*El contrato de transporte de personas lleva ajena para el pasajero la posibilidad de portar consigo sus valijas y objetos de mano, según los términos del acuerdo, intervenido por reglamentos administrativos (C. N. artículo 39; Código de Comercio 318), cuando se ajusta con empresarios públicos, para determinar el volumen y el peso libres de porte adicional y la manera de consignar y reclamar tales bultos (v. gr. Resolución número 181 de 1954, Ministerio de Fomento, artículo 37). Esta proyección eventual de las relaciones entre las partes, incluida dentro del contrato, es demostrable directamente con los billetes de identificación que individualmente para cada objeto debe entregar la empresa al pasajero (Código de Comercio 321, 1º; Resolución citada, artículo 38) y las planillas de empadronamiento de personas y equipajes que para cada viaje ha de elaborar aquélla, como también libremente, por medios distintos del documental, cual sucede con el contrato en sí, de suyo libre de formalidades sustanciales (sentencia marzo 21 de 1939, XLVIII, 193; agosto 27 de 1947, LXII, 709; Código de Comercio 325). Dada la naturaleza de la operación, la frecuencia y rapidez con que se realiza e, inclusive, su creciente automatización, la disciplina de sus efectos y la solución de los conflictos que se suscitan con oportunidad de su ejecución, están confiadas en buena parte a reglas surgidas de los usos y costumbres, con un empleo intenso de la buena fe y lealtad contractuales, de que son muestra la autorización al pasajero para no registrar las maletas que es de uso llevar en viaje, ni declarar detalladamente su contenido, cuya entrega constituye en depositario al acarreador (Código de Comercio 325 y 299); la carga que pesa sobre el consignante de acreditar la entrega de los objetos para poder reclamar su valor en caso de pérdida (*ibídem, *327); la posibilidad de acreditar aquella entrega discrecionalmente y de fijar este valor por juramento estimatorio, "si la prueba inmediata no fuere factible o es insuficiente" (artículo 328); y la privación de todo mérito a las cláusulas exoneradoras o limitativas de la responsabilidad del transportador, cualquiera que sea su origen (Resolución número 181 de 1954, 39), que siempre habrá de indemnizar las pérdidas que los pasajeros "justifiquen haber sufrido" (Código de Comercio 329, Ley 52 de 1919, 8º y 11).*

De esta suerte, una vez acreditado el contrato de conducción personal, el pasajero a quien no se haya restituido su equipaje o que haya perdido durante el viaje objetos que llevaba consigo, a fin de recobrarlos o de alcanzar el subrogado pecuniario de ellos, ante todo, habrá de probar que entregó las maletas o sacos materia de su reclamación y, en lo posible, su contenido, pudiendo extender su reclamo al dinero que, como es habitual, llevara para las necesidades del viaje, estando dispensado para los dos últimos efectos, según las circunstancias, de prueba distinta de su aserto formal, y habilitado para hacer su propio señalamiento estimativo, que se valora judicialmente atendiendo a su calidad

económica y moral y a las condiciones propias del caso (Código de Comercio 328).

Bástale así al transportado, también según aquella y estas, el empleo de los medios aptos, derivados de las prácticas ordinarias, admisibles como bastantes en cuanto no se haga manifiesta una previa incuria o temeridad suya que haga necesaria la calificación probatoria más drástica, todo dentro del prudente juicio del sentenciador de mérito.

Pero, lo que a este no cabe es desechar la pretensión del pasajero enderezada al valor de equipaje y artículos personales corrientes, a pretexto de que no se ha establecido la propiedad y la preexistencia de ambos, ni la inclusión del acarreo dentro del contrato de transporte de la persona, siempre que la entrega quede en claro, y no haya margen a sospecha de abusos de parte del viajero en su cobro, deducida tanto de la magnitud misma del equipaje y su valor, como de la naturaleza de los objetos, relacionada con la concreta función del viaje que realizaba, durante el cual ocurrió la pérdida (Código Civil 1616). Mas aún, al pasajero le basta, en principio, establecer la consignación, pues es al conductor a quien corresponde descargarse con la prueba de su cumplimiento o de la imposibilidad de hacerlo, so pena de incurrir en responsabilidad (Código de Comercio 303, 306), cuya cuantía, a este propósito, es determinable por juramento estimatorio deferido al viajero.

Evidentemente, los testigos que relaciona el censor, depusieron sobre el acto de entrega de los sacos de viaje por el demandante al empleado encargado para tales menesteres, antes de ascender al autobús, y ese dicho basta para considerar extendidas las obligaciones del empresario a la conducción y custodia de las dos valijas; como también a la de objetos personales y dinero que, según la demanda inicial y el juramento de su proponente en el término probatorio, llevaba él sobre sí en el viaje, cuya singularización y avalúo se practicó en los términos del artículo 328 del Código de Comercio. Y, de esta suerte, apréciase la realidad de un error de hecho manifiesto, cometido por el Tribunal al no tener en cuenta tales elementos de convicción.

Sin embargo, dicho desvío no da lugar a la ruptura del fallo, como quiera que el recurrente, al invocar la causal primera, aquí violación indirecta de la norma sustancial, limitó el señalamiento de los preceptos hallados a los artículos 762 y 669 del Código Civil, que definen la posesión y la propiedad y atribuyen al poseedor una calidad primaria de dueño, y que, por lo mismo, dadas las características de este litigio, donde, por este aspecto, se impetró condena a indemnización de perjuicios por daños al pasajero en sus objetos personales de viaje, no constituyen una proposición jurídica completa toda vez que el interés hecho valer en juicio es el de contratante, y las normas que lo respaldan para su reclamo son las propias del contrato de transporte de personas, cuya transgresión no fue denunciada en casación. Con el aditamento de que el Tribunal no extendió la condena al importe de los objetos mencionados, por supuesta falta de demostración de su preexistencia, propiedad, entrega e inclusión dentro del pacto mercantil examinado, sin reparar en los restantes fundamentos de la absolución, derivados al parecer de interpretación de las reglas sobre el contrato de transporte, que quedan en pie, como extraños que son al recurso, decidible por la sola ruta trazada en la demanda, que la Corte no puede rebasar.

No prospera el cargo.

III. *Causal primera.*

Segundo cargo. Violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, 1610, ordinal 3º de la misma obra, y 322, ordinal 4º del Código de Comercio, por error de hecho proveniente de falta de apreciación de la copia de la cuenta hospitalaria por servicios prestados a Sarmiento, de dos certificados médicos a propósito de las lesiones que padeció en el accidente, de la copia de la diligencia de levantamiento de los cadáveres de víctimas del mismo, practicada por la autoridad policiva, en la que se dice que los heridos, entre ellos Gustavo Sarmiento Gutiérrez fueron enviados al hospital más próximo, de recibo de pago de saldo de la caja mortuoria del niño difunto y del dictamen rendido por médico, perito dentro del juicio, sobre las consecuencias de carácter funcional permanente con que quedó el dicho Sarmiento a causa de las lesiones que sufrió en el accidente; error cometido al no apreciar en esas piezas la prueba del perjuicio pecuniario y en su persona padecido por el actor, y determinante de que la condena se redujera al perjuicio moral, dejando de lado el restante, para cuyo justiprecio ha debido decretarse actuación aparte.

Responde la Corte:

De ordinario, quien quiera que ocasione daño a alguien está llamado a su reparación. Este principio general de derecho enseña una concreta actitud política, que exige la colaboración

humana del ofensor en beneficio de la víctima, con exclusivas finalidades de recuperación del estado precedente.

La responsabilidad civil, entendida como obligación de reparar un daño, plantea la necesidad del traslado total o parcial de las consecuencias del quebranto padecido por la víctima a otra persona, en orden al retorno de aquella a su situación anterior, específicamente de ser factible y de no en dinero, dentro de un criterio social de justicia y solidaridad, con determinación de quién ha de sufrir las consecuencias adversas que derivan del acontecimiento o cómo ha de distribuirse su resultado, sin que se proponga ya la indemnización como medida represiva de un comportamiento incorrecto o prohibido por el derecho. Así, la responsabilidad emerge de un daño, o sea de la lesión de un interés jurídicamente protegido, que de este modo adquiere una determinada relevancia, en cuanto su desmedro otorga al titular la pretensión indemnizatoria.

Es la ley la que señala los fenómenos dotados de relevancia obligatoria y, por ello, la que establece cuál es el daño trascendente o resarcible y quiénes son y en qué medida los llamados a repararlo, en términos generales, a la vez que con indicación iterativa, delante de hipótesis de destacada importancia, que muestran la habitualidad de ciertas exigencias, tales como la imputabilidad del resultado a aquél a quien se demanda y la descalificación moral de su conducta o culpabilidad en su proceder; lo que no impide que en numerosas ocasiones pueda enderezarse la pretensión contra quien no ha intervenido en forma directa en los hechos, como sucede en algunos casos de responsabilidad contractual objetiva o de la derivada del daño producido por dependientes, animales u objetos, ante todo inmuebles, como también exigirse aún de quien haya acreditado ausencia de culpa.

Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria.

Tradicional y básica es la distinción de regímenes legales de responsabilidad, así en su formulación doctrinaria como en su tratamiento procesal, según que la injuria se irrogue por el deudor a su acreedor o, más genéricamente, que el acreedor resulte insatisfecho y el deudor no pueda justificar su falta de cumplimiento; o que el interés lesionado sea un derecho absoluto de personalidad o real, o un derecho de goce, no constituya objeto de una obligación incumplida, o su consideración, guarda o incolumnidad no puedan estimarse incluidas dentro de la prestación que abarca el crédito.

Punto de partida en la formulación y apreciación del reclamo indemnizatorio, es la ubicación del daño en uno de aquellos dos campos de la responsabilidad, que dentro de una comunidad de fundamentos, difieren en su regulación legal, especialmente en detalles individualizadores, ante todo en cuestiones de prueba, prescripción y aspectos del perjuicio, sus alcances y estimación.

Esa identificación de la causa petendi, *indispensable para el tratamiento judicial del asunto desde el punto de vista normativo, con repercusiones en la valoración de los hechos y las pruebas, está orientada a una estimación cabal del fenómeno y a impedir que un mismo quebranto pueda originar doble indemnización con el ejercicio indiscriminado de la acción de responsabilidad, particularmente en aquellos casos en que se duda, y con fundamento, sobre la adecuada calificación del hecho como violación de los deberes del deudor, ante todo, en ciertos contratos cuyo desenvolvimiento coloca en gran proximidad a las partes y da ocasión a que una de ellas lesione a la otra en su persona o en los atributos y reflejos de su personalidad, hipótesis en las cuales es la sola ley quien puede dar una solución definitiva al interrogante de si la responsabilidad es contractual o extracontractual, y, en otros, cuando habiendo fallecido un contratante de resultas de acontecimiento ocurrido en el contacto con el otro, en la ejecución del trato, demandan herederos de él, que bien pueden ser simples sucesores, como también víctimas en sus propios intereses personales y patrimoniales, por causa de aquel deceso, a quienes se plantea la dificultad de localización de su derecho.*

Nuestra jurisprudencia ha dicho que el transportador de personas está contractualmente obligado a llevar al pasajero sano y salvo a su destino, en interpretación conjunta de los artículos 2072/73 del Código Civil y 306 y 322 del Código de Comercio, con deducción de responsabilidad a cargo del primero en caso de accidente, con la sola salvedad del sucedido por causa en verdad extraña a la empresa, en acentuación máxima de su obligación de velar por la seguridad de los pasajeros que a ella se confían (sentencia abril 23

de 1941, LI, 429; casación noviembre 30 de 1944, citada; sentencia agosto 27 de 1947, LXII, 853; abril 23 de 1954, LXXVII, 411).

Aquí, es la propia ley la que incluye dentro de los deberes eventuales generados por el contrato, la "obligación de indemnizar al pasajero el daño que sufriere en su persona" (Código de Comercio 322, 4º), por lo cual no se remite a duda la naturaleza contractual de la misma y de la responsabilidad consiguiente, de modo que la alternativa a que se hizo referencia sólo puede plantearse para la mencionada acción de herederos, en caso de muerte del viajero a consecuencia de accidente en el transporte, a propósito de la cual, la jurisprudencia ha recalcado la posibilidad de opción (S. N. G. julio 26 de 1945, LIX, 1071/82; casación agosto 12 de 1948, LXIV, 697).

Por lo demás, en lo que toca con los distintos aspectos del daño, pensando en que la lesión a la integridad sicosomática de la persona puede repercutir en el patrimonio de la misma, tanto en los gastos de curación o rehabilitación, como en las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir, y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos y, además, considerando que todos estos efectos de la agresión constituyen daño a la persona, en sus distintas manifestaciones relevantes, puede considerarse zanjada para esta situación la dificultad que en muchos casos agrava el problema de la susodicha adscripción del asunto a uno de los dos regímenes de responsabilidad, en cuanto se refiere al censurado "daño moral contractual" (casación octubre 29 de 1945, LIX, 747/52), por cuanto la ley ha dado una solución definitiva.

De este modo, a propósito de pretensión derivada de accidente sufrido por el pasajero contratante durante el viaje, lo fundamental es establecer la evidencia del daño por él padecido, objeto último de aquélla, para luego practicar la estimación singularizada del mismo en los varios conceptos a que haya lugar, puesto que, ha de insistirse en ello, no puede deducirse responsabilidad civil en ausencia de daño, y este no se presume, cualquiera que sea la entidad de la falta cometida por el agente (casación agosto 27 de 1941, LII, 369/74), excepción hecha de singulares coyunturas en materia de ejecución de obligaciones, como son el caso de intereses en deuda pecuniaria por causa de retardo en su pago (Código Civil 1617; casación febrero 13 de 1948, LXIII, 671), el de la cláusula penal que asume funciones indemnizatorias (1594 y 1600 ibídem), el de las arras que desempeñan similar misión (Código Civil 1859 y 1861), y el de la mitad del flete al darse retardo del porteador o inasistencia del cargador (Código Civil 2076 y Código de Comercio 281; casación agosto 23 de 1916, XXV, 434), todas de naturaleza excepcional, expresamente consignadas en la ley, por lo que mal pudiera deducirse de la ordenación genérica del deber indemnizatorio derivado del incumplimiento contractual (Código Civil 1615), una presunción de daño que carecería de la más mínima determinación cuantitativa, según la cual siempre habría de proferir condena abstracta previniendo en ella la fijación ulterior del monto de una prestación puramente conjetural (casación julio 25 de 1924, XXXI, 62; octubre 8 de 1929, XXXVII, 254; sentencia septiembre de 1941, LII, 331/36), cuestiones que han llevado a sostener enfáticamente la exigencia legal y práctica de la prueba del perjuicio, aun cuando su cuantía quede pendiente, para que la condena liquidable luego (Código de Procedimiento Civil 480, 553) no sea del todo eventual, e incluso, llegue a resultar contradictoria o inoficiosa (S. N. G. septiembre 10 de 1946, LXI, 544/47; casación octubre 29 de 1946, citada, 393; noviembre 5 de 1940, L, 602).

En lo relativo al daño a la persona, consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptibles de traducirse en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto, es obvia la exigencia de demostración inicial de la específica ofensa de la que se asevera hánse desprendido las consecuencias cuya reparación se demanda, demostrable preferentemente por la vía del dictamen médico-legal, que permite a la vez establecer su origen y alcance, porque no es dable la suposición de heridas, perturbaciones funcionales, traumas síquicos o lesiones de los bienes de la personalidad, extraídas del mero aserto del interesado sin la percepción de ellas; como tampoco es factible pensar en singulares consecuencias de las mismas, antes de comprobar la existencia de éstas, que son su causa, y sin que se acrediten las proyecciones en la vida social y los sentimientos de la persona, de un antecedente apenas probable, quizá real, pero no traído regularmente al proceso, para que se convirtiera así en un quid *cierto básico mínimo. Y, todo ello, por la elemental razón lógica y normativa de que la responsabilidad, concebida como deber indemnizatorio, arranca del perjuicio,*

esto es, que para que haya responsabilidad y consiguiente condena reparadora, es menester la existencia del derecho en el reclamante, cuyo germen está en una lesión evidente (casación octubre 23 de 1936, XLIV, 449/53; marzo 23 de 1943, LV, 252; septiembre 3 de 1941, LII, 36/46; febrero 5 de 1945, LVIII, 582/84).

Censura el recurrente al Tribunal por comisión de error de hecho al no haber tenido en cuenta dos certificados médicos particulares, una cuenta de hospital y un recibo de gastos funerarios que adjuntó en primera instancia a su memorial petitorio de pruebas, un concepto individual de otro profesional, designado por él perito dentro del proceso, y copia de la diligencia policiva de levantamiento de los cadáveres de quienes perecieron en el accidente, alusiva a heridos en el mismo, en su sentir, pruebas del daño que sufrió el actor. A lo cual debe replicarse que, como quedó consignado atrás, el sentenciador relacionó y tuvo presentes las atestaciones médicas que cita el recurrente, para descalificarlas por irregularidad y falta de plenitud en su producción: los certificados y recibos por no emanar de funcionario público con atribuciones al efecto (Código de Procedimiento Civil 632; Código Político Municipal 315) y, dada su procedencia, por no haberse traído al juicio a sus autores a declarar a propósito. El concepto, porque no alcanzó a ser dictamen pericial, que, como es sabido, exige formalmente, en no habiendo, como no la hubo, coincidencia de las partes para la designación de un único perito, que los dos principales deliberen y rindan conjunta o separadamente su opinión (Código de Procedimiento Civil 705 y 716), sin los cuales antecedentes no se configura la prueba.

De manera que *no es pertinente acusación por error de hecho, viable en los casos de que se haya ignorado la existencia de una prueba que se encuentre en autos o el tenor de su contenido, o de que, a la inversa, se dé por supuesta alguna ausente o se le atribuyan a una incluida en el proceso expresiones diferentes de las reales, cuando ha habido expresa desconsideración de ellas por carecer de mérito en ley. Que en tal caso lo procedente sería cargo por yerro de derecho,* que aquí no se intentó.

Y, cuanto hace a la copia de la diligencia policiva, verdad es que el Tribunal no la mencionó, y que allí se cita a Gustavo Sarmiento como herido. Pero una referencia apenas tangencial, desprovista de toda precisión, que no contiene dato cierto alguno que permita colegir la certidumbre y, menos aún, la naturaleza y magnitud del infortunio, no constituye asidero sólido, por exiguo que se aceptara, de la afirmación de lesiones personales inferidas al pasajero. Y menos aún para establecer que la omisión de su cita expresa en el fallo haya llevado a un juicio de hecho contraevidente. Es que la alusión a una persona como herida, en declaración incidental, recién pasado un accidente, dentro de circunstancias del todo confusas y en términos vagos, no es prueba de lesión personal concreta y determinada, indispensable para una condena que sólo podría dejar para luego la singularización y avalúo de un daño cierto, y que no puede pronunciarse a buena cuenta de algo apenas conjetural, dando por demostrado, sin estarlo, aquello que debió acreditarse, regular y oportunamente dentro del plenario, y que no puede diferirse para trámite ulterior, precisamente por ser un elemento estructural de la acción.

Se rechaza el cargo.

Resta agregar, en orden a una precisión doctrinaria, que cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión, no alcanza a configurarse en su favor crédito por los daños a su persona, a los atributos de la misma, a sus manifestaciones sociales o en sus sentimientos, como quiera que la inmediación del resultado nocivo máximo no da pie a derecho, que se transmitiera iure hereditario *a sus herederos, quienes, como tales, únicamente podrán reclamar por el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en los gastos de traslado del cadáver y su inhumación (sentencia abril 23 de 1941, LI, 458/72), y en las ganancias que dejaron de incrementarlo por la defunción del* de cujus.

Por lo cual, el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el de daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando supervivviendo alcanzó a padecer esas afectaciones. Que si la muerte fue instantánea o inmediata, el crédito no surgiría para el occiso, y no podría pronunciar condena en favor de la sucesión del mismo, y los herederos podrían entonces reclamar resarcimiento, pero sólo por derecho propio, en la medida que demostraran quebranto de su individualidad y con él se hiciera presente su padecimiento afectivo o sentimental, habida consideración de los estrechos vínculos que los ataban al muerto (casación octubre 20 de 1942, LIV, bis, 189/94), justificativos de dicha aflicción y consiguiente derecho.

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 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 6 de junio de 1966, en el juicio ordinario promovido por Gustavo Sarmiento contra la Flota Magdalena S. A.

Sin costas en el recurso por haber dado lugar su estudio a rectificaciones doctrinarias.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR LOS DELITOS O CULPAS COMETIDOS POR SUS HIJOS MENORES

Responsabilidad por actividades peligrosas. — Análisis y valoración por el juez de un dictamen pericial. — Autonomía del juzgador en la apreciación de una inspección ocular. — Misión propia de los testigos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, abril 18 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de sala, según Acta número 2 de 3 de abril en curso).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 26 de noviembre de 1963, en el juicio ordinario seguido por Alfonso Ríos Duque y otros frente a la entidad denominada "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada".

I

El litigio

Los cónyuges Alfonso Ríos Duque y Lucila Castaño de Ríos, obrando cada uno en su propio nombre y el primero haciéndolo, además, en representación de sus menores hijos Sonia, Ana Lucía y Yolanda, trajeron a juicio ordinario ante el Juez Civil del Circuito de Manizales a la entidad denominada "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada", en impetración de las siguientes determinaciones:

Que la persona jurídica demandada es civilmente responsable de la muerte del menor Alfonso Ríos Castaño, acaecida el 21 de diciembre de 1953, como consecuencia del choque eléctrico recibido de las líneas conductoras de energía eléctrica, situadas en el solar ubicado en la ciudad de Manizales y delimitado por los linderos que el libelo expresa;

Que la misma demandada está en la obligación de pagar a cada uno de los cinco actores la cantidad de $ 2.000.00, como valor de los perjuicios morales que les ocasionó la muerte del menor Alfonso nombrado, y

Que igualmente la demandada está en la obligación de pagar a los dichos padre y madre del mismo menor, las otras sumas que el *petitum* suplica para cada uno de éstos, por los diversos conceptos de perjuicios que en el pedimento se discriminan.

El resumen que cabe hacer de los *hechos* en que la acción se funda, es como sigue:

Que la "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada" es persona jurídica constituida en virtud de la Escritura número 1760 de 9 de septiembre de 1950, otorgada en la Notaría 2ª de Manizales;

Que, para el cumplimiento de su objetivo social, posee redes de transmisión eléctrica de que hace parte la línea sostenida por la torre que se levanta en un lote de terreno situado en el área urbana de la ciudad de Manizales y comprendido por los linderos indicados en la demanda;

Que el 21 de diciembre de 1953 pereció el menor Alfonso Ríos Castaño, a consecuencia de choque eléctrico causado por las cuerdas que cruzan el sector de que se acaba de hablar, cerca a su casa de habitación;

Que el finado menor había nacido el 21 de junio de 1947, por lo cual, cuando ocurrió el

accidente no había cumplido los siete años de edad, encontrándose así en imposibilidad de cometer culpa;

Que la "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada", en el sector atrás referido y con anterioridad al 22 de diciembre de 1953, tenía las torres y redes eléctricas, no obstante su peligrosidad, descuidadas y desprovistas de medios que evitaran el peligro;

Que el ejercicio de actividad peligrosa por parte de la "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada", como es la explotación de la energía eléctrica, causó la muerte de Alfonso Ríos Castaño;

Que los padres de éste fueron diligentísimos en su crianza y educación;

Que de los demandantes, los dos primeros son padres legítimos del menor fallecido, y los tres restantes sus hermanos legítimos, y

Que la muerte del menor Alfonso originó para todos los actores perjuicios morales por el sufrimiento resultante de la pérdida de su hijo y hermano, respectivamente; y para los padres del mismo perjuicios así morales objetivados como materiales, según el detalle que contiene el libelo.

En su contestación, la demandada, aceptando ser la persona jurídica a que se refiere el libelo y dueña de redes eléctricas, negó positivamente varios de los otros hechos y dijo ignorar los demás, con lo que se opuso a que se otorgasen las declaraciones impetradas en la demanda.

Con aducción de pruebas de uno y otro lado, cerróse el primer grado del juicio con fallo por el cual se declaró civilmente responsable a la "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada", por la muerte del niño Alfonso Ríos Castaño y se condenó a la misma a pagar a Alfonso Ríos Duque la suma de $ 200.00 en razón de perjuicios materiales, y a cada uno de los actores, inclusive el propio Ríos Duque, la suma de $ 2.000 por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Por apelación de ambas partes surtióse la segunda instancia, a que recayó la sentencia del Tribunal de Manizales de fecha 26 de noviembre de 1963, por la cual, se revoca la del inferior y, en su lugar, "se ABSUELVE a la parte demandada de todos los cargos formulados en la demanda".

Interpuesto por los actores el recurso de casación, procede ahora la Corte a su despacho.

II

Consideraciones de la sentencia impugnada

Después de una exposición de doctrina acerca de la responsabilidad extracontractual, seguida del examen de las probanzas que acerca del caso obran en el juicio, llegó el sentenciador a las siguientes *conclusiones*, fundamento de su decisión:

"1ª No se demostró en qué momento el menor contrajo la enfermedad de tétanos que le causó la muerte: si fue en el momento de desprenderse de la torre, o después de haber salido a los tres días del hospital.

"2ª Que el accidente se produjo por un hecho exclusivo de la víctima y colateralmente por culpa de sus padres, quienes descuidaron los deberes de guarda y vigilancia que les correspondía, debido a la corta edad del menor.

"3ª Que la Central Hidroeléctrica de Caldas, demandada, no incurrió en negligencia o descuido en el buen mantenimiento de las torres que sostienen las líneas conductoras de energía eléctrica, las cuales están rodeadas en su base hasta cierta altura, con alambre de púas para evitar, hasta donde sea posible, que personas asciendan por ellas, lo que tampoco impide que personas imprudentes o niños sin vigilancia, se trepen a ellas.

"En síntesis de todo lo dicho: no se demostró la causa del daño, y la culpa no fue de la entidad demandada sino de la víctima y de sus padres. Del estudio anterior se desprende que debe revocarse la sentencia del juzgado, y en su lugar absolver a la parte opositora. Las costas de la primera y segunda instancia quedan a cargo de la parte demandante".

III

La demanda de casación

Plantéanse en ésta seis cargos del resorte de la causal primera, a saber:

Cargo primero. Es por infracción indirecta de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, a causa de error de derecho en la apreciación del dictamen pericial, según el cual la muerte del niño Alfonso Ríos Castaño se produjo por una infección de bacilo tetánico, a que dieron entrada la quemadura causada por la corriente eléctrica y el contacto del cuerpo con el suelo al caer de la torre (folio 12, cuaderno 2).

Se dice que el error de derecho es ostensible, al no haberse atribuido al dictamen pericial el pleno valor probatorio que tiene a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 722 y 723 del Código Judicial, con violación consecuencial de los sobredichos artículos 2341 y 2356, estatuyentes, en su orden, del principio de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas, y de su aplicación al ejercicio de las actividades peligrosas.

Subsidiariamente, se alega la infracción de los mismos preceptos sustanciales por error de hecho manifiesto en la apreciación del propio dictamen pericial, el que para el acusador demuestra en forma inequívoca la existencia del hecho y su causa.

Segundo cargo. Formulado por quebranto indirecto de los mismos artículos 2341 y 2356 del Código Civil, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, se desarrolla así:

Que, según el Tribunal, aún en el supuesto de que la causa de la muerte del menor hubiera sido la contaminación de las heridas con el bacilo tetánico en el momento del accidente, al hacer contacto su cuerpo con el suelo, con todo la sentencia debe ser absolutoria de la entidad demandada, porque el suceso ocurrió cuando el niño no era vigilado de cerca por sus padres, quienes se encontraban a una distancia aproximada de tres cuadras —según declaración de José Duque— en su casa de habitación, dedicados a comentar una novela radial, "teniendo conocimiento de que el niño era 'muy inquieto', como lo declara la señora Leticia de Puerta y de que en el potrero en donde estaba jugando existe una torre metálica que sirve de sostén a las líneas conductoras de energía eléctrica, que aunque esté revestida de alambre de púas, en su base, es de fácil ascenso para cualquier persona, según se dejó clara constancia en la diligencia de inspección ocular extrajuicio";

Que "el análisis que en la sentencia se hace de los testimonios de José Duque y Leticia de Puerta no corresponde al verdadero contenido de los mismos ni se ajusta a los preceptos de los artículos 696 y 697 del Código Judicial, con lo cual se violan indirectamente los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. De su examen se deduce precisamente lo contrario a lo sostenido en la sentencia. Porque los declarantes no solamente dan cuenta del hecho dañoso y de sus consecuencias, sino que son explícitos en afirmar que de parte de los esposos Ríos Castaño existía un efectivo control sobre sus hijos";

Que "los hechos que sirven de asidero en la sentencia para sostener que la culpa se radicaría en cabeza de la víctima, más concretamente en sus padres, y no en la Central Hidroeléctrica de Caldas, no tienen la fuerza suficiente para atribuirle un valor de plena prueba al respecto y negarle el que tenga la atestación en contrario de los testigos";

Que, siendo la infancia inquieta, "esta característica de los niños hace que su control por parte de los padres no pueda ejercerse en todos los instantes con toda la eficacia que sería de desear. Pedirle a los padres que permanentemente estén atados a la cintura de sus hijos sería colocarse en abierta pugna con el orden natural de las cosas";

Que si el ascenso a la torre, como se acepta en la sentencia, era sumamente fácil, está probando que la culpa no tuvo su origen en la víctima, sino que debe hacerse descansar en la Central Hidroeléctrica de Caldas, y

Que si de parte de los padres no hubo negligencia en la vigilancia del niño, el examen de las declaraciones de testigos hecho por el Tribunal pugna, entonces, con las normas de los artículos 696 y 697 del Código Judicial, con quebrantamiento indirecto de los supradichos artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Subsidiariamente se reclama la transgresión de estas últimas normas, por error de hecho manifiesto en el examen de los testimonios referidos, los que según la censura demuestran hechos contrarios a los señalados en la sentencia.

Cargo tercero. Se hace consistir en la violación indirecta de los referidos textos 2341 y 2356 del orden civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular efectuada extrajuicio, cuya acta corre en los folios 3 a 5 del cuaderno principal.

Desarrollando este reparo, se argumenta que, aunque el fallo transcribe de esa diligencia la atestación según la cual el revestimiento de la torre, en alambre de púas, empieza a una altura que puede estar entre metro y medio y dos metros, teniendo el tramo cubierto por ese revestimiento una dimensión aproximada de un metro, espaciado entre sí en tres campos libres de más o menos veinte centímetros que "en lugar de servir de obstáculo para el ascenso a la torre sirve de escalera o afianzamiento", por lo cual consideran los testigos actuarios "que el primer sector de revestimiento de alambre de púas no constituye un obstáculo para el ascenso de una persona sino que por el contrario, sirve para faci-

litar el libre ascenso'', con todo el Tribunal deduce de la misma diligencia que la culpa no fue de la demandada sino de los padres del menor, razonamiento que ''choca con lo dispuesto en los artículos 722, 723 y 730 del Código Judicial, violando indirectamente los artículos 2341 y 2356 del Código Civil''.

Porque lo que esta prueba evidencia —continúa la acusación— es que la demandada no había colocado los elementos indispensables a prevenir el evento de daño en su actividad peligrosa, por donde no puede razonarse que la vigilancia del menor debía extremarse en cuanto la torre carecía de medios que evitaran los peligros.

También aquí se propone subsidiariamente la vulneración de los mismos textos de derecho sustancial por error de hecho manifiesto, ''por cuanto la estimación del valor probatorio de la inspección ocular citada es errónea''.

Cargo cuarto. Formulado también por infracción indirecta de los mismos preceptos sustanciales citados, a causa de error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, se intenta su desarrollo así: que el Tribunal, al deducir de las declaraciones de Bernardo López, Arturo Ardila, Arturo Ocampo García y Ernesto Hoyos Vallejo, la conclusión de que ''a la entidad demandada no se le puede exigir prudencia o mayor cuidado que la que indican los declarantes'', no le dio a tales testimonios ''el pleno valor probatorio que la ley les asigna, de acuerdo con el artículo 697 del Código Judicial'', porque si bien es cierto que el testigo Bernardo López expresa que ''dicha torre siempre mantenía una defensa consistente en unas vueltas de alambre de púas . . .'' (folio 3 vuelto, cuaderno 3), no es menos cierto que, según los declarantes Arturo Ardila y Ernesto Hoyos (folios 7 y 9 *ibídem*), ese alambre se lo robaban o roban personas a quienes es imposible identificar, y al testigo Arturo Campo (folio 8 vuelto *ibídem*) no le consta que ''dicha torre, en esa época, haya tenido o no, el alambre de púas como defensa''.

Argumenta, pues, el acusante que del contexto de tales declaraciones se deduce que no era precisamente de extremo cuidado la actitud de la demandada en relación con la torre del accidente, por lo cual al no atribuírseles en la sentencia el pleno valor que les reconoce la ley se quebrantaron los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. En la misma forma que la empleada en relación con las tachas antes propuestas de manera principal, se ataca subsidiariamente el pronunciamiento por violación de los mismos artículos de la ley civil, por error de hecho que se dice consistir en haberse tenido por probados hechos distintos a los que tales testimonios acreditan.

Cargo quinto. Es también por violación indirecta de las mismas normas civiles, ''por error de hecho'' que se pretende cometido al no haberse tenido en cuenta los testimonios de Vicente Emilio Martínez, Leticia de Puerta, Ramón Vinasco y José Duque, demostrativos de que el menor pereció a consecuencia del choque eléctrico sufrido en el contacto con las redes eléctricas de la Central Hidroeléctrica de Caldas.

Y luego de transcribir sendos pasos de estas declaraciones, concluye el recurrente que ''al no examinar los testimonios citados el sentenciador infringió el artículo 697 del Código Judicial'', y, consecuencialmente, los 2341 y 2356 citados.

Cargo sexto. Se dice radicar en la ''infracción directa de los artículos 2341, 2346 y 2356 del Código Civil, por errónea interpretación de los mismos''.

Con el intento de propugnar este aserto, discurre la censura así:

Que ''de conformidad con el artículo 2346 del Código Civil, los menores de diez años y los dementes no son capaces de culpa. Se ha dicho que el vínculo de causalidad no existe cuando se demuestra que el daño es producto de: culpa de la víctima, fuerza mayor o intervención de un tercero. En la sentencia se afirma que hubo culpa de la víctima y que, por tanto, no hay lugar a responsabilidad. Ya hemos manifestado cómo en el examen de las pruebas se incurrió en evidentes errores, que la evidencia de ellas demuestra que no hubo culpa por parte de los padres del menor'';

Que se ha dado una interpretación equivocada a los artículos 2341 y 2356, al no armonizarlos con el 2346. Porque ''para que proceda la responsabilidad por el hecho de los hijos, es menester que ambas personas, el padre y el hijo, sean capaces de delito o cuasidelito, por cuanto si aquella es incapaz no habrá para ella responsabilidad civil extracontractual por los ilícitos cometidos por la última. De la misma manera, si el hijo es incapaz tampoco habrá lugar a la responsabilidad en referencia, respecto del civilmente responsable. Es decir, si la persona que está al cuidado de otra es incapaz de delito o cuasidelito, no hay presunción de responsabilidad respecto de quien la tiene a su cuidado. Así mismo, si el hijo es incapaz de colocarse en culpa por acción, igualmente lo es de situarse en culpa por omisión, es decir, por no exigirle la ley

el cuidado y diligencia para evitar los hechos dañosos. Y por consiguiente, no puede existir tampoco presunción de responsabilidad respecto del padre a sus hijos''; y

Que ''está demostrado que el menor en el momento del hecho no había llegado a la edad de siete años (partida folio 9 cuaderno principal). Por tanto, no era sujeto de culpa. En consecuencia, tampoco eran sus padres''.

IV

Consideraciones de la Corte:

1. No se controvierten en este litigio los criterios esenciales de que se nutre el principio del artículo 2356 del Código Civil en armonía con el 2341, relativamente a la responsabilidad civil por los daños producidos con las actividades peligrosas.

2. *Por sabido se tiene que a la víctima de la injuria causada por otro en este género de actividades, le basta, para hacerle efectiva la responsabilidad consiguiente, demostrar el daño sufrido y su relación de causalidad con el ejercicio de la actividad peligrosa de que provino, y sin que tenga que probar la culpa del demandado, que es extremo que pone de lado el artículo 2356, en razón precisamente de la peligrosidad que caracteriza tales actividades.*

Por lo cual, dada la razón determinante de esa responsabilidad, el imperativo lógico del texto no deja entrada, para la defensa del reo, como motivos de su exoneración cuya prueba le compete, a otros distintos del caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

3. Ni menos se discute aquí que el objeto de las empresas de energía eléctrica tenga por su misma naturaleza el carácter de actividad peligrosa.

4. Como atrás está dicho, el Tribunal edificó su decisión sobre los siguientes fundamentos:

a) Que no se demostró en qué momento contrajo el niño Alfonso Ríos Castaño la enfermedad de tétanos que le causó la muerte: si en el momento de desprenderse de la torre o después de haber salido del hospital;

b) Que el accidente se produjo exclusivamente por un hecho de la víctima y por culpa de sus padres, quienes descuidaron sus deberes de guarda y vigilancia del menor, y

c) Que la ''Central Hidroeléctrica de Caldas'' no incurrió en negligencia o descuido en el buen mantenimiento de las torres sustentadoras de las líneas de conducción de energía eléctrica, cuyo rodeo con alambre de púas en su base, hasta cierta altura, para evitar en lo posible su escalamiento, no impide el que personas imprudentes o niños sin vigilancia trepen por ellas.

5. Contra la primera de estas conclusiones, atinente a la falta de relación de causalidad entre el accidente sufrido por el menor en la torre de la línea eléctrica y su muerte, están dirigidos los cargos *primero* y *quinto* del recurso, que no logran quebrar esa conclusión.

6. No el primer cargo —que gira sobre una pretensa desestimación indebida del dictamen pericial, según el cual la muerte no se produjo directamente a causa del choque producido por la corriente eléctrica, sino por una infección de carácter tetánico, a cuyo bacilo franqueara el paso la quemadura causada por el fluido eléctrico, en el contacto del niño con el suelo al caer de la torre—, porque, aparte que el experticio no se surtió sobre hechos directamente ''sujetos a los sentidos'' de los peritos, que es presupuesto de la valoración que otorga el artículo 722 del Código Judicial, sino que fue rendido sobre los datos suministrados por el expediente y, por lo tanto, a modo de retrospectiva reconstrucción del suceso, resulta que el Tribunal, para no fiarse del dictamen en ese punto, se apoyó en varias circunstancias, a su juicio contrastantes del aserto pericial, a saber:

Que no se demostró que el terreno en donde cayó el menor estuviera contaminado con bacilo tetánico, ni que la región posterior del tórax —o sea la espalda del niño— hubiera quedado en contacto con la tierra;

Que ''al menor, después de haber recibido atención médica en el Hospital Infantil de la Cruz Roja de Manizales, entre el 14 y el 17 de diciembre de 1953, se le dio de baja por mejoría, sin que haya ninguna constancia de que para ese entonces se hubieran presentado síntomas de la dicha enfermedad. Pues en tales circunstancias queda la hipótesis de que la enfermedad producida por el bacilo tetánico se hubiera introducido en las heridas del menor, después de que salió del hospital'';

Que ''no se acompañó al expediente la diligencia de necropsia practicada en el cuerpo del menor Ríos Castaño, para poder saber sin lugar a dudas, cuál fue la verdadera causa de su muerte, ya que la mera constancia dejada en la partida de defunción de que la causa principal de la muerte 'fue tétano ... que la certificó el doctor Botero de la Calle', es de por sí deficiente, máxime cuando no es el profesional el que hace

esa afirmación en la partida anotada, sino un tercero, que en este caso es el señor *Agüedo Silva,* que no se sabe de quién tuvo esa información, la cual se hace dudosa ante el certificado de la Secretaría de Higiene y Educación del Municipio de Manizales, que dice que 'se ignora el nombre del médico que certificó la causa de la muerte' '', y

Que aún en la hipótesis de que la muerte del menor hubiese provenido de una infección de bacilo tetánico que penetró por las heridas hechas por la quemadura que le produjo la corriente eléctrica, ''con todo quedaría sin saberse en qué momento penetró el bacilo a dichas heridas, lo cual pudo ocurrir después de que al infante se le dio de baja en el Hospital Infantil, en donde fue recluido después del accidente. Bien pudo recibir la contaminación en su casa de habitación por culpa o negligencia de sus padres, caso en el cual la empresa demandada no tendría por qué responder de esa muerte''.

''Existe, pues, sobre la causa de la muerte del dicho menor, DUDA, la cual debe resolverse, en este caso, en favor de la parte demandada, de acuerdo con los artículos 244 y 601 del Código Judicial''.

7. Así, pues, la desestimación por el juzgador del concepto pericial en el punto, se legitima en la facultad que ha tenido para apreciar discretamente (artículo 723 del Código Judicial), sin sometimiento o módulos de convicción predefinidos, aunque sin contrariar los dictados de la lógica, el trabajo de los peritos, el que, por lo tanto, como en la especie del pleito, pudo diputar de inatendible al hallar debilitados sus fundamentos frente a otras pruebas del expediente.

Como lo tiene enseñado la Corte, ''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'' (casación 9 de octubre de 1953, LXXVI, página 578).

No se violaron, pues, por la sentencia los artículos 722 y 723 del Código Judicial.

8. Y si el embolismo que en este cargo por error de derecho se hace de tacha por yerro de hecho fuese de recibo, la censura tampoco estaría llamada a prosperidad, porque, aparte que el recurso no precisa en qué consiste ese error de hecho, en manera alguna resulta que el Tribunal hubiera faltado a las reglas de una sana crítica, con caída en contraevidencia, en su análisis del aludido dictamen.

9. Tampoco procede el quinto cargo, que pretende apoyarse en error de hecho por no haberse tenido en cuenta los testimonios de Vicente Emilio Martínez, Leticia de Puerta, Ramón Vinasco y José Duque, como prueba de que el menor pereció a consecuencia del choque eléctrico de que se trata, porque si el conceptuar sobre ese punto era materia propia, no de testigos sino de peritos, y si, como atrás se vio, el Tribunal encontró circunstancias que le permitieron desatender el dictamen pericial dado en tal sentido, tampoco tenía por qué acogerse a los dichos de aquellos testigos, aquí de inferior categoría probatoria a la del propio experticio. Ni se presume la ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando la decisión no está en pugna con lo que del elenco probatorio resulta.

---

10. Por razones de lógica, se pasa a estudiar de inmediato los cargos *tercero* y *cuarto* que vienen dirigidos contra la última de las conclusiones determinantes de la decisión, conclusión consistente en que la entidad demandada no incurrió en negligencia o descuido en el buen mantenimiento de las torres de la línea eléctrica, concretamente en la del desgraciado percance.

11. De estos reparos, el denominado *tercero* pretende sustentarse en la violación de los artículos 722, 723 y 730 del Código Judicial, por no habérsele dado ''su verdadero valor probatorio a la prueba de inspección ocular'' (folios 3 a 5, cuaderno 1).

Mas, la censura así propuesta es frustránea, porque los artículos 722 y 723 no cuentan con la prueba de la inspección ocular sino con la de peritos, siendo estas normas tanto más extrañas en el caso de la diligencia de que se trata, cuanto que ella se efectuó sin intervención de peritos y sólo con la asistencia de testigos, cuyos dichos no podrían asumir el rango de un dictamen pericial sujeto a la disciplina imperada por estos preceptos. Y porque en lo tocante con el artículo 730, ese sí relativo al valor probatorio del acta de inspección ocular, tampoco se encuentra que hubiera sido vulnerado, desde luego que el sen-

tenciador en ningún momento desconoció el mérito de tal medio, sino que antes bien se apoyó en el mismo, al par que en otros medios, como son las declaraciones de que se hablará con ocasión del cargo siguiente, para afirmar que, no obstante que el rodeo con alambre de púas puesto a las torres a cierta altura de su base no impide el que personas imprudentes o niños sin vigilancia se trepen a ellas, con todo la Central Hidroeléctrica no incurrió en negligencia o descuido en el buen mantenimiento de las mismas torres.

12. Y si fuese admisible a estudio de mérito el reparo que subsidiariamente se hace por error de hecho como apéndice de este cargo, tampoco lograría éxito, porque, fuera de que, como ya se vio, *el Tribunal apreció en su objetividad misma la diligencia de inspección ocular, la mera afirmación del recurrente de que aquél, al hacerlo, incurrió en error de hecho, no demuestra por sí sola cuál sea la contraevidencia de esa deducción adoptada por el juzgador. Porque la contraevidencia ha de consistir, no en que a la operación dialéctica suya pueda contraponerse otra mejor guisada o más atendible, así fuese la de la misma Corte, sino en que aquélla, con trascendencia al fallo, sea contraria al sentido común o lógica elemental. Pues, de no ser así, la estimación de una prueba semejante, en orden a la convicción de ella extraída por el Tribunal, se ampara en el fuero de su autonomía apreciativa.*

13. Tocante al cargo *cuarto,* propuesto por violación del artículo 697 del Código Judicial, al no dársele a los testimonios de Bernardo López, Arturo Ardila, Arturo Ocampo y Ernesto Hoyos (folios 3 vuelto, 7 vuelto y 9 vuelto, cuaderno 3), el pleno valor probatorio que la ley les asigna, de cuyo contexto se deduciría, según el recurso, que no era de extremo cuidado la actitud de la demandada respecto de la torre en que se accidentó el menor, cargo que se transforma subsidiariamente en el de error de hecho sobre la nuda afirmación de que tales testimonios prueban hechos distintos de los admitidos por el sentenciador, caben las siguientes observaciones determinantes de su desecho:

Que el Tribunal no sólo se basó en esos testimonios para concluir en el hecho del buen mantenimiento de la torre por la empresa, sino que los sumó a lo que establece la inspección ocular aludida, en cuya diligencia se tomó también la deposición de la señora María Rivillas de Loaiza, residente cerca de aquel sitio, según la cual "el día en que se produjo el accidente, la torre identificada se encontraba recubierta con alambre de púas hasta una altura de un poco más de un metro, y tres días después del accidente bajaron y le pusieron otras vueltas de alambre";

Que la conclusión de la sentencia en el punto no es inarmónica con lo pertinente de las mismas declaraciones. Ciertamente, el testigo *Bernardo López* expone: "Antes y después del año de mil novecientos cincuenta y tres, y en razón de mi oficio, me tocó revisar, entre otras, la torre situada en el lote que menciona el hecho segundo de la demanda que se me acaba de leer (al declarante se le leyó el hecho 2º de la demanda), y es cierto que dicha torre siempre mantenía una defensa consistente en unas vueltas de alambre de púas que llegaban hasta metro y medio de altura, con el fin de que ninguna persona, inclusive los niños, adultos y demás, se subieran a ella, en consideración al peligro que esto implicaba". El testigo *Arturo Ardila,* expresa: "Yo recuerdo perfectamente que en el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, antes del veinte de dicho mes, y posteriormente, entre otras, me tocó revisar la torre que está ubicada en el lote a que se refiere el hecho segundo de la demanda que se me acaba de leer (al declarante se le leyó el hecho segundo de la demanda) y es verdad que a dicha torre se le puso una buena cantidad de alambre de púas, de unos dos metros hacia arriba, a fin de evitar que persona alguna, e inclusive niños, se subieran a ella". Y aunque este declarante advierte resultar que "ese alambre se lo robaban personas a quienes no se podía identificar. De manera que la torre se dejaba con una defensa de alambre de púas, y cuando se volvía a la revisión, muchas veces al otro día, ya no estaba el alambre allí", no dice que la torre del accidente estuviera desprovista de alambre, el día en que él ocurrió. El testigo *Arturo Ocampo* manifiesta que, como empleado que fue de la empresa en el oficio de canalizador, le tocaba vigilar las líneas de conducción de energía, anotando que también se revisaban las torres que las sostenían; pero agrega que en el año de 1953 no le correspondió hacer la revisión, así que no le consta que en la época a que se refiere la pregunta la torre de que se trata "haya tenido o no, el alambre de púas, como defensa . . . ". Como se ve, esta declaración nada afirma ni niega sobre el particular de que se trata. Y el testigo *Ernesto Hoyos,* declara: que, en razón de sus ocupaciones al servicio de la empresa, le tocaba "revisar líneas de conducción eléctrica, revisar las torres que las soportan y las obras de defensa de éstas"; que "por lo regular la empresa Hidroeléctrica de Caldas (Chec), mantiene defensas en las torres

que sostienen las líneas de conducción de energía, pero no recuerdo con precisión si la torre donde perdió la vida el menor a que se contrae este juicio, estaría o no con defensas de alambre de púas, el día en que ocurrió el accidente. En todo caso, a dichas torres sí se les pone hasta metro y medio hacia arriba, de alambre de púas, a fin de evitar que personas menores de edad se suban a ellas, pero anoto que ese alambre desaparece muchas veces de un día para otro en razón de que se lo roban personas a quienes es imposible identificar. En el año de 1953, se revisaban las torres, por orden de la empresa, una vez por semana ...''. Tampoco este testigo niega ni afirma nada sobre la existencia del revestimiento de alambre en la torre del suceso, en la fecha en que éste ocurrió.

14. Si el conjunto de estas declaraciones no prueba positivamente que tal torre careciese de ese revestimiento en el momento de accidentarse el menor Ríos Castaño, y en cambio muestra que periódica y frecuentemente se revisaban las torres por el personal de la empresa y se les mantenía su defensa consistente en el dicho revestimiento de alambre, el que se reponía cuando quiera que llegaba a faltar, mal puede pretenderse que se violó el artículo 697 específico de la prueba testimonial, cuando el sentenciador, aunando a esos testimonios el resultado de la inspección ocular, abonada con la aludida declaración de la señora Rivillas de Loaiza en sentido positivo al respecto, sacó de la conjunción de todos esos medios la consecuencia de que la empresa ''no incurrió en negligencia o descuido en el buen mantenimiento de las torres'', todo lo cual conlleva en su discurrir de carácter indiciario el supuesto de que la alambrada protectora existía al producirse el accidente. Así que, si la censura no se hizo en relación con los preceptos valorativos de la prueba indiciaria, no logra su empeño, como tampoco lo obtendría en razón de la pretendida tacha subsidiaria por error de hecho, el que no se evidencia en la labor crítica del Tribunal.

---

15. Contra la restante de las conclusiones básicas del fallo, de que ''el accidente se produjo por un hecho exclusivo de la víctima y colateralmente por culpa de sus padres'', se hallan encaminados los cargos *segundo* y *sexto,* a cuyo examen se procede:

16. *Cargo segundo.* Formulado, como los otros ya vistos, por ''infracción *indirecta* de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil'', atribuida aquí a ''error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial'', que se dice consistir en que ''el análisis que en la sentencia se hace de los testimonios de José Duque y Leticia de Puerta no corresponde al verdadero contenido de los mismos ni se ajusta a los preceptos de los artículos 696 y 697 del Código Judicial'', imputación con miras a sustentar la cual alega el recurrente las razones que atrás se ven en la exposición de este cargo, merece las siguientes consideraciones adversas:

17. Sea lo primero observar que la alegación de que el análisis por el Tribunal, de estos dos testimonios, ''no corresponde al verdadero contenido de los mismos'', es impertinente como argumento de error de derecho o valoración, por referirse a una cuestión de hecho; y que no precisa el acusante el porqué de la transgresión de las dichas normas probatorias.

18. Mas, si lo que el libelo pretende es atribuir a la suma de los testimonios de José Duque y Leticia de Puerta el valor de plena prueba, sobre que los padres del menor no estaban faltando a sus deberes de guarda y vigilancia del mismo, en el acontecer del accidente, y que por ello se desconoció a la prueba el valor de que trata el artículo 697, el argumento es vano, resultando su vacuidad del texto mismo de las declaraciones de que se trata.

En efecto, el testigo *José Duque,* luego de decir ''yo no puedo afirmar cuánto pagarían los esposos Alfonso Ríos y Lucila Castaño de Ríos, por concepto de canon de arrendamiento de la casa donde vivían'', agrega, ahí mismo, lo siguiente: ''Pero *sí considero* que estas personas ejercían una vigilancia y esmero en el cuidado de su hijo menor Alfonso Ríos'' (folio 6 vuelto, cuaderno 2). Tal declaración, que en ninguna otra de sus partes se refiere a semejante materia, no manifiesta siquiera en este punto la razón o fundamento del parecer del exponente.

Y la manifestación de la testigo *Leticia de Puerta,* quien en el punto se expresa así: ''Los padres de dicho menor, Alfonso Ríos y Lucila Castaño ejercían toda la vigilancia y cuidado sobre sus hijos'' (folio 5 cuaderno 2), adolece, a igual de la declaración anterior, del defecto de ser un concepto de quien depone, sin indicación de hechos que fueran constitutivos de tales vigilancia y cuidado, ni suministrar, por lo tanto, los motivos de su opinión.

19. A todo lo cual ha de agregarse que la misión propia de los testigos es la de deponer

sobre hechos concretos, directamente perceptibles por los sentidos, antes que la de emitir opiniones o sacar consecuencias de los hechos por ellos presenciados.

20. Así las cosas, no pudo ser vulnerado, por el aspecto de que se trata, el artículo 697 del Código Judicial, que sólo le da acceso al valor de plena prueba a la declaración de dos testigos hábiles cuando "concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar" y "en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley".

21. Y si lo que el recurrente intenta es que, si no se encontrare vulnerado el artículo 697 del Código Judicial, por lo menos se abra camino el cargo por violación del 696 *ibídem,* según el cual "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición", el ataque en tal forma resulta también inane.

22. Porque, aparte la falta de certidumbre en el apareamiento de dos signos de valoración diferentes, ahora, al pretenderse que cada una de tales declaraciones valga como prueba indiciaria y con mayor razón su conjunto, se encuentra que el impugnante no solamente no ha hecho ver la contraevidencia en que el juzgador hubiera incurrido en su apreciación, que continúa así revestida de la presunción de acierto, sino que los mismos motivos de falta de concreción en hechos y carencia de fundamentación, que sirvieron para desechar el cargo en la esfera del artículo 697, campearían para desestimarlo en la del 696.

Tanto más cuanto que el Tribunal para arribar a la certeza de la falta de los padres del menor en los deberes de guarda y vigilancia del mismo, tuvo a la vista otra de las declaraciones de la nombrada señora Leticia de Puerta (folios 8 vuelto y 9 vuelto, cuaderno 3), sobre que, en el momento de ocurrir el accidente, el menor Ríos se encontraba jugando con un hijo de la declarante y ni los padres del menor ni ella los estaban vigilando, pues todo el vecindario se dedicaba a comentar una novela cuya transmisión por radio había en aquella tarde terminado. Siendo de advertir que el recurso no formula cargo alguno contra la valoración de este testimonio, sino que, dando por sentado el hecho que del mismo resulta, se aplica a enfrentar a la crítica objetiva que del mismo hiciera el Tribunal, el parecer contrario del acusante, según en otro lugar se vio; desde luego improcedente, pues como ya está dicho, el juicio del Tribunal en las conclusiones de hecho que de las pruebas deduzca, se ampara en la presunción de acierto, mientras no aparezca evidentemente lo contrario.

23. Todo lo hasta aquí discurrido, con ocasión de los cinco cargos cuyo escrutinio precede, muestra que, no resultando conformados los errores de apreciación de pruebas imputados al sentenciador a través de todos esos capítulos de la censura, no pudieron ser violados por esa causa los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

24. *Cargo sexto.* Como atrás se vio, es por quebrantamiento directo de los mismos textos sustanciales y del 2346 *ibídem,* a causa de interpretación errónea, que se hace derivar de que los dos primeros preceptos "no se han armonizado con el artículo 2346 de la misma obra", por cuanto según el recurrente "para que proceda la responsabilidad por el hecho de los hijos, es menester que ambas personas, el padre y el hijo, sean capaces de delito o cuasidelito"; y en el caso que se ventila el menor no había llegado a la edad de siete años. "Por tanto, no era sujeto de culpa. En consecuencia, tampoco eran sus padres".

25. La sola enunciación de la censura refleja su desacierto:

Porque, si el artículo 2346 en su primera parte considera como incapaces de cometer delito o culpa a los menores de diez años, en igualdad a los dementes, ello es para exonerarlos personalmente de toda responsabilidad civil por los hechos cometidos por ellos, que si se hubieran realizado en época posterior a ese tracto cronológico, comprometerían, al informar delito o culpa, su dicha responsabilidad. Pero la inteligencia del texto sería contraria a la lógica jurídica más elemental, si de lo así preceptuado por él hubiera de sacarse que, en la hipótesis de los hechos dañosos del menor de diez años, quedara excluida la culpa de los padres, como sus guardianes natos. Antes por el contrario, es el mismo artículo 2346 en su segunda parte el que carga a los padres con la responsabilidad de los daños causados por sus hijos menores de aquella edad, en cuanto a aquéllos pudiere imputárseles negligencia, principio éste que, con las normas de los artículos 2347 en lo pertinente y 2348, integra todo un sistema de responsabilidad civil de los padres por los delitos o culpas cometidos por sus hijos menores.

26. Estos dictados sobre responsabilidad paterna constituyen la obvia sanción de los debe-

res de guarda, vigilancia y corrección consiguiente que por naturaleza y por ley incumben a los padres respecto de sus hijos y que consagran textos como los de los artículos 250, 253, 262 y 263 del propio Código, en punto de filiación legítima, y 61 a 64 de la Ley 153 de 1887, en materia de filiación natural.

27. Si, en el caso del pleito, aparte el menor impúber, víctima inmediata y principal del accidente, fallecido días después de la desgracia, se han presentado sus padres como víctimas concurrentes en razón de los perjuicios personales que pretenden les fueron ocasionados por tal acontecimiento, siendo ellos responsables de éste por falta de guarda y vigilancia del menor, en lo que consiste uno de los fundamentos de la sentencia, no quebrado en el recurso, quiere decir que el Tribunal no erró en la interpretación del artículo 2346, al concluir que los padres demandantes no estaban legitimados en su pretensión de víctimas, por haberse debido a su propia culpa los perjuicios que ellos hubieran sufrido; y, en consecuencia, que a causa de la misma interpretación tampoco pudieron ser violados los relacionados artículos 2341 y 2356.

28. Por lo demás, si hubiera que referirse a la parte de este último cargo, en que intenta traerse como argumento la afirmación de que, según lo antes manifestado por el acusante, "en el examen de las pruebas se incurrió en evidentes errores, que la evidencia de ellas demuestra que no hubo culpa por parte de los padres del menor", tendría que observarse que fuera de no tener cabida la digresión sobre errores probatorios en materia de acusamiento por violación directa de la ley sustancial, debe estarse a lo ya dicho sobre tales aspectos en el despacho de cargos anteriores.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

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.

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

Prueba del interés jurídico de la parte demandada en estos juicios. — Error de hecho y de derecho. — Cuándo es parte el Ministerio Público en los juicios de filiación natural.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, abril 30 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Acta número 7 de 23 de abril de 1968).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 17 de junio de 1963.

Antecedentes

María Esther Quintero promovió demanda contra Amelia Fajardo y Natalia Fajardo en su calidad de hermanas de Jesús Fajardo y Jorge Ordóñez y María Blanca Margarita David, ésta menor de edad "representada por su padre Jobino David", los dos últimos en su calidad de sobrinos del causante Jesús Fajardo y en representación de sus madres Margarita y Bárbara Fajardo, causante aquel a quien la actora considera como su padre natural y cuya paternidad pide sea declarada judicialmente.

Como hechos principales señala:

a) Que Jesús Fajardo "mozo trabajador se prendó de los atractivos de Mélida Quintero y entre los dos entablaron entusiastas y decididos amoríos, los que fueron confirmados por todo o la mayor parte del vecindario de entonces ... pero cuando menos se esperaba la mujer apareció en estado de gravidez, circunstancia ésta que lejos de enfriar en su afecto a Fajardo ... lo obligó a enamorarse más y acercarse más a ella".

b) "Que pasaron los días y vino el nacimiento de María Esther, la que el vecindario reputó no sólo por los antecedentes amorosos de los dos, sino porque él mismo como sus familiares entre éstos su madre, la reconocieron como tal, habiendo cuidado Fajardo a María Esther desde que nació, contribuyendo a su manutención y presentándola como hija ...".

c) "Jesús Fajardo al morir no dejó otro descendiente que María Esther Quintero y sus parientes más próximos sus hermanas María Amelia y Natalia Fajardo, quienes con sus sobrinos Jorge Ordóñez y María Blanca Margarita David recogerían su herencia en faltando su hija natural".

Tramitados los ritos procesales de rigor el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto profirió la sentencia de primer grado por medio de la cual se inhibió de fallar sobre el fondo la filiación natural, formulada por María Esther Quintero. Recurrido este fallo para ante el Tribunal por la parte actora fue confirmado en la sentencia objeto del recurso.

El fallo recurrido

Allí se hace un extracto de los antecedentes del negocio y se expresa que la intentada es una acción declarativa "y que esta clase de acciones exige la demostración del interés que justifica la citación al juicio de la persona o personas demandadas, es decir, la prueba de la legitimación en causa pasiva ...".

Que "se necesita, pues, un interés para intervenir pasivamente en el juicio resultante de la calidad de sucesores del presunto padre. Tener la calidad de herederos; y esto es lo que se debe demostrar para que quede acreditado el presupuesto de la pretensión de estar legitimado pasivamente el demandado; que la demanda entendió cuál era el interés jurídico con que citaba a los demandados, pues aparte de demandarlos por su calidad de hermanos y sobrinos del causante,

manifestó que al morir Fajardo no dejó otro descendiente que María Esther Quintero y sus parientes más próximos, son sus hermanas Amelia y Natalia Fajardo, quienes con sus sobrinos Jorge Ordóñez y María Blanca Margarita David, recogerían su herencia en faltando su hija natural; con esto se señaló el orden de sucesión correspondiente al de los hermanos del causante".

Que el actor "no demostró la calidad de herederos de los demandados, calidad que exige la concurrencia de dos requisitos: la vocación hereditaria y la aceptación del heredero"; que la primera se demuestra con las partidas de registro civil que establece el vínculo que liga a los herederos con el causante y los coloca en el orden de sucesión legal que debe prevalecer; o con el acto testamentario que hace la institución de asignatario a título universal. El fallador manifiesta que no está demostrada la filiación legítima del causante por no existir la partida de matrimonio de José Fajardo y María Benavides o Acosta. Que la prueba supletoria testimonial no cumple su cometido porque ninguno de los testigos presenció el matrimonio; que para la demostración de la posesión del estado civil de casados de los presuntos cónyuges, falta el elemento indispensable denominado por Josserand prescripción, o sea, que ese estado civil hubiera durado diez años por lo menos; que el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, establece que se tendrá calidad de hijo natural con respecto a la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento. Como no existe la partida de nacimiento de Jesús Fajardo, no está acreditado ese hecho con la prueba propia. Que ninguno de los testigos presentados por el actor como prueba supletoria, dice haber presenciado el hecho del nacimiento de Jesús Fajardo, ya que de manera indeterminada afirman que los que enumeran fueron hijos de María Encarnación Acosta; siendo así que por tratarse de una prueba constitutiva de un estado civil, se hacía necesario que expresaran la razón de su dicho; que no existe por consiguiente, prueba valedera de la filiación de Jesús Fajardo con respecto a María Acosta y que no existiendo esta demostración falla la base para probar la consanguinidad entre el causante Fajardo y los demandados; dice el fallador que no hay prueba de la aceptación tácita o expresa que los demandados hubieran hecho de la herencia de Jesús Fajardo. Termina la sentencia exponiendo: "que cuando falta el presupuesto de la pretensión de legitimación pasiva, la sentencia tiene que ser inhibitoria, porque mal se puede dictar fallo sobre el fondo de la acción intentada cuando no se ha demostrado que la persona llamada a responder en juicio está obligada a sufrir los efectos de la cosa juzgada; y mal puede el fallador producir cosa juzgada, cuando no pudo decidirse sobre la acción misma, sino que la decisión versó solamente alrededor de la personería de los litigantes".

El recurso

El recurrente en un largo escrito principia pretendiendo probar que en proceso se hallan plenamente demostradas las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y para llegar a esa conclusión hace un análisis de los varios elementos probatorios aducidos al juicio hasta el extremo de afirmar que cuando la actora María Esther Quintero fue recibida en diligencia de absolución de posiciones, manifiesta que "acompañaba a su papacito" Jesús Fajardo y vivía con él y señala otras circunstancias relativas a esa situación "esta sola confesión solicitada por la parte demandada sin reserva alguna, forma plena prueba sobre la filiación natural de la demandante y no queda reato de duda si se le complementa con las declaraciones antes citadas, producidas por la misma parte demandada". Sobre el análisis de las causales antedichas y su demostración procesal se extiende el recurrente largamente.

Estima el censor que en aplicación del artículo 12 de la citada Ley 45, "solamente se regula el caso en que el demandante ejercite la acción; pero no en el caso en que tenga que averiguarse cuál debe ser la persona que debe desempeñar el papel de demandado y contra quien pese toda la eficacia de la acción judicial"; que el Tribunal aplicó "de modo indebido y por interpretación errónea el artículo 404 del Código Civil, porque esta disposición simplemente regula la cuestión cuando el padre hace el papel de demandado, antes de su muerte, no cuando se ejercita la acción después del fallecimiento" y que como "el problema queda insoluto, puesto que de todos modos, el actor de la demanda tiene que endilgarla contra una persona que se supone mantenga un interés en la sucesión del premuerto, entonces debe darse aplicación al artículo 232 del Código de Procedimiento Civil; y, precisamente, esto es lo que ha hecho el apoderado titulado de la señorita María Esther Quintero". Que en el presente juicio María Esther Quintero dijo en el hecho 8º de la demanda que "Jesús Fajardo al morir no dejó otros descendientes que María Esther Quintero, y sus parientes más próximos son sus hermanas Amelia y Natalia Fa-

jardo, quienes con sus sobrinos Jorge Ordóñez y María Blanca Margarita David, recogerán la herencia en faltando su hija natural; que a la actora no le incumbe otra cosa que señalar las personas o parientes próximos del causante Jesús Fajardo; y cumplió con el deber procedimental de señalar la parte demandada que recogería la herencia del causante si faltara la demandante; que obligarla a probar que la parte demandada tiene vínculos de consanguinidad con el causante, allegando partidas del estado civil de la misma parte demandada, que debe presentarlas éstas, es invertir los papeles, pues al actor no se le impone otra obligación que la de indicar quién es la persona que ha de responder en juicio por las obligaciones del causante y de representarlo en sus derechos, pero si faltara la parte actora, o porque pereciera en cualquier forma o porque no pudiera comprobar su estado civil; que en la demanda se cumplió con el deber ya dicho; y de consiguiente, no le quedaba otro que, el de probar si en realidad de verdad era ella la persona que sucede a Jesús Fajardo, y no otra".

El recurrente afirma que: "El Tribunal incurrió en violación de la ley sustantiva por apreciación errónea de la prueba, por su falta de apreciación de la misma y por la mala aplicación de la misma; que a la parte demandante no le incumbe demostrar aquello que se llama legitimación pasiva ... y sin embargo, con la superabundante prueba que no fue estudiada por el Tribunal se estableció el hecho de que la parte demandada tiene vínculos consanguíneos con el premuerto Jesús Fajardo; pues éste con Amelia, Margarita y Bárbara Fajardo, son hermanos legítimos y hermanos naturales para con Natalia Acosta; que por haber fallecido Margarita y Bárbara Fajardo, están representadas por sus sobrinos señalados en la demanda".

En uno de los apartes de la demanda, el censor insiste en el mérito de la absolución de posiciones de que se ha hablado, "en donde la misma parte demandada se encargó de demostrar la posesión notoria sobre la calidad de hija natural de Jesús Fajardo y este hecho no pasó a ser objeto de estudio por parte del Tribunal y no le asignó su categoría que le corresponde en la tabla de las pruebas judiciales, es notorio el hecho de que, si produjo la sentencia acusada, lo hizo sin apreciar en forma debida la prueba existente en el proceso y quebrantó por consiguiente la ley sustantiva por esa causa o motivo, en forma ostensiblemente directa".

Vuelve luego a hablar sobre la demostración de las relaciones sexuales estables y posesión notoria del estado civil de hija natural de María Esther Quintero, citando las declaraciones que se refieren al respecto.

En síntesis el ataque lo formula el recurrente así: "La sentencia de 17 de junio de 1963 quebrantó la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida del artículo 1798 del Código Civil y además por falta de apreciación de la prueba, por equivocada interpretación de la ley y equivocada apreciación de la prueba".

Alega el recurrente que cuando el Tribunal manifestó que la parte actora ha debido demostrar en el juicio la calidad de herederos de los demandados y la concurrencia de los requisitos de "vocación hereditaria y aceptación de la herencia por parte de los demandados", violó el artículo 1798 citado por aplicación indebida.

En algún otro aparte de su extensa demanda vuelve a insistir en que la demandante no tiene la obligación de probar que la parte demandada está vinculada "al premuerto por la consanguinidad de orden legal, si esta no le niega su parentesco con el causante, y afirma que sí lo tiene, la conclusión a que llegue es la de darle aplicación al artículo 232 del Código Judicial". Considera el censor que por no haber apreciado debidamente la prueba, el Tribunal quebrantó los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 45 de 1936, 397, 398 y 399 del Código Civil en forma directa.

Por último, el recurrente formula una petición subsidiaria consistente en que se declare la nulidad de lo actuado, por lo que hace relación a la no intervención del agente del Ministerio Público en el juicio.

La Corte considera:

1. El recurrente al redactar su demanda de casación lo hace en una forma tan difusa que se torna difícil hacer una síntesis de ella, pues involucra situaciones de hecho y de derecho sin la debida separación que le permita a la Corte encontrar los fundamentos precisos de la demanda, que adolece de notorias deficiencias en la técnica del recurso, como pasa a observarse:

Se acusa la sentencia por violación directa de ley sustancial; pero en el desarrollo de la censura la crítica que se le formula al fallo se hace por errores de hecho y de derecho en que hubiera incurrido el Tribunal por indebida apreciación del elenco probatorio "por su falsa interpretación y por su apreciación errónea ... lo que conlleva al error que tuvo también porque

no quiso darle el mérito que la ley le asigna''; pero aparte de que *no es admisible el ataque por error de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba,* el recurrente no demuestra el error evidente de hecho en que el Tribunal hubiera incurrido en la apreciación de determinados medios, y en tratándose del pretendido error de derecho no señala las normas de la tarifa probatoria que hubieran sido violadas por el sentenciador, para que el cargo fuese viable. Por este aspecto la censura tendría que rechazarse por notorias deficiencias en la presentación formal del recurso.

2. La violación directa la deduce el recurrente de la aplicación indebida del artículo 1798 del Código Civil en que incurrió el fallador, ya que indudablemente hubo un yerro en la cita de tal artículo cuando en la sentencia se transcribió parte de un fallo de la Corte contenido en la *Gaceta Judicial* Tomo XC, página 308 de 13 de abril de 1959, en donde fue citado no el artículo a que se refiere la censura, sino el 1298, como lo ha verificado la Corte y que según el propio recurrente es el que ha debido tener en cuenta el Tribunal, sino hubiere existido simple error mecanográfico, porque en ninguna parte de la sentencia el fallador alude siquiera por vía indirecta el artículo 1798 del Código Civil. Por este aspecto el cargo carece de trascendencia.

3. *La interpretación que el autor del recurso le da al artículo 404 del Código Civil para sostener que el actor no está obligado a probar el interés jurídico de la parte demandada en los juicios de filiación natural, es errónea, pues en todo caso, como lo anota el fallo de instancia, es indispensable para que sea posible un pronunciamiento de mérito, el que el actor demuestre que las personas contra quienes ejercita la acción de declaración judicial de la paternidad tienen un interés jurídico derivado de la vocación hereditaria que ''se demuestra con las partidas del registro civil que establecen el vínculo que liga a los herederos con el causante y los coloca en el orden de sucesión legal que debe prevalecer ...'', o también, como lo ha aceptado la jurisprudencia, con la copia del auto de declaratoria de herederos proferido en el correspondiente juicio de sucesión, y a falta de tales pruebas del estado civil, es de aplicación lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, cuando allí se establece que ''la falta de los respectivos documentos del estado civil, podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios ... 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''.*

El Tribunal de acuerdo con lo antes expuesto, llegó a la conclusión de que no estaba demostrada la filiación legítima del causante por no existir la partida de matrimonio de Jesús Fajardo y María Benavides o Acosta; y no estando probado ese matrimonio de acuerdo con los preceptos legales, ni con la partida de origen civil, ni con la supletoria de tipo eclesiástico, ni por declarantes que hayan presenciado el matrimonio, ni por la posesión notoria de ese estado, de acuerdo con lo determinado por los artículos 396, 398 y 399 del Código Civil, la conclusión a que llegó el Tribunal es absolutamente clara en cuanto afirma que no está probado debidamente el interés jurídico de los demandados en el carácter de herederos de Jesús Fajardo, que expresamente les atribuye la parte actora, y que como hecho de la demanda (el 8º) ha debido acreditar plenamente. Y esto es tanto más exacto, cuando que en la contestación del libelo, los demandados expresan que estarán a lo que demuestre el actor en el juicio.

Incurre el censor en otra equivocación cuando pretende sostener que la confesión sirve para establecer la calidad de heredero de una persona respecto de otra, cuando ese estado es el fundamento del interés de la pretensión que se litiga. La Corte en repetidos fallos ha dicho que tal prueba no es admisible para demostrar el estado civil de una persona.

En el fallo objeto del recurso se expresa con nitidez que en autos no aparece prueba alguna que acredite que los demandados hayan aceptado expresa o tácitamente la herencia de Jesús Fajardo, ni existe demostración alguna sobre la existencia del juicio de sucesión respectivo, no obstante, que la actora los señala como herederos de Jesús Fajardo, a unos como hermanos, y a otros por derecho de representación.

No existiendo demostrada la legitimación *ad processum* por parte de las personas a quienes se ha pretendido vincular a la acción de declaratoria de la filiación natural de la actora, la ausencia de ese presupuesto procesal es inobjetable, y por consiguiente, son inanes los argumentos del recurrente en orden a acreditar el estado civil de los demandados con pruebas que carecen de eficacia demostrativa de acuerdo con la ley.

El censor ha creído que conforme con el artículo 232 del Código Judicial, no estaba obligado a presentar con la demanda la prueba del carácter de herederos de los demandados en relación con Jesús Fajardo. Su apreciación es inexacta, porque en tratándose de juicios como el de declaratoria de filiación natural, aun cuando las pruebas respectivas no se acompañen a la demanda, deben aducirse en el curso del juicio, para acreditar la legitimación pasiva de la parte demandada.

El recurrente, por último, formula un cargo subsidiario sobre la aparente nulidad de lo actuado, dándole una interpretación acomodaticia a lo resuelto por el Tribunal, en relación con la no presencia del Agente del Ministerio Público. De plano se rechaza el cargo que carece de fundamento, porque el *Ministerio Público no es parte en los juicios de filiación sino cuando han sido promovidos por éste.*

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 fecha diecisiete (17) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por María Esther Quintero, contra la sucesión de Jesús Fajardo.

Sin costas por no haberse causado.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ACCESION

Accesión de frutos y accesión propiamente dicha. — Esta última se subdivide en tres grupos, a saber: accesión de inmueble a inmueble o accesión natural, de mueble a inmueble o accesión artificial o industrial y de mueble a mueble o accesión mixta. — Maneras diferentes como puede producirse la accesión natural o de inmueble a inmueble.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., abril 30 de 1968.

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

La señora Belén Rodríguez de Peralta demandó al señor José Vicente Lozano Díaz ante el Juez Civil del Circuito de Purificación para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que la demandante es dueña tanto de un predio llamado "San Juanito", de una extensión aproximada de veinticinco hectáreas, ubicado en la región de Aparco, jurisdicción del Municipio de Natagaima, como de un lote o zona isleña adyacente denominada "La Culebra", de una cabida de dos hectáreas con 5.844 metros cuadrados, situada en la misma vereda de Aparco, y se condenase al demandado a restituir a la actora el referido lote insular y a pagarle los frutos naturales y civiles y las costas del juicio.

La demandante solicitó en subsidio las mismas declaraciones principales, añadiendo la de que ella es propietaria, por accesión aluvial, del lote o zona isleña llamada "La Culebra" o "Moncaleano".

Tanto el fundo de "San Juanito" como la porción llamada "La Culebra" o "Moncaleano" vienen especificados por linderos en la demanda.

Los hechos del mismo libelo expresan, en compendio, que los señores Elisa y Leonidas Ramírez Chaves transfirieron a título de venta a Belén Rodríguez de Peralta el predio llamado "San Juanito", mediante las Escrituras números 23, de tres de febrero de 1951, de la Notaría de Natagaima; 186, de nueve de marzo del propio año, extendida en la Notaría Primera de Neiva, y 148, pasada ante el Notario de Natagaima el cuatro de junio de 1952. Así en el primero como en el tercero de estos instrumentos se hizo constar que en la venta del fundo "San Juanito" quedaba incluida una porción de terreno de una extensión aproximada de dos hectáreas, denominada "La Culebra", que el tradente de los vendedores había comprado a Rafael Lozano Díaz. Los nombrados vendedores, Elisa y Leonidas Ramírez Chaves, habían adquirido la finca de "San Juanito" y la porción isleña de "La Culebra" por adjudicación que se les hizo en la mortuoria de su padre Leonidas Ramírez Molano, protocolizada por Escritura número 22, corrida en la Notaría de Natagaima el dos de febrero de 1951. El causante Ramírez Molano hubo el potrero de "San Juanito" por compra hecha a Salomón Ruiz y Paula Andrade de Ruiz, según Escritura número 144, otorgada en la Notaría de Natagaima el 27 de julio de 1945. El mismo Ramírez Molano adquirió la porción isleña de "La Culebra" por compra que hizo a Rafael Lozano Díaz, mediante la Escritura número 216, extendida en la Notaría citada el 25 de agosto de 1947. A su vez Rafael Lozano Díaz hubo la mentada porción isleña por adjudicación que le fue hecha en el juicio divisorio de los fundos llamados "San Andrés", "Moncaleano", "La Culebra", "Los Muertos" y "Calapena", como consta en la Escritura número 215, pasada ante el propio Notario de Natagaima el mismo 25 de agosto de 1947. Cuando se efectuó esta última adjudicación, el lote de "La Culebra" se hallaba invadido en su mayor parte por las aguas del río Magdalena y había casi desaparecido cuando lo adquirieron Elisa y Leonidas Ramírez Chaves; pero posteriormente el caudal mayor del río mencionado se fue retirando hacia

el Oriente, hasta dejar descubierta y regularmente formada la isla de "La Culebra" y "Moncaleano", con una extensión aproximada de doce hectáreas, frente al fundo de "San Juanito". Después de esto la demandante Rodríguez de Peralta volvió, como dueña, a tomar posesión de la expresada isla de "La Culebra", a mediados de 1951, pero luego el demandado Lozano Díaz, sin título ni derecho alguno, sino en forma arbitraria, se fue apoderando de la misma isla, hasta el punto de que hoy la posee casi en su totalidad, pues la actora sólo ocupa unas parcelas de escasa significación. La zona llamada "La Culebra", o lote número 11, hace parte del fundo de "San Juanito" y pertenece a la demandante Rodríguez, bien en virtud de la tradición antes referida, o por accesión aluvial causada por el lento e imperceptible retiro de las aguas del río Magdalena.

El demandado José Vicente Díaz dio respuesta al libelo, admitiendo algunos de los hechos expuestos allí, negando la mayoría de ellos, oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y proponiendo la excepción de prescripción adquisitiva del dominio sobre el lote o porción de terreno isleño que se busca reivindicar. Manifiesta además el demandado que esa porción llamada "La Culebra" había ya desaparecido por acción de las aguas del río Magdalena cuando fue imaginariamente adjudicada a los señores Ramírez Chaves en la mortuoria de su padre Leonidas Ramírez Molano y que, al formarse una nueva isla denominada "Terranova", quedó ésta incorporada en dos lotes de terreno señalados con los números 18 y 21, ubicados en la fracción de "Los Angeles", en la orilla derecha u oriental del mismo río Magdalena, porciones de que es dueño el propio demandado, quien ha poseído tal isla de "Terranova" durante el tiempo suficiente para adquirir su dominio por usucapión, agregando a su posesión la de sus antecesores.

El mismo Lozano propuso una demanda de reconvención contra la actora Belén Rodríguez, a fin de que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que José Vicente Lozano Díaz es dueño exclusivo y absoluto de la vega o isla denominada 'Terranova', determinada por su situación y linderos en el hecho quinto de esta demanda, como parte integrante que es del predio formado por los lotes números dieciocho y veintiuno (18 y 21), especificado en el hecho primero de este libelo, también de propiedad de José Vicente Lozano Díaz, la cual se formó a causa de un rompimiento de dichos lotes, o dicho predio, por el río Magdalena.

"Segunda. Que José Vicente Lozano Díaz es dueño, por ser poseedor material e inscrito, conforme a los hechos séptimo, octavo y noveno (7º, 8º y 9º) de esta demanda, del lote de terreno determinado por su nombre, situación y colindancias en el hecho séptimo (7º) de esta demanda.

"Tercera. Que la isla o vega de Terranova, determinada por su situación y linderos en el hecho quinto (5º) de esta demanda, y el cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena en su mayor parte, se hallan comprendidos dentro de las líneas de demarcación del predio llamado 'Paso Real' o 'Proindiviso', determinado por su situación y linderos en el hecho séptimo (7º) de este libelo y de los predios aledaños a éste hacia el Oriente, al prolongar dichas líneas en la dirección de sus cercos divisorios hasta el cauce actual del río Magdalena.

"Cuarta. Que se decrete la partición del cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena, en la zona que ha quedado descubierta y en que limiten los predios de Terranova y San Juanito.

"Quinta. Que se condene en costas a la demandada".

Los hechos de la demanda de mutua petición expresan sucintamente:

1. José Vicente Lozano es dueño de "un predio situado en la fracción de 'Los Angeles', jurisdicción municipal de Natagaima, formado por dos lotes adyacentes, distinguidos con los números 18 y 21 de los en que fue dividido el globo de San Andrés en el juicio divisorio de los bienes que fueron del señor Leandro Lozano, determinados por sus linderos, así": ...

2. Lozano Díaz hubo el lote número 18 por adjudicación que se le hizo en el juicio divisorio antes mencionado, según Escritura número 215, extendida en la Notaría de Natagaima el 25 de agosto de 1947, y de acuerdo con la hijuela que se le formó en la sucesión doble de Leandro Lozano y María de la Cruz Díaz de Lozano.

3. El mismo Lozano Díaz adquirió el lote número 21, atrás mentado, en virtud de un contrato de renta vitalicia que celebró con Natividad Lozano Díaz por Escritura número 276, corrida en la Notaría de Natagaima el dos de noviembre de 1947, y a su turno Natividad Lozano hubo el mismo predio mediante los juicios de sucesión y de división de bienes comunes mencionados en el hecho anterior.

4. Por su parte, el causante Leandro Lozano había adquirido los lotes 18 y 21, en mayor extensión de terreno, por Escritura número 551, otorgada en la Notaría de Purificación el 12 de diciembre de 1907.

5. "Dichos lotes 18 y 21, situados en la margen derecha del río Magdalena, adyacentes uno a otro formando un solo cuerpo, fueron acrecidos por el lento retiro de las aguas del río Magdalena hacia el Occidente, y posteriormente fueron seccionados de sur a norte, a causa de un rompimiento que se produjo sobre dicho terreno en una de las grandes avenidas o crecientes del río Magdalena ocurridas en el año de 1949, en la cual éste cambió de cauce, quedando ya en la margen occidental del nuevo cauce, en la fracción de Aparco, sin haber sido batida, la zona de terreno que mi mandante ha venido distinguiendo con el nombre de vega o isla de 'Terranova', determinada por los siguientes linderos": ...

6. "A partir de la época de dicho rompimiento, por el que se formó la vega o isla de 'Terranova', el cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena ha venido cegándose paulatinamente, hasta el punto de hallarse casi abandonado por las aguas, haciéndose necesaria su partición conforme a la regla contenida en el artículo 724 del Código Civil".

7. "Además, mi mandante es poseedor material e inscrito de un lote de terreno de vega denominado 'Paso Real o Proindiviso', ubicado en la margen izquierda u occidental del río Magdalena, en la fracción de Aparco, jurisdicción municipal de Natagaima, cultivado de pastos artificiales de los llamados 'india' y 'pará', determinado en la actualidad" por los linderos que en este mismo hecho se indican.

8. La posesión de Lozano Díaz sobre el fundo "Paso Real o Proindiviso" ha consistido en actos propios de dueño y en su explotación económica, mediante cultivos de plátano y caña de azúcar, en la siembra de pastos artificiales, en su ocupación con ganados de engorde y en cerramientos, todo lo cual ha durado más de diez años hacia atrás a partir del 20 de mayo de 1956; además, el señor Lozano une a su posesión la de sus antecesores.

9. "El dicho lote de 'Paso Real o Proindiviso', poseído por mi mandante en forma pacífica, pública e ininterrumpida, conforme al título de adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión doble e intestada de Leandro Lozano y María de la Cruz Díaz de Lozano, según la respectiva hijuela, estuvo comprendido en un principio dentro de los linderos relacionados en la Escritura número 175, de 26 de noviembre de 1934, Notaría de Natagaima, otorgada por Abraham Zambrano al causante de mi representado. Dicho lote fue reducido durante el transcurso de los años por la acción de las aguas del río Magdalena, a lo comprendido dentro de las colindancias enunciadas en el hecho 7º de este libelo".

10. La isla o vega de "Terranova", de propiedad de Lozano Díaz, es parte integrante de los lotes números 18 y 21, antes mencionados, y se halla además comprendida "dentro de las líneas de demarcación del predio llamado 'Paso Real o Proindiviso', también de mi mandante, y de los predios aledaños hacia el Oriente, al prolongar dichas líneas en la dirección de sus cercos divisorios hasta el cauce actual del río Magdalena".

11. "El cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena se halla casi abandonado y separa la isla de 'Terranova' de los predios de 'Paso Real o Proindiviso' y 'San Juanito' en mínima parte al parecer, y en dicho cauce se han formado algunas porciones de terreno isleño, de las cuales dos pequeñas mogotas han sido ocupadas, sin ningún derecho, por cuenta de la señora Belén Rodríguez de Peralta".

La actora contestó la demanda de mutua petición, oponiéndose a las pretensiones del demandado y negando los hechos expuestos en ella.

El primer grado del juicio culminó con la sentencia de 25 de marzo de 1961, en la cual se declaró que la demandante Belén Rodríguez es dueña del fundo llamado "San Juanito"; que no es el caso de hacer ninguna de las otras declaraciones suplicadas en la demanda principal; que el demandado José Vicente Lozano Díaz es propietario exclusivo de la vega o isla de "Terranova", por ser ella parte integrante de los lotes números 18 y 21, señalados en la demanda de reconvención, y por hallarse dentro de las líneas divisorias del fundo llamado "Paso Real o Proindiviso", prolongadas hasta el cauce actual de las aguas mayores del río Magdalena, y que el mismo Lozano Díaz es también dueño de este último predio. En tal fallo se decreta además "la partición del cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena en la zona que ha quedado descubierta y en que limiten los predios denominados 'Terranova' y 'San Juanito', con aplicación de la regla trazada por el artículo

724 del Código Civil. Esta partición se verificará una vez en firme este fallo".

La sentencia acusada

Por apelación de la parte demandante se surtió el segundo grado, al cual puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con la sentencia de dos de septiembre de 1963, por la cual se confirmó la decisión apelada en cuanto declaró que la señora Belén Rodríguez es dueña del predio de "San Juanito" y se la revocó en todo lo demás para resolver en su lugar lo siguiente:

"1º Accede al predio 'San Juanito', de propiedad de Belén Rodríguez viuda de Peralta, el terreno aluvión situado al sur de la línea de prolongación marcada por los peritos Mario Mendigaña y Ricardo Gamboa en el plano confeccionado por ellos que obra al folio 13 del cuaderno número 4, línea denominada en ese plano 'línea pedida en la aclaración del dictamen por el doctor Luis F. García'.

"2º Accede al predio integrado por los lotes 18 y 21, alinderado en el hecho primero de la demanda de reconvención, el terreno aluvión comprendido dentro de sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta el cauce principal de las aguas del río Magdalena.

"Si las antedichas líneas de demarcación de uno y otro predio se cortaren antes de llegar al agua o cauce principal del río Magdalena, el triángulo formado por ellas y el borde del agua accederá a las dos heredades de conformidad con lo prescrito en el artículo 721 del Código Civil. A petición de parte, procédase a la entrega material de las respectivas zonas".

La motivación de la sentencia acusada expone los términos y el desarrollo del litigio y se refiere a la demanda principal para expresar que, en relación con el fundo de "San Juanito", se ejercita una acción simplemente declarativa, al paso que, respecto del lote o zona isleña llamada "La Culebra" o "Moncaleano", se propuso por la demandante una acción reivindicatoria. Alude también a la contrademanda para destacar sus pedimentos principales y dice en seguida que, "de todo el haz probatorio y de las súplicas de la demanda y de la contrademanda, se concluye que en el presente caso podrían ser aplicables, en cuanto a la accesión del suelo, la parte primera de la regla 2ª del artículo 726 del Código Civil y las disposiciones sobre aluvión propiamente dicho de que tratan los artículos 719 a 721 de la misma obra". Transcribe la regla citada y una doctrina de la Corte y agrega que cuando se presenta el fenómeno de formación de una isla, lo que procede es la acción de dominio respecto del terreno que la constituye.

Acerca de la porción isleña que la demandante señala por linderos y reclama con el nombre de "La Culebra" o "Moncaleano", dice el fallo que no fue posible identificar tal porción y que en consecuencia no procede la declaración de que la señora Rodríguez de Peralta es dueña de ese lote, desde luego que uno de los requisitos de la acción de dominio consiste en la identificación del bien que constituye el objeto de la demanda.

Anota la sentencia que tampoco fue identificada la porción insular de terreno que el demandado llama vega o isla de "Terranova" y que no puede por tanto prosperar la primera súplica de la demanda de reconvención sobre que el mismo demandado José Vicente Lozano es dueño de dicha isla.

El fallo hace referencia a la súplica subsidiaria de la demanda principal sobre que la actora Rodríguez de Peralta es propietaria, por accesión, del lote o zona isleña denominada "La Culebra" o "Moncaleano" que se especifica en los hechos sexto y octavo de dicha demanda; recuerda lo expuesto acerca de tal porción por los peritos que intervinieron en las inspecciones oculares de primera y de segunda instancia y dice que de estas pruebas "se deduce que la zona descubierta entre los caños y el cauce principal, es un aluvión".

Reconoce la sentencia que el demandado Lozano Díaz ha comprobado ser dueño de los lotes números 18 y 21 de que habla la contrademanda, y respecto del fundo llamado "Paso Real o Proindiviso" observa que, según el título de adquisición, a Lozano Díaz sólo se le adjudicó en ese predio un derecho o cuota parte por valor de $ 18.75 sobre un avalúo total de $ 150.00, de manera que aquél no tiene allí sino un derecho proindiviso. En seguida añade: "No apareciendo Lozano Díaz como dueño sino de un pequeño derecho proindiviso y no habiendo pedido para la comunidad, sino para él, no es posible declarar a Lozano Díaz dueño de tal lote; de consiguiente tampoco procede la declaración de que la isla o vega 'Terranova' se halla comprendida dentro de las líneas de demarcación del citado predio 'Paso Real' o 'Proindiviso' prolongadas hasta el cauce principal del río Magdalena, como se pide en la súplica tercera de la contrademanda".

Observa también el fallo que, como entre el predio de "San Juanito" y el formado por los referidos lotes números 18 y 21, se interpone la porción llamada "Paso Real" o "Proindiviso", y que, como sobre este último fundo no puede haber decisión alguna, por lo dicho antes, surge el problema de fijar sobre el terreno y de prolongar hasta el agua las líneas de demarcación de los dos predios mencionados. En relación con este mismo problema dice luego: "Afortunadamente para el caso presente los peritos, doctores Mario Mendigaña y Ricardo Gamboa, sobre el plano que obra al folio 13 del cuaderno número 4, determinaron sobre el terreno las líneas de demarcación del predio 'San Juanito' y puntualizaron la línea de demarcación del predio de José Vicente Lozano (lotes 18 y 21); y no solamente esto sino que determinaron sobre el terreno, a petición del doctor García (folio 24, fuente del cuaderno número 4), 'una línea paralela a la que se trazó en la parte sur de 'San Juanito', en colindancia con el señor Guarnizo, que, partiendo de dicho predio ('San Juanito') y el punto donde termina el predio denominado 'Proindiviso' vaya a morir dicha paralela sobre las aguas mayores del río Magdalena".

De las consideraciones anteriores deduce la sentencia estos resúmenes:

"1º Que procede, como se hizo en el fallo apelado, la declaración pedida en la demanda de que la señora Belén Rodríguez de Peralta es dueña del predio 'San Juanito';

"2º No es procedente la declaración pedida en la demanda de que la misma señora es dueña del lote número 11, denominado por la parte demandante 'La Culebra' o 'Moncaleano', y por tanto no es procedente condenar a José Vicente Lozano a la restitución de esa isla, ni tampoco al pago de los frutos;

"3º No es procedente la declaración de dominio en favor de José Vicente Lozano respecto de la vega o isla denominada 'Terranova';

"4º Tampoco es procedente la declaración de que Lozano Díaz es dueño del lote 'Paso Real' o 'Proindiviso', ni, en consecuencia, que el aluvión que a él enfrenta accede a ese predio".

El fallo expresa por último que no prospera la excepción de prescripción por no haber sido identificada la porción de terreno llamada por la demandante isla de "La Culebra" o "Moncaleano" y por el demandado vega o isla de "Terranova".

El recurso de casación

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en las causales primera y segunda formula contra el fallo del Tribunal seis cargos, de los cuales la Corte se limita a estudiar el de incongruencia por hallarlo fundado.

El cargo consiste en no estar el fallo en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, y para sustentarlo expone el recurso varios argumentos que pueden compendiarse así: en la primera súplica de su demanda impetró la actora Belén Rodríguez la declaración de que es propietaria tanto del fundo llamado "San Juanito" como de la porción de terreno isleño que se especifica en los hechos sexto y octavo del mismo libelo. En la segunda súplica subsidiaria se pide también por la demandante que se la declare dueña, por accesión, de la misma zona o lote insular singularizado en los citados hechos sexto y octavo. Lo cual quiere decir que estos dos pedimentos se refieren exactamente a un mismo objeto. La sentencia denegó la petición primera y acogió la súplica subsidiaria, pero no respecto de la porción isleña que se determina en los referidos hechos sexto y octavo de la demanda, sino en relación con un bien distinto, o sea con un lote de mayor extensión que hace parte de la isla de "Terranova". "En tal virtud —dice el recurso— la sentencia impugnada resolvió sobre algo no pedido en la demanda, perjudicando ilegalmente al demandado, puesto que declaró la propiedad por accesión de una zona que en ninguna forma corresponde a la especificada, por su ubicación y linderos, en el hecho 6º de la demanda, al que se remite la petición subsidiaria B), citando también el hecho 8º".

Continúa el recurso expresando que la sentencia, al declarar que Belén Rodríguez es dueña, por accesión, de una zona de terreno que hace parte de la isla nombrada, no tuvo en cuenta los linderos señalados en los hechos sexto y octavo de la demanda y que de ese modo "el Tribunal dictó sentencia que no está en consonancia con lo pedido, cuya ejecución vulneraría derechos ajenos, los de mi poderdante. Resolvió la sentencia sobre lo que no le fue pedido específicamente, pues aludiendo al punto cardinal Sur, pretermitió los demás que se requieren para determinar geográfica o espacialmente una cosa corpórea".

Consideraciones de la Corte:

La demandante Belén Rodríguez solicitó que se la declarara dueña exclusiva tanto de un predio llamado "San Juanito" como del "lote o

zona isleña adyacente, distinguida con el número 11, denominada 'La Culebra' y 'Moncaleano' y especificada por su ubicación, cabida, linderos y colindancias en los hechos 6º y 8º de este libelo", y que se condenase al demandado a restituirle este lote o zona isleña y a pagarle los frutos naturales y civiles.

La propia señora Rodríguez pidió en forma subsidiaria que se la declarase dueña del mismo fundo de "San Juanito" y también que "es igualmente dueña exclusiva, por accesión aluvional (sic) al mismo predio, del lote o zona isleña denominada 'La Culebra' y 'Moncaleano', especificada por su ubicación y linderos en los hechos 6º y 8º de esta misma demanda".

La actora expresa en su libelo que ella adquirió el predio "San Juanito" y la zona isleña adyacente denominada "La Culebra" por compra que en 1951 hizo a Leonidas y Elisa Ramírez Chaves, quienes hubieron a su turno estos inmuebles por adjudicación que, a principios del mismo año de 1951, les fue hecha en la mortuoria de su padre Leonidas Ramírez Molano. En el hecho tercero de la demanda se dice que la porción llamada "La Culebra" tiene una extensión aproximada de dos hectáreas. En el hecho sexto se manifiesta que el causante Ramírez Molano hubo este lote de "La Culebra" por compra hecha a Rafael Lozano Díaz, como consta en la Escritura número 216, otorgada en la Notaría de Natagaima el 25 de agosto de 1947. En el mismo hecho se indican los linderos de tal lote. En el hecho séptimo se expresa que el tradente Lozano Díaz adquirió esta porción de terreno de "La Culebra" bajo la especificación de Lote número 11 y "con una cabida de dos hectáreas, 5.844 metros cuadrados, por adjudicación que se le hizo en el juicio divisorio de los lotes denominados San Andrés, Moncaleano, La Culebra y Los Muertos y Calapena, según consta en la Escritura número 215 del 25 de agosto de 1947, otorgada en la Notaría de Natagaima". Y en el hecho octavo se expone que, cuando se realizó la adjudicación anterior a Rafael Lozano Díaz en agosto de 1947, "la mayor parte del lote de 'La Culebra' y 'Moncaleano' se hallaba invadida por las aguas del río Magdalena y casi alcanzó a desaparecer cuando lo adquirieron los vendedores de mi mandante"; pero que más tarde las aguas mayores del río mentado se fueron retirando hacia el oriente hasta dejar descubierta y regularmente formada, frente al predio de "San Juanito", la isla de "La Culebra" y "Moncaleano", con una extensión aproximada de doce hectáreas y alindada como allí mismo se indica.

El demandado afirma que, según los títulos allegados por la actora, las dos hectáreas de terreno que formaban la porción de "La Culebra", fueron batidas e inundadas por las aguas del Magdalena mucho antes de ser adquiridas por Leonidas y Elisa Ramírez Chaves y que ese lote no existía en realidad cuando en agosto de 1947 lo adquirió el causante de éstos, señor Leonidas Ramírez Molano, de suerte que la adjudicación hecha a los nombrados Ramírez Chaves fue simplemente imaginaria por haber ya desaparecido dicha isla.

No aparece establecido con la claridad que fuera de desearse si la porción de terreno distinguida con el nombre de "La Culebra" era o no una isla, esto es, una porción de terreno rodeada por aguas del río Magdalena, o si era un lote unido a la ribera izquierda del mismo río. Lo que sí aparece demostrado sin duda alguna es que la misma porción estaba constituida por un terreno de dos hectáreas con 5.844 metros cuadrados de extensión. Así lo expresan los títulos aducidos por la demandante y así lo admite y manifiesta la propia actora en su demanda.

En la sentencia impugnada se declara que "accede al predio 'San Juanito', de propiedad de Belén Rodríguez viuda de Peralta, el terreno aluvión situado al sur de la línea de prolongación marcada por los peritos Mario Mendigaña y Ricardo Gamboa en el plano confeccionado por ellos que obra al folio 13 del cuaderno número 4, línea denominada en ese plano 'línea pedida en la aclaración del dictamen por el doctor Luis F. García". Esta declaración remite, como se ve, al dictamen de los expertos nombrados y al plano levantado por ellos. Consultados el dictamen y el plano en referencia, se observa que el haza de terreno que, según el fallo, accede al fundo de "San Juanito" y pertenece en consecuencia a la demandante Rodríguez de Peralta, está constituida por un lote de diez hectáreas de extensión que forma parte de la isla que el demandado llama vega o isla de "Terranova".

La demandante promovió la reivindicación de un lote de terreno de dos hectáreas y media de extensión, más o menos, lote que lleva el nombre de "La Culebra" y que no pudo ser identificado, y la sentencia la reconoce y declara dueña, por accesión a su predio de "San Juanito", de una porción de terreno insular que, según el sobredicho dictamen pericial, tiene una superficie de diez hectáreas de extensión y que hace parte de una isla llamada "Terranova". Lo cual pone de bulto que el fallo le reconoce a la actora cosa distinta de la que ella demandó en

reivindicación y que por tanto dicha sentencia incurrió en el vicio procesal de incongruencia al hacer una declaración *extra petita*, como sin duda lo es la que se deja reproducida.

De acuerdo con lo expuesto, aparece en realidad comprobado el cargo de inconsonancia que el recurso formuló contra el fallo impugnado y en consecuencia éste debe ser infirmado para sustituirlo por la correspondiente decisión de mérito.

Sentencia de instancia

I. El artículo 713 del Código Civil define la accesión diciendo que "es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella". *De los términos de este precepto se infiere que la accesión es de dos clases, a saber: accesión de frutos y accesión propiamente dicha.*

La accesión propiamente dicha se subdivide en tres grupos, o sea de inmueble a inmueble o accesión natural, de mueble a inmueble o accesión artificial o industrial y de mueble a mueble o accesión mixta.

La accesión natural o de inmueble a inmueble se puede producir de cuatro maneras diferentes:

a) Por aluvión.

b) Por avulsión.

c) Por mutación del álveo o cauce de un río.

d) Por la formación de isla nueva. El artículo 719 del Código Civil entiende por aluvión "el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas". Esta norma, que es también aplicable a la ribera del mar, señala varios requisitos necesarios para que se produzca el aluvión, así:

1. Que se aumente la ribera del mar, de un río o de un lago por el retiro de las aguas.

2. Que ese retiro sea lento e imperceptible y no violento.

3. Que el mismo retiro de las aguas sea natural y definitivo y no artificial ni transitorio (XLIII-1911, 822). Cumplidos estos hechos, el aumento que recibe la ribera pertenece, por accesión aluvial, al propietario de la misma.

El modo de accesión natural que consiste en la formación de nueva isla está regulado por el artículo 726 del Código Civil. La ley hace a este propósito una distinción entre las islas que corresponden al dominio privado del Estado y las de propiedad particular. Las primeras son aquellas islas que aparecen o se forman en el mar territorial o en ríos y lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas de desplazamiento. Estas islas pertenecen a la reserva territorial del Estado y no son susceptibles de ser adquiridas por los particulares mediante el modo de la accesión (C. F., 45 y 107).

Respecto de las islas de propiedad particular el citado artículo 726 consagra seis reglas, de las cuales vale recordar aquí las establecidas por los ordinales segundo, tercero y cuarto. El ordinal segundo contempla el caso del río que, rompiendo una de sus riberas, se bifurca en dos brazos que vuelven después a juntarse y que dejan entre sí una porción de terreno isleño. Este fenómeno no altera el dominio sobre los terrenos que forman la isla, los cuales continúan perteneciendo al dueño de la ribera que ha sufrido la ruptura.

El ordinal tercero regula el caso de la isla que se forma en el lecho de un río. El precepto hace en este caso otra distinción, según que la isla nueva estuviere o no más cercana de una de las riberas que de la otra. Si toda la isla está más próxima a una de las dos riberas, accederá a los fundos fronteros de la ribera más cercana, correspondiendo a cada una de estas heredades la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella. Si, por el contrario, toda la isla no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra, accederá a los fundos fronteros de ambas riberas, correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella. La Corte ya ha tenido la oportunidad de referirse a este caso de accesión y de exponer el modo de dividir la nueva isla entre los predios riberanos a que ella accede, de suerte que aquí huelga repetir tal estudio (sentencia de agosto 31 de 1954 —LXXVIII— 2145, 418).

El ordinal cuarto del mismo artículo 726 prescribe que, "para la distribución de una nueva isla, se prescindirá enteramente de la isla o islas que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades riberanas, como si ella sola existiese". Es decir, que, si preexistiendo ya una isla, se forma otra entre ésta y una de las riberas, se producirá siempre la accesión de la isla nueva a los fundos riberanos y no respecto de la isla primitiva.

II. La actora Belén Rodríguez solicita en primer lugar en su demanda que se la declare

dueña de un predio rústico llamado "San Juanito", determinado por su ubicación y linderos en el hecho primero del mismo libelo. El juez del conocimiento acogió esta súplica simplemente declarativa, por aparecer establecido en realidad que la demandante es titular del dominio sobre el inmueble nombrado. Siendo esto así, como de veras lo es, no hay inconveniente alguno en confirmar la sentencia de primer grado en cuanto admite y hace esta declaración relacionada con el fundo mencionado.

III. También pide la señora Rodríguez que de igual manera se la declare propietaria de un lote o zona isleña denominada "La Culebra" y "Moncaleano", bien por tener un título de dominio sobre este inmueble, o, en subsidio, por accesión del mismo lote al referido fundo de "San Juanito". Como consecuencia de esta declaración solicita la actora que se condene al demandado Lozano Díaz a restituirle esta porción insulana de terreno.

Esta pretensión de la demandante no puede ser acogida, por el sencillo motivo de que no aparece identificada la dicha zona de terreno llamada "La Culebra" y "Moncaleano". En ninguna de las dos inspecciones oculares que se practicaron en primera y en segunda instancia, se pudo determinar la ubicación de tal zona con su área aproximada de dos hectáreas, ni se indicaron sus linderos sobre el terreno. Ni los funcionarios ni los peritos que intervinieron en esas inspecciones pudieron ver, examinar e identificar esa porción de terreno, de modo que aquí falta uno de los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, cual es la identificación de la cosa objeto de tal acción.

De las manifestaciones de las partes y de las pruebas allegadas por los propios litigantes, se deduce la conclusión de que los terrenos que constituían el lote denominado "La Culebra", fueron inundados y batidos por las aguas del río Magdalena en un tiempo que no ha sido determinado con precisión. Los declarantes Marco Antonio García, Vicente Raga Lombana, Isaías Guarnizo, Abraham Zambrano y Gratiniano Devia afirman haber conocido esta zona isleña de una extensión aproximada de dos hectáreas y señalan el año de 1947 como fecha de su inundación. Añaden que más tarde las aguas del río se fueron retirando hacia el oriente y que se formó una nueva isla de mayor extensión. Sea como fuere, lo cierto es que la parte demandante no comprobó la identidad de la antigua isla de "La Culebra", es decir, que no demostró que tal isla es la misma porción insular de terreno que el demandado distingue con el nombre de vega o isla de "Terranova", la cual tiene una extensión de doce hectáreas, según la prueba pericial que obra en autos. Por esta razón no pueden ser acogidas las súplicas principal y subsidiaria que se refieren a la sobredicha isla de "La Culebra", o sea que no es posible decretar la reivindicación de tal isla con aplicación del artículo 723 del Código Civil.

IV. El demandado José Vicente Lozano Díaz formula en su demanda de mutua petición la súplica de que se le declare dueño de un fundo llamado "Paso Real" o "Proindiviso", ubicado en la margen izquierda u occidental del río Magdalena, en la fracción de Aparco, jurisdicción Municipal de Natagaima, y alindado como se indica en el hecho séptimo del mismo libelo. Dice el señor Lozano que adquirió este inmueble por adjudicación que se le hizo en la sucesión doble de sus padres Leandro Lozano y María de la Cruz Díaz y también por haber ejecutado en él toda clase de actos posesorios durante un lapso mayor de diez años, contados hacia atrás desde el 20 de mayo de 1956, uniendo además a su posesión la de sus antecesores.

Obra en este proceso copia de la Escritura número 211, corrida ante el Notario de Natagaima el 13 de noviembre de 1942, por la cual se protocolizó el juicio sucesorio del difunto Leandro Lozano. Con este instrumento se trajo copia de la hijuela expedida en el juicio dicho a favor del nombrado José Vicente Lozano Díaz. En tal hijuela se lee que a éste le fue adjudicado, entre otros bienes, un derecho o cuota parte por valor de $ 18.75, sobre un avalúo total de $ 150.00, en un predio de cuarenta fanegadas de tierra, ubicado en el sitio llamado "Paso Real", fracción de Aparco, jurisdicción de Natagaima. También figura en autos la Escritura número 175, extendida en la misma Notaría de Natagaima el 26 de noviembre de 1934, por la cual el citado Leandro Lozano le compró a Abraham Zambrano la mitad de los derechos que correspondían a Martina Cifuentes en las sucesiones de su marido Ricardo Moncaleano y de su hija Guadalupe Moncaleano Cifuentes, vinculados esos derechos en el fundo de cuarenta fanegadas de tierra que se ha mencionado. El demandado Lozano Díaz respalda en estos títulos la pretensión de que se lo declare dueño del inmueble denominado "Paso Real" o "Proindiviso", y bien a las claras se ve que, según los mismos títulos, él no es sino un comunero en ese predio, de modo que no puede pretender que se le reconozca y tenga como propietario exclusivo del fundo en referencia. Por

este motivo no puede prosperar la súplica mencionada.

V. En el primer pedimento de su demanda de reconvención solicita el mismo Lozano Díaz que se le declare "dueño exclusivo y absoluto de la vega o isla denominada 'Terranova', determinada por su situación y linderos en el hecho quinto (5º) de esta demanda, como parte integrante que es del predio formado por los lotes números dieciocho y veintiuno (18 y 21), especificados en el hecho primero (1º) de este libelo, también de propiedad de José Vicente Lozano Díaz, la cual se formó a causa de un rompimiento de dichos lotes, o dicho predio, por el río Magdalena".

En la súplica tercera depreca también el señor Lozano la declaración de "que la isla o vega de Terranova, determinada por su situación y linderos en el hecho quinto (5º) de esta demanda, y el cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena en su mayor parte, se hallan comprendidos dentro de las líneas de demarcación del predio llamado 'Paso Real' o 'Proindiviso', determinado por su situación y linderos en el hecho séptimo (7º) de este libelo y de los predios aledaños a éste hacia el oriente, al prolongar dichas líneas en la dirección de sus cercas divisorias hasta el cauce actual del río Magdalena".

Como se observa, en la primera de estas dos súplicas se impetra la declaración de que Lozano Díaz es dueño de la isla de "Terranova" por haberse formado ella a causa de un rompimiento por las aguas del fundo formado por los lotes números 18 y 21, de propiedad del mismo Lozano, y por hacer en consecuencia parte integrante de tal predio. En la segunda de las súplicas anotadas se pide la declaración de que la citada isla de "Terranova" se halla comprendida dentro de las líneas de demarcación de la finca llamada "Paso Real" o "Proindiviso", prolongadas en dirección de sus cercas divisorias hasta el actual cauce mayor del río Magdalena, accediendo por tanto esa isla al inmueble dicho y perteneciendo al señor Lozano como dueño del mismo fundo. Los dos pedimentos formulan, pues, sendas declaraciones idénticas, pero por causas diferentes.

Acerca de la primera de estas dos pretensiones, vale apuntar que no hay prueba de que la isla de "Terranova" sea una parte segregada por las aguas del fundo compuesto por los lotes números 18 y 21, de que habla la contrademanda. Los peritos conceptúan, por el contrario, que esta isla se formó por aluvión, o mejor, por la acumulación de sedimentos de arcilla y de cieno, y no por deprendimiento de porciones pertenecientes a los lotes mencionados, y que estos lotes conservan aún sus respectivas cabidas. Esta pretensión del contrademandante Lozano no aparece, pues, justificada.

En relación con la súplica de que la citada isla de "Terranova" pertenece al señor Lozano por hallarse comprendida dentro de las líneas de demarcación del fundo "Paso Real" o "Proindiviso", prolongadas en dirección de sus cercas divisorias hasta el cauce mayor de las aguas del río Magdalena, es de anotar que, según los dictámenes periciales que obran en autos, una parte de la isla y no toda ella se encuentra en realidad dentro de las líneas de demarcación a que alude la contrademanda; pero sucede que esa parte de isla no figura determinada en este juicio por no haber sido precisamente prolongadas las líneas en mención. Además, ya está visto que Lozano no aparece como dueño exclusivo del inmueble llamado "Paso Real" o "Proindiviso". En estas circunstancias, no es posible hacer el pronunciamiento que se pide en la tercera de las súplicas de la contrademanda.

VI. La cuarta de las pretensiones formuladas en la misma demanda de reconvención, consiste en que se decrete "la partición del cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena, en la zona que ha quedado descubierta y en que limiten los predios de 'Terranova' y 'San Juanito' ".

El llamado predio de "Terranova" es la misma isla que lleva este nombre, y tal isla se halla separada del fundo de "San Juanito" por un brazo del río Magdalena. Aquí no hay prueba alguna de que entre la isla dicha y el predio aludido haya quedado descubierta por las aguas ninguna zona de terreno, como tampoco de que el brazo mencionado hubiera sido el cauce anterior de las aguas mayores del río Magdalena. Por el contrario, está demostrado que entre los dos referidos inmuebles corre una parte de las aguas de este río. Por tanto, la citada cuarta pretensión tampoco puede ser acogida.

VII. De las consideraciones que vienen expuestas fluye la conclusión de que en este litigio no prospera sino la pretensión relativa a la declaración de dominio sobre el fundo de "San Juanito" a favor de la demandante Belén Rodríguez de Peralta. Las demás súplicas, así de la demanda principal como de la contrademanda, deben ser denegadas por las razones que se han

consignado. Conviene, sin embargo, hacer dos observaciones finales.

La primera de éstas es que, según los datos que arroja el proceso, la porción insular de terreno denominado "Terranova", es una isla nueva formada en el cauce del río Magdalena y sujeta como tal a ser partida entre los predios riberanos a que accede, de acuerdo con lo prescrito por el ordinal tercero del artículo 726 del Código Civil. En este negocio no se pidió esa división y no puede por tanto ser ella decretada.

La segunda observación consiste en que, al denegarse los pedimentos de la demanda de reconvención, no podría entenderse que este fallo desmejora la situación jurídica de la parte recurrente y que incurre en consecuencia en una *reformatio in peius*. En efecto, la sentencia impugnada dispone que "accede al predio integrado por los lotes 18 y 21, alinderado (sic) en el hecho primero de la demanda de reconvención, el terreno aluvión comprendido dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el cauce principal de las aguas del río Magdalena". Acontece que los expresados lotes 18 y 21 lindan precisamente por su costado occidental con el cauce principal del río nombrado, es decir, que son riberanos de esta vía fluvial. En consecuencia, las líneas de demarcación de tales lotes llegan hasta las aguas del cauce dicho y no requieren ser prolongadas para alcanzarlo. En estas circunstancias, la transcrita declaración de la sentencia acusada no otorga derecho ni beneficio alguno al demandado Lozano Díaz, de modo que al ser denegada ahora la respectiva súplica de la contrademanda no se causa ningún desmedro en la situación jurídica del mismo demandado.

(Esta sentencia fue acordada por la Sala en su sesión del 25 de abril próximo pasado, como consta en el Acta número 8).

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de dos de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio de reivindicación propuesto por Belén Rodríguez de Peralta contra José Vicente Lozano Díaz, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. Se confirma la sentencia de primer grado, de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y uno, pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Purificación, en cuanto declara que Belén Rodríguez de Peralta es dueña del predio llamado "San Juanito", ubicado en la fracción de Aparco, jurisdicción de Natagaima, y alindado como se expresa en el hecho primero de la demanda principal que dio origen a esta litis.

Segundo. Se revoca en todo lo demás el mismo fallo de primera instancia y en su lugar se deniegan las otras declaraciones suplicadas tanto en la demanda principal como en la de reconvención por las partes litigantes.

Tercero. Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso de casación.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Guillermo Ospina Fernández, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FUERZA VICIO DE LA VOLUNTAD (VIOLENCIA GENERALIZADA)

El negocio jurídico. — Su invalidez por vicios de la voluntad. — Rescisión y reajuste por lesión enorme. — Semejanzas y diferencias entre la fuerza y la lesión. — Evolución de la jurisprudencia y la ley respecto de la fuerza. — El negocio en estado de necesidad o de peligro. — La violencia generalizada. — Análisis de los supuestos y alcances de la Ley 201 de 1959. — Valoración de la prueba de la fuerza. — Condiciones del cargo por error de hecho. — Casación. — Su técnica exige al recurrente señalar los preceptos tutelares que se hallaron, según él.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 4 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

(Aprobado Acta número 10 de 2 de mayo de 1968).

1. Afirmando que Obdulio Rodríguez, fallecido en 1960, hubo de vender al finalizar el año de 1952 a Julio Alberto Medina, en condiciones económicas desventajosas, las mejoras que tenía en un fundo baldío situado en jurisdicción de Campohermoso (Boyacá), al verse seriamente amenazado por la violencia imperante entonces en la región, bien que el comprador, luego de obtener para 1954 la adjudicación de la tierra por parte del Estado, vendió a comienzos de 1959 a Manuel Antonio, Víctor Manuel y José Abelardo Quintero; María Petra Perilla de Rodríguez, como cónyuge del nombrado Obdulio Rodríguez, y Augusto, César Julio y Obdulio Rodríguez Perilla, como herederos del mismo, demandaron ante el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa a los sucesivos adquirentes, para que frente a todos ellos se pronuncie la nulidad de la primera enajenación con base en la Ley 201 de 1959 y la ineficacia del segundo acto, en cuanto fundado en aquella, con las consiguientes orden de cancelación de los registros de las respectivas escrituras y condena a los actuales poseedores a restituir las dichas mejoras y los frutos por ellas producidos y percibidos luego de trabada la litis.

2. Habiendo sido absueltos los demandados en primera instancia, el Tribunal Superior de Tunja, al conocer de la apelación de los actores, confirmó aquella decisión, en fallo de septiembre 26 de 1962, donde, tras del análisis del vicio del consentimiento invocado, de su consagración singular en la citada ley y de la naturaleza y alcances de esta, examina el problema planteado en el proceso y, haciendo énfasis en que la consideración de los pormenores del supuesto normativo queda confiada expresamente a la prudente apreciación del juzgador, concluye con el aserto de que aquí no se acreditó que la violencia generalizada hubiera determinado el ánimo del vendedor, como tampoco su desventaja en aquel trato y, por ende, el aprovechamiento indebido de parte del adquirente, toda vez que el conjunto probatorio aportado por los contendores lleva a la creencia firme de que Rodríguez dispuso de su inmueble movido por circunstancias personales, libre de presión extraña y de toda sensación de inseguridad, pues era persona apreciada y respetada en el lugar, que decidió trasladar su residencia y sus negocios a municipio donde pudiera llevar una vida más apropiada a su condición intelectual y económica.

3. Los demandantes interpusieron casación contra la sentencia de segundo grado y sustentan su recurso con sólo un cargo por la causal primera: "Indebida aplicación de los artículos 1508 y 1513 del Código Civil y de la Ley 201 de 1959, como consecuencia de errores de hecho manifiestos, por haber apreciado erróneamente o dejado de apreciar unas pruebas"; confesión del demandado Medina en posiciones, varios tes-

timonios, declaración de Rodríguez en proceso penal, cartas de éste dirigidas a aquél, relativas al negocio en cuestión, fechadas en enero de 1955 y febrero de 1956, y certificación del Alcalde de Garagoa sobre el ejercicio por Rodríguez del cargo de Juez de ese Circuito, ininterrumpidamente, entre julio de 1951 y junio de 1959.

Sostiene la acusación que el demandado Medina confesó estar actuando en la Policía, como Comandante en Boyacá, para cuando compró las mejoras, hecho aquel que debió relacionarse con los atropellos que ese cuerpo perpetró en la región por el mismo tiempo, establecido con el dicho de varios testigos, y con la acusación que se le hizo de "uso indebido de bienes del estado", de que conoció la justicia penal militar.

Agrega, con transcripción de nueve declaraciones testimoniales, que en ellas se encuentra la prueba de violencia organizada, puesta de presente en crímenes protagonizados por quienes precisamente estaban encargados de guardar el orden, y comenta otras tres, para indicar que en unas hay rastros de las amenazas de la fuerza pública y que la última ostenta de parcialidad favorable al reo, impeditiva de su admisión; todo ello dentro del argumento de que el vendedor fue decidido por el clima de anormalidad y no por gustos y apetencias personales, cual lo sostiene el fallo.

Cuanto a la declaración de Rodríguez, rendida en 1954, dentro del proceso que por el mencionado delito se seguía con sindicación a cargo de Medina, donde sostiene él que la compraventa en juego fue espontánea y correcta y relata sus pormenores, aclara el censor que la versión que entonces diera el interesado tenía como propósito principal la de ayudar a salir con bien al comprador de la dificultad en que se hallaba.

Deja de lado, sin precisar por qué del cargo, el estudio de las misivas y el certificado, que inicialmente enunció dentro de las pruebas ignoradas o erróneamente apreciadas, y concluye alegando que la violencia contemplada en la Ley 201 de 1959, como motivo de nulidad, no requiere los factores tradicionales del artículo 1513 del Código Civil, para deducir de allí y de su propia valoración de las pruebas, enfrentada a la del sentenciador, la violación de tales preceptos, a causa del afirmado error de hecho.

4. *Considera la Corte:*

I. *Concebido el negocio jurídico como acto de autonomía privada jurídicamente relevante: acto de autorregulación de los propios intereses, que el ordenamiento recibe y dota de los efectos propios de la figura típica utilizada, en consonancia con los propósitos prácticos ciertos de las partes, subordinados a la validez de la operación, que a su turno estriba en la conformidad de la conducta con las exigencias legales atinentes a la formalidad, regularidad y corrección del negocio obsérvase cómo en el pie de que de ordinario el comportamiento dispositivo está impulsado por una intención y decidido por una voluntad, la ley se esmera en proteger a los interesados, autorizándolos para impetrar la nulidad de los actos que realicen sin la consciencia o libertad requeridas para la validez de tales operaciones.*

Surge así la figura de los vicios del consentimiento, o mejor, de la voluntad, para abarcar también el negocio unilateral, cuando se ampara similarmente al sujeto que lo emprende, donde, previa una tipificación estricta de las categorías reconocidas y de los supuestos indispensables para su operancia, se deja al sujeto afectado por su falsa noticia de la realidad, el engaño fraguado o cohonestado al menos, por la otra parte, o por un estado de intimidación, la personería para pretender la invalidez del acto, en ese sentido relativa a él (Código Civil 1743), dados los supuestos de ley.

Y, a la vera de tal institución, para los casos de desproporcionalidad mayúscula en las prestaciones de ciertos contratos conmutativos (Código Civil 1946 y siguientes 1958, 2231, 1601, 2466), o de desigualdades también graves en actos partitivos (Código Civil 1405), e inclusive cuando en la aceptación de una asignación sucesoral cambian fundamentalmente los resultados previsibles (Código Civil 1291), corre la de la lesión enorme o grave, que autoriza la acción rescisoria o la de reajuste a quien resulta víctima de aquella ostensible desigualdad. Allí la ley predica la ineficacia del negocio con un criterio del todo objetivo, proyectado en la enunciación de los únicos actos en que cabe la lesión con tales alcances, que la jurisprudencia y la doctrina han aplicado a eventos análogos (permutación y dación en pago, en materia de inmuebles); su limitación a la disposición de inmuebles en los principales eventos (Ley 57 de 1887, artículo 32); la innocuidad del quebranto en la venta mercantil (Código Civil 218); la inoponibilidad de sus efectos a terceros (Código Civil 1951 y 1953); y, ante todo, la referencia a cuantías ciertas, desprovistas de cualquiera elasticidad (Código Civil 1291, 1405, 1601 —exceptuando el inciso final—, 1947, 2231 y 2466).

Al observarse que, si bien la razón última de ser de la nulidad en el supuesto de fuerza, es la falta de libertad para el acto jurídico, que impele a la ley a otorgar tutela al sujeto intimidado, en la generalidad de las oportunidades, aunque bajo distintos aspectos y alcances (Código Civil 140, 5º, 1063, 1291, 1294, 1405, 1473 fine*); en materia patrimonial la impugnación proviene usualmente de la disconformidad del interesado con los términos prestacionales, aun cuando por requerimiento doctrinario, armónico con la preceptiva legal (Código Civil 1513 y 1514), se exija que la coacción haya sido determinante del acto en sí y no simplemente de lo accidental de su contenido; y si de otra parte se advierte que la aceptación de negocios desproporcionados en medida superior al límite aritmético legal del beneficio individual, resulta inexplicable de no referirla a ignorancia, necesidad o apremio del lesionado y al correspondiente aprovechamiento indebido de tal situación anómala por la otra parte; se pone, entonces, de relieve una proximidad conceptual y práctica entre las dos figuras, fuerza y lesión, que exige hacer claridad en los lineamientos y posibilidades de extensión de cada cual, ya que no pueden asimilarse, cuanto lo primero por la diversidad de consecuencias que acarrean, principalmente respecto de terceros (Código Civil 1748 y 1951 a 1953).*

La lesión, dentro de sus estrictas líneas legales, opera, según se dejó consignado, únicamente en ciertos casos y en cuanto se acredite en el proceso con prueba pertinente. Esta actitud ha determinado que la prevención y remedio de situaciones irregulares, por desproporcionalidad económica originada en estado de necesidad o de peligro, que no encajan holgadamente dentro de los supuestos de la figura clásica de la fuerza, se haya orientado por la solución de nulidad relativa, en una ampliación de la misma, primeramente por impulso jurisprudencial (casación octubre 5 de 1939, XLVIII, 720/23; julio 28 de 1958, LXXXVIII, 63; octubre 17 de 1962, y, tangencialmente, septiembre 17 de 1943, LVI, 137/39) y, luego, dentro de esa órbita política, por determinación legal (Ley 201 de 1959, artículos 1º y 9º), con preferencia de esta solución, acompañada de drásticas consecuencias para los beneficiarios, y de adversa repercusión respecto de terceros.

En sus contornos tradicionales, la fuerza, vicio del querer, se ofrece como la intimidación sufrida por una persona proveniente de la amenaza seria, grave, actual e injusta o del inflingimiento de un mal irreparable en sí o en ciertas personas vinculadas a su afecto o en sus intereses, al no realizar la disposición como se le exige, y a que, atendidas las circunstancias del caso no puede sobreponerse, de donde resulta colocada ante el dilema de sufrir aquel quebranto o celebrar la operación y, optando por lo último se concluye que: qui coactus voluit tamen voluit. *Así concebido en los artículos 1513 y 1514 del Código Civil el vicio de fuerza, no consiste en la presión ajena, sino en el resultado de ésta sobre el ánimo de su destinatario, constreñido a un obrar dispositivo, de donde la caracterización de aquella como una entidad que se origina con ocasión del negocio, determinante de él, y que subsiste hasta dejarlo celebrado, provenga de la contraparte contractual o de otros sujetos, pero siempre como una conducta humana ilegítima, enderezada al resultado específico de una decisión negocial contraria a la autonomía y a los intereses de quien, por virtud de aquella, se ve presionado a tomarla. Lo que hace que la apreciación en juicio de tales hechos deba hacerse objetiva a la vez que particularmente, trayendo a colación el conjunto de antecedentes y de circunstancias que rodearon el otorgamiento y relacionando las condiciones personales de la víctima con el estado de quien la coaccionó, dentro de un ponderado estudio a la vez global y pormenorizada (casación febrero 9 de 1932, XXXIX, 463/65).*

Partiendo de tales lineamientos y en la mira de atender a situaciones análogamente reprobables, en que el sujeto se decidía bajo un estado de peligro real, producto de factores telúricos, del propio azar, o de origen humano anónimo o concreto pero desprovisto de intención específica, aprovechados desconsideradamente, con patente reflejo de la economía del negocio, no se vaciló en incluir tales eventos en el comentado vicio de la voluntad, a pesar de que no hubieran sido de origen humano o no estuvieran enderezados al fin censurable, atendiendo al apremio de la víctima y a la ventaja del beneficiario (vuelto casación octubre 5 de 1939 y septiembre 17 de 1943, citado); de manera que, paralelamente a la institución clásica se prohijó la figura del negocio en estado de necesidad o de peligro.

Así las cosas, el fenómeno, de aplicación práctica infrecuente, vino a adquirir un relieve inusitado cuando circunstancias políticas y sociales recientes y lamentables, hicieron propicio un clima de violencia grave y habitual, que se incrementó con la posibilidad de obtener ventaja patrimonial a través de tratos ilegítimos y ruinosos. Jurisprudencialmente se afrontó entonces el problema con la expresa consideración de que

las relaciones contractuales así surgidas, mostrándose "contrarias a la ética y la equidad contractual, u entrañan en el fondo un enriquecimiento sin causa", están sancionadas con la acción de nulidad relativa, no susceptible de enervarse con la réplica de que el adquirente no ejecutó los actos de violencia ni participó en ellos, y con acogimiento al demostrarse la relación causal entre éstos y el acto impugnado (casación julio 28 de 1958, LXXXVIII, 561/63). E iniciado el retorno a la normalidad, el Congreso de 1959 pronunció la Ley 201, en que, bajo el expediente de la interpretación auténtica, con efecto retroactivo (artículos 1º, 2º y 9º; Código Civil 14; Código Político Municipal 58), amplió el texto de los artículos 1513 y 1750 del Código Civil, el primero, para considerar viciados de fuerza los actos y contratos celebrados bajo perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, en cuanto se palpe en ellos un aprovechamiento de la anormalidad, "traducido en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubieran celebrado", y el segundo para indicar vigente la fuerza hasta el restablecimiento del orden público, a los efectos de la prescripción de la pretensión. Medidas estas que en el orden administrativo se complementaron con normas transitorias, como los Decretos 328 de 1958, 1482 de 1959 y 002 de 1960.

La Corte, en la convicción de que aquella ley "no hizo otra cosa que relievar el contenido doctrinal, científico y profundamente humano" que inspiró el código, acogió como acción de nulidad un reclamo rescisorio por lesión de contrato concebido en las dichas condiciones, desechando la simple aplicación de este remedio, con régimen aparte, prevenido para otras circunstancias, y puso de presente que el factor cardinal del tipo de violencia contemplado ahora "son las condiciones desfavorables del negocio como prueba de estar viciado el consentimiento por la violencia dentro de perturbación del orden público que funda el estado de sitio por conmoción interior; hechos cuyo examen es cuestión de equidad, que concretamente debe apreciarse por el juez en ejercicio de sus poderes discrecionales" (casación octubre 17 de 1962 citado), con toma de posición doctrinaria que se ha reiterado en fallos de septiembre 2 de 1964, abril 25 y mayo 9 de 1967 y febrero 23 de 1968.

Dicha forma adicional de considerar la fuerza, primordialmente en su resultado y en sus aspectos objetivo y singular de quien la soporta, con la apreciación del marco de circunstancias externas dentro de las cuales se celebró el negocio, a la vez que las condiciones individuales de la víctima; como un estado sicológico de atemorización decisiva, proveniente de cualesquiera fenómenos humanos, individuales o colectivos reflejada en la falta de espontaneidad de la conducta, deducida de la ruindad del trato, ha venido a hermanar definitivamente los negocios arrancados a la fuerza con los que se celebran un estado de necesidad o de peligro.

De ahí que, acogiendo la tradición humanística de nuestro derecho a que aludió la sentencia citada y dándole un entendimiento más general y estable a la reforma legal, haya de concentrarse la atención al presupuesto de grave conmoción y alteración de la normalidad, que no puede angostarse en la mera consideración de la medida política contingente de decreto de estado de sitio (C. N. 121), sino que ha de analizarse en la evidencia del ambiente y en su influjo decisivo sobre el negocio jurídico patrimonial, puesto de presente en los términos inicuos de éste para quien lo impugna, de suyo índice decisivo de la zozobra y ansiedad con que obró entonces, y fundamento de su reclamación, que si no sucumbe ante una concepción restringida de la fuerza, hoy superada normativamente, tampoco se contiene con el ofrecimiento de completar un justo precio, como quiera que se dirige a la nulidad del acto.

Se procuró, así, sancionar con la mayor eficacia el aprovechamiento indebido de un determinado estado de necesidad o de peligro creado por anormalidad social o política, en términos extendibles a situaciones análogas. La expresión legal señala la manera adecuada de deducir la fuerza, causa de la nulidad, de dicha ventaja inmoderada, con amplia referencia a la economía del negocio. No entró el legislador a precisar los medios para establecer esos antecedentes y contenido. Pero es natural pensar en que la desproporción entre las prestaciones, la disposición patrimonial a menos precio, y el provecho y el desmedro correlativos, habrán de surgir de prueba competente y técnica, cual sucede en el evento de la lesión (Cas. julio 29 de 1938, XLVII, 40/44; noviembre 8 de 1938, XLVII, 321/25), apreciable aquí como indicio más o menos trascendente, y en que la situación general y el estado individual de los contratantes, han de valorarse según la información fidedigna que se aporte al proceso, de modo que cada factor se examine en sí, al propio tiempo que relacionado con el otro, en cuyo análisis sirva la orientación lograda a través de aquél. Pues sólo así, dentro de un raciocinio completo, equitativo y riguroso, podrá dis-

tinguirse la pretensión justa, patrocinada por ley y jurisprudencia, del simple apetito de recuperar bienes enajenados espontánea y equilibradamente, alentado por la posibilidad de restituir en cambio dinero con poder adquisitivo menguado (Código Civil 1746).

II. *Agotado el debate ordinario con la segunda instancia, la decisión en que esta concluye se ofrece amparada por una elemental consideración de legalidad (casación diciembre 15 de 1960, XCIV, 146), que no se infirma sino con la demostración inequívoca de singular desmedro de precepto consagratorio de una pretensión insatisfecha, o despachada favorablemente sin que allá estuviera amparada, ante todo, por causa de descarríos hermenéuticos, de donde la misión unificadora de la jurisprudencia que compete al recurso extraordinario y, excepcionalmente derivada de cuestiones de hecho (casación marzo 6 de 1961, XCV, 73), o con la prueba de vicio, excepcionalmente grave y calificado, en la tramitación del proceso, que impide fundamentar un fallo de mérito.*

La secuencia lógica de la actuación y el anhelo de una cosa juzgada justa y firme, hacen que al impugnante del proveído de fondo le incumba acreditar a cabalidad el quebrantamiento de tales normas o fueros, sobre la base de determinadas vías estatuidas a propósito. Y, cuando el camino por él escogido es el de la violación indirecta, producida por desacierto en el manejo de las probanzas, la acusación se ve exigida en mayor grado, en orden a técnica y fuerza convictiva, ya que, a más de la infracción final, han de señalarse los medios ignorados, tergiversados o supuestos, si de error de hecho se trata, y comprobarse la contraevidencia y su influjo cierto en el sentido de la decisión, adoptada en virtud de tales trastornos.

De ahí que persistentemente se diga que no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas de aquellas a las que llegó el Tribunal, pues, la mera divergencia conceptual no demuestra por sí sola error de hecho (casación abril 19 de 1961, XCV, 467) y que no es pertinente la crítica general del manejo que se haya hecho de la prueba (casación marzo 17 de 1959, XC, 84), pues en casación no ocurre revisar el desarrollo lógico de la argumentación jurisdiccional, sino examinar la inteligencia que allí se haya dado a las normas y, en su caso, la dicha contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso.

Error manifiesto o evidente de hecho, como antecedente de la transgresión legal, no se presenta, entonces, sino cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta. Por manera que, la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de una labor de sopesar distintas posibilidades, que termina con la escogencia de la más probable, "sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso" (casación enero 30 de 1962, XCVIII, 21), según el prudente arbitrio del juzgador, a quien la ley requiere para que analice con objetividad los hechos traídos al plenario y dé cuenta de la manera como formó su concepto, fijando a la perseverancia de éste, en la materia, los solos límites del error señalado y demostrado, que se tornan borrosos o se esfuman en todos aquellos casos en que la ley ha deferido a la prudencia judicial la ponderación de las pruebas y le exige su examen individual y conjunto, para que sea su criterio el que decida sobre el valor que poseen dentro de la contienda, como acontece con el testimonio, refractario a una crítica global (junio 22 de 1960, XCIII, 972), o con los indicios, cuya mayor o menor fuerza, gravedad, precisión y conexión concierne apreciar autónomamente al juez de mérito, cuyo criterio no puede reprocharse más que anotándole bases falsas o ilegítimas o conclusiones reñidas con la lógica (casación julio 16 de 1959, XCI, 251/52; diciembre 15 de 1960, XCIV, 146; enero 31 de 1962, XCVIII, 22).

La misma técnica de casación demanda al recurrente indicar los preceptos tutelares que se hollaron, según él, a cuyo objeto ha de descender a la norma en singular, sin reducirse a la cita de un conjunto vario, menos cuando es heterogéneo, como una ley de vasto articulado, por su número y año (casación enero 25 de 1961, XCIV, 501), dentro del cual hubiera la Corte de escudriñar la eventual violación y el pensamiento de quien la denuncia, dado que la finalidad doctrinaria del recurso, al conjugarse con la aspiración particular de modificar un resultado adverso, que al propio tiempo distorsiona el entendimiento y la aplicación de la ley, impone la subordinación integral del estudio de la sentencia de mérito a la pauta trazada en la demanda incoada contra esta, "que polariza la acusación en los artículos singularmente citados como infringidos" (casación abril 28 de 1961, XCV, 507).

III. Según lo expuesto, la consideración en los grados del juicio, de las circunstancias antecedentes, concomitantes y siguientes a un contrato y a su contenido, a objeto de anotar en todo ello el re-

sultado de una situación de violencia decisiva para el enajenante, a él adversa, y aprovechada por el adquirente, se practica dentro del rumbo señalado por las pruebas que aporten los litigantes, en rigor simples indicios que en su conexión y univocidad desembocarán en la estimación de la demanda, y que desarticulados o disminuidos o, incluso, desvirtuados por otros, impondrán la conservación del negocio, que no cae sino ante la evidencia de su irregularidad.

Aquí, la absolución derivó de la ausencia de prueba de una real situación alarmante que persuadiera al vendedor de que conservar su heredad y su residencia en ella le sería peligroso en extremo, por lo cual se viera compelido a la enajenación de aquella y en términos ruinosos. Replican los actores que numerosos testigos dan cuenta de la persecución de la policía contra los moradores de la región, entre ellos su causa-dante, y de atentados contra su propiedad, y que el comprador por cierto era entonces comandante de aquel cuerpo, sindicado luego por excesos delictivos en su misión, pretendiendo de ahí extraer la certidumbre del vicio de la voluntad padecido por aquél.

Ante ello cumple poner de presente que también en autos obran indicios en favor de la versión contraria, entre otros los que se desprenden de la declaración del vendedor ante juez penal militar, con detalle sobre su antigua y estrecha amistad con el comprador, su protesta de rectitud y libertad en el trato celebrado por el valor comercial de los bienes y, su militancia política no expuesta a las reacciones de entonces; las cartas tendientes a la ejecución final del negocio, que bastante tiempo después se cruzaron las dos partes en términos de la mayor cordialidad, y la permanencia del enajenante, sin solución de continuidad, en el cargo de juez, desde año y medio antes de la venta hasta la vecindad de su muerte; entre los que aquella parte cita como erróneamente apreciados o desestimados en la sentencia, amén de atestaciones varias que, con referencia a pormenores de vida y aficiones del difunto contratante, insinúan con vigor la calificación que el Tribunal dio a la negociación para reiterar la absolución antecedente, y que, en todo caso, enfrentados a los datos que aporta el censor, cuando más abonarían la duda sobre la realidad del supuesto normativo, delante de la cual es inconcebible el error evidente de hecho y, por ende, la infracción de ley sustancial.

Se desestima 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), dentro del juicio ordinario de María Petra Perilla de Rodríguez y otros contra Julio Alberto Medina y otros.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME

Requisitos para que sea viable la acción. — Cuándo sufre lesión enorme el vendedor y cuándo el comprador. — Efectos cuando es el vendedor, o el comprador, quien ejercita la acción de rescisión del contrato. — Situaciones diferentes contempladas por el artículo 1951 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 6 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Aprobada en sesión de 3 de mayo de 1968. Acta número 11).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de febrero de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de Mercedes Hurtado de Uribe frente al Distrito Especial.

I

El litigio

La señora Mercedes Hurtado de Uribe transfirió a título de venta al Distrito Especial de Bogotá, dos zonas de terreno segregadas del inmueble identificado con el número 16-95 de la carrera 9ª de esta ciudad, de ciento setenta y dos varas cuadradas con veintiún centésimos de vara cuadrada (172.21 varas cuadradas), por la suma de $ 43.052.50, o sea a razón de $ 250.00 la vara cuadrada, mediante la Escritura pública número 2496 de 4 de noviembre de 1959, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá y registrada el 3 de diciembre siguiente en el Libro número 1º, página 404, partida número 16010-A.

Tales zonas de terreno fueron entregadas por la vendedora y destinadas por el Distrito para ampliación de la carrera 9ª y de la calle 17 y se encuentran incorporadas a esas vías públicas.

Estimando que el precio estipulado entre las partes contratantes fue inferior a la mitad del justo precio que las zonas vendidas tenían en la fecha del contrato, pues que la vara cuadrada valía el 4 de noviembre de 1959 a más de $ 600.00 moneda corriente, la vendedora demandó a la entidad compradora para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se hiciesen estas declaraciones y condenas:

"Primera: Que se declare la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre el Distrito Especial de Bogotá y mi mandante la señora Hurtado de Uribe, de que da cuenta la Escritura pública número 2496 de 4 de noviembre de 1959, otorgada en la Notaría 8ª de este Circuito, por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora.

"Segunda. Que por haberse convertido en bienes de uso público las zonas de terreno enajenadas al Distrito por el instrumento antes citado y no ser posible, por lo tanto, que reviertan al patrimonio de la vendedora, el Distrito Especial de Bogotá deberá completar el justo precio de lo vendido, con deducción de una décima parte.

"Tercera. Que se condene a la entidad demandada a pagar a la actora el precio completo de los inmuebles vendidos, junto con los intereses que corren desde la fecha de la demanda; y tanto el completo del precio como los intereses deberá pagarse inmediatamente que esté ejecutoriada la sentencia que así lo decida, o dentro del plazo que usted se sirva señalar".

El juzgado del conocimiento negó las peticiones de la demanda y absolvió a la parte demandada de los cargos formulados, por sentencia de 13 de octubre de 1961, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al decidir, me-

diante fallo de 11 de febrero de 1963, la apelación interpuesta por la actora, revocó lo resuelto por el juzgado y en su lugar condenó al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la demandante la suma de $ 85.244.00 moneda corriente con intereses legales desde el 5 de septiembre de 1960 hasta el día del pago. Esta es la sentencia materia del presente recurso de casación.

II

El fallo acusado

Observa el Tribunal que en el término probatorio de la primera instancia, las dos zonas de terreno vendidas fueron avaluadas por peritos a razón de $ 800.00 la vara cuadrada, "como precio comercial para la época del contrato", o sea en la cantidad de $ 137.768.00; y que en esta forma la lesión enorme quedó comprobada, si se tiene en cuenta que el precio de venta fue de $ 43.052.50.

Transcribe lo dispuesto en el artículo 1951 del Código Civil y argumenta que la acción promovida es la de complemento del precio por causa de lesión enorme. "Así se deduce recta y claramente —dice el fallo acusado—, del contexto de las súplicas impetradas. Se solicita la rescisión del contrato no como una declaración principal, sino como una premisa de la aludida acción. Antes que una declaración, se impetra un reconocimiento de ese hecho al efecto indicado. De ahí que no se demandara la restitución material de las zonas de terreno".

Luego agrega el sentenciador: "Una de las condiciones para que tenga éxito la acción rescisoria por lesión enorme es que no se haya perdido la cosa en poder del comprador. Esta condición se descompone en dos: pérdida de la cosa propiamente dicha, y enajenación de ella por el comprador a un tercero. La pérdida puede ser material o jurídica. Es material por una causa física, como si el bien raíz se inunda o se destruye el edificio. Es jurídica cuando el bien deja de estar en el comercio.

"La acción rescisoria por lesión enorme tutela la equivalencia de las prestaciones recíprocas de las partes. Cuando el desequilibrio en el precio recibido excede el límite legal, hay lugar a rescindir la compraventa. La desproporción mencionada es la causa y razón de la acción. El efecto es la restitución de la cosa vendida y del precio. Mas el legislador tasa la utilidad y por ello dispone que el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1948 del Código Civil).

"El límite de la utilidad legal es, pues, la décima parte de la diferencia entre el justo precio y el convencional.

"Congruente con este espíritu, el legislador establece en el inciso segundo del artículo 1951 que cuando el comprador hubiere enajenado la cosa por más de lo que pagó por ella, y haya imposibilidad de restituirla, el primer vendedor puede reclamar este exceso hasta concurrencia del justo precio, con deducción de una décima parte. Entonces no hay lugar a la rescisión del contrato sino a la acción de complemento del precio. Esta es la solución legal acorde con los principios de equidad que informan la materia de la lesión enorme.

"La lógica, impone esta última solución al caso de pérdida jurídica de la cosa vendida siempre que exista la lesión enorme debida a un error padecido directamente por uno de los contratantes".

Dice también el fallo acusado que por haber habido pérdida jurídica de las zonas de terreno por haberse destinado por el comprador a ampliación de vías públicas, procede la acción de complemento del precio; que como el exceso entre el justo precio al tiempo del contrato y el convencional es de $ 94.715.50, deduciéndole una décima parte resulta la cantidad de $ 85.244.00 que debe pagar el comprador; y que la restitución del exceso del precio no devenga intereses sino desde la fecha de la demanda, según el artículo 1948 del Código Civil.

III

El recurso

Con apoyo en la causal primera de casación, el Procurador Delegado en lo Civil acusa el fallo del Tribunal por infracción directa del artículo 1951 del Código Civil, indebidamente aplicado, y de los artículos 674, 1625 y 1729 del mismo estatuto, por falta de aplicación.

Manifiesta el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente el citado artículo 1951, cuyo segundo inciso se pone en el caso de que la cosa haya sido enajenada por el comprador por más de lo pagado por ella y el vendedor haya

sufrido lesión, hipótesis en la cual puede el primer vendedor reclamar el exceso, hasta concurrencia del justo valor, con deducción de una décima parte; que el inmueble comprado por el Distrito Especial de Bogotá, se destinó al uso público y que, por tanto, no puede aplicarse la regla del artículo 1951, en su segundo inciso, como lo hizo el sentenciador.

"La acción especial de reclamo de exceso o complemento del pago —dice la censura— que se deriva del inciso segundo del artículo 1951 del Código Civil, solamente es procedente cuando el comprador ha vendido la cosa por más de lo que pagó por ella y el primitivo vendedor ha sufrido lesión enorme. Es esencial que exista un desequilibrio patrimonial entre vendedor y comprador, es decir, enriquecimiento de uno y empobrecimiento del otro. De manera que si el comprador vende el bien por el mismo precio que pagó o no lo enajena sino que lo pierde, no hay enriquecimiento, y en ese caso ninguna acción puede ejercer contra él su vendedor".

Agrega la censura que el Distrito compró las zonas de terreno para ampliar vías públicas, quedando convertidas en bienes nacionales de uso público, de conformidad con la definición del artículo 674 del Código Civil y, en consecuencia, fuera del patrimonio fiscal del Distrito y fuera del comercio; que en esa situación el bien pereció jurídicamente para el comprador y se extinguió toda obligación para con el vendedor, conforme con el artículo 1729 del Código Civil, en armonía con el 1625 numeral 7º del mismo Código, disposiciones que no fueron aplicadas por el Tribunal.

La Corte Considera:

La lesión como vicio general en los actos jurídicos no está aceptada en nuestro derecho. Inspirado el Código en principios individualistas y con miras a garantizar, en cierto modo, la estabilidad en los negocios jurídicos, sólo aceptó la lesión como vicio en determinados actos o contratos, la compraventa entre ellos. Las modernas orientaciones del derecho, tendientes a extender la lesión, como vicio a todos los contratos, es apenas una aspiración, aún no consagrada en la legislación colombiana.

Para que sea viable la acción rescisoria de la compraventa por lesión, se requiere que ésta sea enorme en los términos de la ley (artículo 1947 del Código Civil), y que se reúnan ciertos requisitos establecidos en ella, como el de que la compraventa verse sobre inmuebles y que no se haya efectuado por ministerio de la justicia (artículo 52 Ley 87 de 1887); que no se trate de compraventas mercantiles (artículo 218 del Código de Comercio); que no tenga un carácter aleatorio; que después de celebrado el contrato no se renuncie a la acción (artículo 1950 del Código Civil); que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (artículo 1951 ibídem*); y que la acción se establezca oportunamente, es decir, antes de que caduque (artículo 1954 del mismo Código).*

La acción de que se trata, llamada entre los romanos de laesio ultra dimidium, *la sufre el vendedor cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y la sufre el comprador, a su vez, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella, según las voces del artículo 1947 del Código Civil, siendo entendido que el justo precio ha de referirse al tiempo del contrato.*

Así, pues, el vendedor, o el comprador, que se considere enormemente lesionado en relación con el precio de un inmueble transferido en compraventa, está legitimado para pedir la rescisión del contrato y su acción será viable si, por otra parte, se reúnen los demás requisitos para que el contrato pueda rescindirse por lesión.

Cuando es el vendedor quien ejerce la acción y se decreta la rescisión, lo natural y lógico es que el inmueble vuelva a su poder y que restituya a su vez el precio recibido; pero pronunciada la rescisión, el comprador puede, porque tiene facultad para ello, detener sus efectos y evitar, en consecuencia, la devolución de la cosa, completando el justo precio con deducción de una décima parte. La recíproca también es verdadera: cuando es el comprador quien ejercita la acción y ésta prospera, se decreta la rescisión del contrato, pero el vendedor, a su vez, puede detener los efectos propios de la rescisión, restituyendo el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentado en una décima parte.

Es, pues, el demandado quien tiene la facultad de optar por consentir en la rescisión o completar el justo precio cuando el demandante es el vendedor; y la de consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, cuando el demandante es el comprador.

Bien sea que la demanda se instaure por el vendedor o por el comprador, al actor le compete solicitar la rescisión del contrato por lesión enorme.

Cuando la cosa se pierde en poder del comprador, no hay lugar a la rescisión del acto, según las voces del artículo 1951 del Código Civil, el cual agrega que lo mismo ocurre si el comprador hubiere enajenado la cosa; pero en este último caso si la hubiere vendido por más de lo que había pagado por ella, el primer vendedor puede reclamar el exceso hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte.

Contempla esta disposición dos situaciones diferentes: la de pérdida de la cosa en poder del comprador, y la de enajenación de la cosa por él.

La cosa se pierde o perece, como lo dice el artículo 1729 del Código Civil, cuando se destruye, o cuando deja de estar en el comercio, o cuando desaparece y se ignora si existe. En caso de pérdida de la cosa por ocurrir alguna de tales circunstancias, la obligación se extingue, pero sólo a condición de que la cosa haya perecido sin hecho o culpa del comprador, porque de conformidad con el artículo 1730 ibídem, *siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho suyo; y de acuerdo con el artículo 1731, si la cosa perece por obra o durante la mora del deudor, la obligación de éste subsiste, aunque varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.*

En el sub lite *la actora pidió la rescisión del contrato por lesión, mas como las zonas de terreno vendidas al Distrito Especial de Bogotá fueron destinadas por éste para la ampliación de vías públicas, sin que interviniera en esa destinación la voluntad de la vendedora, ésta demandó el complemento del justo precio por no ser posible la restitución objetiva del bien.*

Incorporado el inmueble al uso público por destinación del comprador solamente, si bien no se ha perdido materialmente, dejó sí de estar en el comercio, lo cual entraña, en el fondo, una pérdida jurídica.

Por consiguiente, la norma aplicable es el primer inciso del artículo 1951 del Código Civil y no el segundo de la misma disposición, como lo entendió el sentenciador, porque este último se coloca en el caso de que el comprador haya enajenado la cosa, y en la hipótesis del presente litigio no hubo enajenación sino, como ya se dijo, destinación por el comprador a un fin que la hizo incomerciable.

Erró, pues, el Tribunal al aplicar al caso de autos el citado inciso 2º del artículo 1951 del Código Civil, que no era aplicable, como lo afirma el autor del recurso.

Pero este error no incide, sin embargo, en lo resolutivo del fallo acusado y da lugar, solamente, a que la Corte rectifique la doctrina equivocada del fallador.

Se afirma que tal error no incide en lo resolutivo de la sentencia objeto de la impugnación porque si el terreno comprado quedó fuera del comercio por un hecho voluntario del comprador posterior al acto, al haberlo destinado a un servicio público, dicho terreno se perdió jurídicamente en sus manos, pero esa pérdida voluntaria no extingue la obligación sino que la hace variar de objeto, conforme con los artículos 1729, 1730 y 1731 del Código Civil: el deudor (para el caso el comprador demandado), ha quedado obligado no a la restitución de la cosa, sino a su precio y a la indemnización respectiva, el pago de todo lo cual ha de verificarse con arreglo a las normas propias de la rescisión por lesión.

Así, pues, aunque el Tribunal aplicó indebidamente el 2º inciso del artículo 1951 del Código Civil, no obstante decidió el litigio como debía haber sido resuelto, condenando al comprador al pago del complemento del justo precio de lo vendido, con deducción de una décima parte, y al pago de intereses con sujeción a lo dispuesto en la norma legal correspondiente (artículo 1948 del Código Civil).

En consecuencia, habrá de mantenerse el fallo acusado, pues en casos como el presente en que el error en la aplicación de la ley no incide en lo resolutivo de la sentencia objeto del recurso de casación, a la Corte le basta hacer la correspondiente rectificación doctrinaria.

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 Bogotá, con fecha once (11) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963).

Sin costas, por no haber lugar a ellas.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

DEMANDA

En su interpretación pueden ocurrir yerros de tres especies, a saber: el de hecho, el de valoración probatoria y el de tipificación jurídica. — Error de hecho y de derecho. — Alcance del artículo 1873 del Código Civil. — Reivindicación. — Diferencia de título y modo en la compraventa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 6 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 11 de 3 de mayo en curso).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 23 de julio de 1962, en el juicio ordinario seguido por Richard Felixson frente a Marco Fidel Osorio y otro.

I

El litigio

Richard Felixson trajo a juicio ordinario a Marco Fidel Osorio y Ana Céspedes, casados entre sí, y a Rodrigo Osorio Céspedes, hijo de éstos, en solicitud de las determinaciones que se verán adelante.

Como *hechos* básicos del *petitum,* propuso los siguientes:

Que Rodrigo Osorio Céspedes hubo con dineros suministrados por su madre mencionada un automóvil Mercury, de servicio particular, la cual lo adquirió del mismo Rodrigo, con fecha 3 de abril de 1959;

Que, luego, según documento privado de 23 de septiembre de 1959, Ana Céspedes de Osorio vendió el coche por la suma de $ 3.000.00 a Humberto Botero I., quien lo dejó a título de comodato en poder de la misma señora, por término que vencía el 21 de noviembre de ese año, fijado también para que ésta pudiera ejercitar el derecho de retracto;

Que tales traspasos no se registraron en la Oficina de Tránsito, en cuya matrícula el carro figuraba a nombre de Rodrigo;

Que, así las cosas, Rodrigo Osorio traspasó la propiedad del vehículo a su padre Marco Fidel Osorio, coludiéndose cónyuges e hijo para burlar los derechos de Botero como comprador del automóvil;

Que Botero I. cedió su derecho de comprador al demandante Richard Felixson, y éste a la señora Baytoir Navarro, quien lo devolvió después al mismo Felixson;

Que el demandante es dueño del automotor, en virtud de los títulos referidos y por la tradición que hizo Ana Céspedes de Osorio, "al constituirse en tenedor precario de tal vehículo el señor Humberto Botero".

Con fundamento en estos hechos, Richard Felixson dedujo en su demanda esta súplica:

a) Que la pretensa venta del automóvil que se dice efectuada por Rodrigo Osorio a Marco Fidel Osorio, obedece al propósito de los mismos y de Ana Céspedes, de burlar los derechos del demandante "y por tanto carece de verdad, de causa y de objeto lícitos";

b) Que la venta hecha por Ana Céspedes a Humberto Botero, según documento de 23 de septiembre de 1959, seguida de tradición simbólica del vehículo vendido, en cuanto a la tradición del dominio, prevalece sobre cualquier venta anterior o posterior que Rodrigo Osorio hubiera hecho en favor de Marco Fidel Osorio;

c) Que la venta que hubiere hecho Rodrigo Osorio a Marco Fidel Osorio fue simulada y sólo dirigida a burlar la que hizo Ana Céspedes a Humberto Botero;

d) Que, por tanto, el demandante como sucesor a título singular de Humberto Botero tiene mejor derecho al dicho carro que el señor Marco Fidel Osorio;

e) Que, por lo mismo, el vehículo en referencia debe ser entregado por parte de Marco Fidel Osorio al demandante, con sus frutos civiles, repuestos y accesorios, "en el término de la distancia", y

f) Que los dichos Ana Céspedes, Marco Fidel Osorio y Rodrigo Osorio han causado perjuicios al demandante y, en consecuencia, deben resarcirlo "en forma solidaria".

Finalmente, en una a modo de petición que califica de subsidiaria, reitera las súplicas de los literales d) y e) precedentes, por haber comprado con anterioridad el vehículo a Ana Céspedes, con el asenso y ratificación de Rodrigo Osorio y seguimiento de la tradición simbólica.

En DERECHO, manifiesta apoyarse en los artículos 747, 754, 1602, 2341 y 1873 del Código Civil.

Contradicho el libelo por todos los demandados, quienes negaron en una u otra forma los hechos que pudieran perjudicarlos, propusieron excepciones varias y en suma se opusieron a que se otorgasen las súplicas impetradas por el actor, y luego del arrimo de pruebas de una y otra parte, prodújose el fallo de primer grado, del Juez 1º Civil del Circuito de Medellín, por el cual se denegaron todas las peticiones de la demanda.

Por apelación del actor, surtióse la segunda instancia, a que dio remate la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 23 de julio de 1962, plenamente confirmatoria de la del inferior. Y a merced del recurso extraordinario interpuesto por el litigante vencido, encuéntrase esta segunda decisión bajo el juzgamiento de la Corte, al que en este acto se procede.

II

Consideraciones de la sentencia recurrida

Cabe hacer de ésta el siguiente compendio:

Que Richard Felixson, según la súplica d), se considera sucesor a título singular de Humberto Botero en el dominio del vehículo, por lo cual, conforme con la súplica e), pretende reivindicarlo contra Marco Fidel Osorio, actual poseedor material del mismo;

Que los demás literales del *petitum* están dirigidos a recabar, primeramente la declaración de ser simuladas las negociaciones ocurridas entre Marco Fidel Osorio y Rodrigo Osorio y, luego, la de que los tres demandados son solidariamente responsables de los perjuicios cuasados con su confabulación al actor;

Que, aunque el actor haya aducido los elementos consistentes en una nota dirigida al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad por la que Rodrigo Osorio le comunica la venta del vehículo hecha por él a su madre Ana Céspedes de Osorio, un documento privado mediante el cual ella lo vendió con pacto de retroventa a Humberto Botero y éste se lo dejó a la misma en comodato hasta el 21 de noviembre de 1959, fecha en que la misma señora debía manifestar si ejercitaba el derecho de comprar el carro, y un documento privado por el que Botero dijo vender el automotor a Richard Felixson, es lo cierto que de este último contrato únicamente nacieron derechos y obligaciones personales entre Botero y Felixson (artículo 1849 del Código Civil): a cargo del primero, la obligación de entregar el automóvil al segundo, y a cargo de éste la de pagar su precio a aquél. Pero, del mismo contrato no se originó en favor de Felixson el derecho real de dominio, fenómeno que sólo hubiera podido producirse mediante la tradición que Botero hubiera hecho del automotor a Felixson. Y no aparece que este acto jurídico haya ocurrido. Antes bien, al pie del documento de la venta hecha por Ana Céspedes a Botero, aparece una nota en que éste se compromete a "hacer la entrega material del mencionado carro al señor Felixson el 10 de diciembre del presente año (1959)"; y en el documento del negocio entre Botero y Felixson, se dice que "la señora Céspedes es la encargada de responder por la entrega debidamente saneada". De lo cual "se concluye con plena claridad que ni aún se ha verificado la tradición en favor del señor Felixson y por tanto no puede presentarse como dueño del vehículo materia de este pleito";

Que, por otra parte, la demanda inicial fue mal orientada, al dirigirse sobre la familia Osorio Céspedes, contra la cual no tenía el demandante ningún derecho personal que reclamar. Porque los derechos de esta especie "son los que sólo pueden reclamarse de determinada persona", y en el presente caso esa persona no es la que posee el bien, sino la que por un hecho suyo,

el contrato de venta, se obligó a verificar la tradición, como así lo determina el artículo 1880 del Código Civil;

Que, además, "sólo quien tiene el derecho real, tiene la correspondiente acción real para perseguir el bien contra quien lo posee". Vale decir que en el presente caso sería Humberto Botero quien puede, una vez acreditado su dominio, "perseguir judicialmente la máquina contra cualquiera que la tenga a cualquier título. El demandante tiene sólo un derecho personal contra el señor Botero, y a él ha de demandar el señor Felixson, como lo dice el *a quo*", y

Que, aún en el supuesto de que se hubiera acreditado que la señora Céspedes era dueña del vehículo cuando se lo vendió a Botero y que a éste realmente le hizo su tradición, convirtiéndolo en legítimo dueño del mismo, ello en nada aprovecharía al actor, para este juicio, pues "el éxito de las presentes diligencias estaba condicionado a que el señor Felixson lograra acreditarse como dueño exclusivo del vehículo, situación que no pudo establecer a través de todo el expediente".

Por último, previniendo cualquier argumento que el actor pretendiera sacar de la cesión intentada por Humberto Botero a favor de Richard Felixson, del contrato de compraventa que se celebró entre Ana Céspedes de Osorio y el dicho Botero, en propugnación de la tesis de que por virtud de esa transferencia entró el cesionario a ocupar los derechos del cedente, con la consecuencia de poder el primero demandar a la vendedora de Botero incumplida, sostiene adversamente el sentenciador que, para que tal pretensión fuera viable se necesitaría que los contratos bilaterales pudieran cederse en la misma forma en que lo son los créditos. Mas, ocurriendo que al cederse un contrato de esa clase el cedente no sólo se desprendería de sus derechos, sino que al mismo tiempo se exoneraría de las obligaciones correlativas, ello sería jurídicamente imposible, sin el consentimiento del acreedor. "Y en el caso a estudio por ninguna parte aparece que la señora Céspedes haya prestado su asentimiento a la cesión referida".

Estas las consideraciones fundamentales del pronunciamiento.

III

El recurso extraordinario

Invocando la causal primera de casación, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal, por "error evidente en la interpretación de la demanda inicial del juicio, que lo llevó a confundir la naturaleza y elementos constitutivos de la acción de dominio o reivindicatoria con la acción simplemente declarativa sobre prevalencia de títulos en el caso de doble venta, consagrada ésta última en el artículo 1873 del Código Civil.

"Tal error de hecho y de derecho —continúa— es manifiesto y, determinó la violación indirecta de las normas de derecho sustantivas establecidas para la acción reivindicatoria, artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, por aplicación indebida, ya que el sentenciador de segunda instancia falló la presente causa con base en estos preceptos que no regulan la verdadera acción propuesta en las peticiones y hechos de la demanda y sobre la cual ha debido pronunciarse clara y expresamente dicho fallador, cosa que no hizo, violando indirectamente también con dicha abstención las normas sustantivas de los artículos 1783 del Código Civil y 471 del Código de Procedimiento Civil".

Y luego de referirse a los pasos de la sentencia en donde respectivamente se considera al actor Felixson como ejercitante de la acción reivindicatoria del vehículo contra Marco Fidel Osorio y se deduce, con invocación del artículo 1849 del Código Civil, que el comprador nunca podrá pretender un derecho real de dominio sobre el bien objeto del contrato, mientras en su favor no se opere la tradición por quien es el verdadero dueño de la cosa vendida, alega el impugnante que entre los elementos indispensables para el ejercicio de la acción declarativa del artículo 1873 *ibídem,* no está necesariamente el de la entrega o tradición al comprador, ya que uno de los supuestos del mismo artículo es el de que la cosa que se ha vendido a más de uno no se haya entregado a ninguno.

Por donde concluye que, "como en el caso de este pleito la entrega del automóvil se hizo primero a favor de *Ana Céspedes de Osorio,* por el verdadero dueño anterior *Rodrigo Osorio,* y dicha señora se la hizo a su vez a *Humberto Botero* de quien deriva directamente sus derechos de dueño el demandante *Richard Felixson,* resulta claro que este señor tiene doble razón para que se le declare dueño preferencial del vehículo, o sea, por la antigüedad mayor de su título de dominio y por la entrega de posesión hecha a su favor, puesto que está claro que los demandados apenas retienen la mera *tenencia* del cuestionado vehículo".

Finalmente, dice aludir a sentencias de la Corte en que el error del juzgador en la interpretación de la demanda se asimiló al error de

hecho evidente en la apreciación de las pruebas del juicio.

La Corte considera:

1. El recurso que se contempla está limitado, por sus propios términos, a impugnar la sentencia del Tribunal, en cuanto entendió que la demanda incoativa del juicio, en lo pertinente a la acción de Richard Felixson contra Marco Fidel Osorio relacionada con el vehículo, era de reivindicación, y no de prevalencia de títulos en el caso de doble venta contemplado por el artículo 1873 del Código Civil. De donde se arguyen quebrantos del derecho sustancial, por falta de aplicación de esta última norma y por indebida aplicación de las consignadas en los artículos 946, 947, 950 y 952 *ibídem*, propias de la acción reivindicatoria.

2. *Por sabido se tiene que, en la interpretación de una demanda, pueden ocurrir yerros de tres especies, a saber: el de* hecho, *el de* valoración probatoria *y el de* tipificación jurídica. *Acaecerá el primero, cuando el juzgador incurra en contraevidencia acerca de los hechos o peticiones de la demanda, no viendo lo que ésta objetivamente expresa o haciéndole decir lo que ella no reza; se ofrecerá el segundo, esto es el de derecho, consistente en haberse asignado a la prueba un valor que la ley no le atribuye o habérsele desconocido el que ésta le asigna, cuando la demanda contenga confesiones en cuya apreciación incida el error probatorio anotado; y ocurrirá el último, o sea el de tipificación jurídica, cuando el juzgador, no obstante haber visto el libelo, sin incurrir en omisiones ni tergiversaciones de su enunciado, haya padecido confusión acerca de la naturaleza jurídica de la acción civil propuesta (casación 21 de enero de 1960, XCII, página 66).*

Si en estos tres casos y en razón del error en cada uno cometido se ha violado por el sentenciador la ley sustancial, se tendrá que en los dos primeros semejante infracción es indirecta, derivada ya del error de hecho, ya del error de derecho determinantes de la inteligencia del libelo, mas en el último el quebranto de la norma sustancial será directo, por gravitar per se *sobre la entidad jurídica misma de la pretensión deducida.*

3. Aunque el planteamiento del cargo no se ciñe a la técnica del recurso extraordinario, en cuanto el impugnante dice acusar por error de hecho y de derecho simultáneos en la interpretación de un mismo aspecto de la demanda, la Corte, obrando con amplitud, acometerá el despacho del recurso sobre la base de que en el fondo se ha intentado proponer censura por violación directa de los preceptos antecitados, ya que el impugnador alega que el litigio fue definido con base en normas pertinentes a la acción reivindicatoria, siendo así que a su parecer debió resolverse en el ámbito de un ordenamiento jurídico distinto, cual es el del artículo 1873 del Código Civil.

4. Es que la acusación no ha mostrado cuál sea el error fáctico cometido por el Tribunal en la interpretación de la demanda. Por el contrario, aparece que éste la leyó y contempló sin alterar ninguno de sus elementos formales. Tampoco el censor ha hecho ver cuál pudiera ser el error de valoración probatoria imputable al juzgador en el manejo de la misma. Punto este en que vacila el propio acusante, cuando dice observar que el error en la interpretación de la demanda se asimila al de hecho evidente en la apreciación de las pruebas. Entonces, sólo quedaría por ver si el sentenciador violó directamente la ley sustancial por pecado de hermenéutica, al darle, para desestimarla, a la única de las pretensiones de que en casación se ocupa el libelo impugnativo, el tratamiento jurídico de acción reivindicatoria.

5. Ahora bien: relacionando como hechos fundamentales: por una parte, los consistentes en que el demandante Richard Felixson compró sus derechos sobre el vehículo a Humberto Botero y que éste los hubo por compra a Ana Céspedes, quien había adquirido el coche de su hijo Rodrigo Osorio, y por la otra, el consistente en que el mismo Rodrigo aparece también vendiendo el automotor a su padre Marco Fidel Osorio, venta esta que tilda de colusión o simulación, la demanda incoativa del juicio deduce contra Marco Fidel Osorio las súplicas de que se declare que la venta hecha por Ana Céspedes a Humberto Botero, seguida de tradición simbólica de la cosa vendida, prefiere a cualquiera otra que se hubiera hecho en favor de Marco Fidel Osorio y que, por lo mismo, el actor tiene mejor derecho que aquél al dicho carro (peticiones b y d), y "que por tanto el carro referido debe ser entregado por parte de Marco Fidel Osorio al demandante con sus frutos civiles, repuestos, accesorios, en el término de la distancia" (petición e). Y estas pretensiones se reiteran en la súplica subsidiaria. Finalmente, la propia demanda, al exponer el derecho en que pretende apoyarse, alega que *pueden reivindicarse las cosas corporales muebles,* aserción ésta con que precisamente se cierra ella.

6. Si la acción que quien, pretendiéndose dueño de una cosa singular de que no está en posesión, promueve contra el poseedor de la misma para que sea condenado a restituirla, corresponde precisamente al concepto de reivindicación que consagra el artículo 946 del Código Civil, resulta incuestionable que la acción de que en este caso se trata, seguida por Richard Felixson, a fuer de dueño sin posesión del vehículo, contra Marco Fidel Osorio como poseedor de él, en los términos cuya reseña acaba de hacerse, no es otra que la clásica acción reivindicatoria, ya que, según el propio libelo inicial, el demandado a quien se pide la restitución del coche resulta teniéndolo bajo el título consistente en la venta que le hizo Rodrigo Osorio y cuya eficacia discute el actor.

Vale decir que el Tribunal no erró al interpretar la demanda, tipificando como reivindicatoria y dándole el tratamiento jurídico de tal, a la acción de esa especie en ella deducida y a la cual el ejercicio del recurso extraordinario está contraído.

7. Y si la acción reivindicatoria lleva ínsita la impetración de reconocimiento del dominio del actor que la pretensión persecutoria supone, desde luego que el decreto de reivindicación tendría que fundarse en la aceptación del derecho que el reivindicante alega sobre el bien perseguido, en nada merma o altera la naturaleza de la acción que aquí se ventila la circunstancia de que el actor, invocando el artículo 1873 del Código Civil, le hubiera yuxtapuesto a la súplica reivindicatoria la petición de que se declarase que la venta hecha por Ana Céspedes a Humberto Botero prevalece sobre la anterior o posterior que Rodrigo Osorio hubiera otorgado a Marco Fidel Osorio (petición b) y que, por tanto, el demandante como sucesor a título singular de Humberto Botero tiene mejor derecho al automotor que el demandado, porque fuera de que el citado artículo 1873 contempla el supuesto de que una misma persona haya hecho ventas separadas de una misma cosa a compradores diversos, hipótesis de que se sale la referida petición b) que confronta una venta hecha por Ana Céspedes, y otra por Rodrigo Osorio, o sea ventas otorgadas por vendedores distintos, es lo cierto que la súplica que plantea la discusión del dominio entre actor y reo cabe, por su misma naturaleza, en razón de lo ya dicho, dentro de la acción reivindicatoria, tonto que hubiera tenido que ventilarse como uno de sus aspectos, aún sin necesidad de una petición expresa sobre prevalencia del título.

8. No habiendo el Tribunal errado al considerar como reivindicatoria la acción de restitución del vehículo, dirigida por Felixson contra Marco Fidel Osorio, quiere decir que no se acogió indebidamente, para definirla, a los preceptos civiles reguladores de la reivindicación. Entonces, como un argumento muy principal de la decisión denegatoria fue el de que Felixson en ningún momento adquirió el dominio del vehículo, por no haberle hecho Botero la tradición del mismo y no servir para efectuarla el simple contrato de venta a mérito de lo dispuesto en el artículo 1849 del Código Civil, faltando así uno de los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria, se tiene que la sentencia subsiste firme sobre este sustentáculo, el cual, por otra parte, no ha merecido ataque alguno en el recurso.

9. No resultan, pues, infringidos los textos de derecho sustancial a que la acusación se refiere, la que así se desecha.

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 veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO

Antecedentes de la institución. — El sistema del Código Civil. — La Ley 45 de 1930. — El régimen legal del pacto. — Situación de los terceros frente a las partes que han pactado la reserva del dominio. — La compraventa de bienes muebles es, en nuestro derecho, un contrato consensual. — Las normas sustanciales que regulan el derecho de propiedad y los modos de adquirirlo no pueden ser sustituidas por resoluciones administrativas o de policía, como son las concernientes al control de la importación y transferencia de los vehículos automotores.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 7 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 2 de noviembre de 1962 en el juicio ordinario de Villegas Hermanos & Cía. S. A., contra Carlos Palacio Jaramillo y otro.

El litigio

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Armenia, la Sociedad Villegas Hermanos & Cía. S. A. formuló demanda contra los señores Carlos Palacio Jaramillo y Jesús Antonio Niño Díaz, la cual contiene cinco series de peticiones, a saber:

Primera.

a) Que Villegas Hermanos & Cía. S. A., es dueña del vehículo automotor determinado en el hecho primero de la demanda y tenía dicho carácter el día 13 de marzo de 1961, fecha en que fue rematado en juicio ejecutivo de Silvio Ramírez contra el poseedor Jesús Antonio Niño;

b) Que, por haber permitido éste el remate del vehículo, está obligado a restituir el precio y a pagar los perjuicios causados a Villegas Hermanos & Cía. S. A. "dada su calidad de poseedor irregular, sin justo título y mala fe", y

c) Que el mismo Niño sea condenado en costas.

Segunda (Subsidiaria).

a) Que Villegas Hermanos & Cía. S. A., era dueña del vehículo en cuestión el 13 de marzo de 1961;

b) Que, por haber permitido el demandado Niño el remate del vehículo y haber sido poseedor irregular, sin justo título ni buena fe, está obligado a restituir el precio, a pagar los perjuicios causados y los frutos civiles que dicha sociedad hubiera podido percibir desde que aquél recibió el vehículo de Carlos Palacio Jaramillo, y

c) Que el demandado Niño sea condenado en costas.

Tercera (Subsidiaria de las anteriores).

a) Que es inoponible a Villegas Hermanos & Cía. S. A., no sólo por ser venta de cosa ajena, sino por carecer de los requisitos de solemnidad y publicidad de los contratos por valor mayor de $ 500.00, la venta del vehículo que el demandado Niño manifestó que le fue hecha desde mediados de 1959 por Carlos Palacio Jaramillo, y

b) Que, como consecuencia, se hagan las declaraciones solicitadas en los literales a), b) y c) de la primera serie.

Cuarta (Subsidiaria de las anteriores).

Que se hagan las declaraciones solicitadas en el literal a) de la tercera serie y en los literales a) y b) de la segunda serie.

Quinta (Subsidiaria de las anteriores).

a) Que el contrato verbal de venta del vehículo celebrado entre Carlos Palacio Jaramillo y Jesús Antonio Niño es nulo e inoponible a la sociedad actora, quien se lo había entregado al primero de los nombrados con pacto de reserva de dominio;

b) Que Villegas Hermanos & Cía. S. A. era dueña del vehículo y tenía mejor derecho de poseerlo que el doctor Niño el 13 de marzo de 1961;

c) Que, por haber sido Niño poseedor irregular, sin justo título ni buena fe y haber permitido el remate del vehículo "haciendo así difícil y más aún imposible el derecho de persecución inherente al dominio", está obligado a restituir al actor el precio del remate y a pagarle los perjuicios causados y los frutos civiles que dicho vehículo hubiera producido desde que le fue entregado a Niño, y

d) Que el demandado Niño sea condenado en costas.

Los hechos constitutivos de la *causa petendi* pueden sintetizarse así:

a) Villegas Hermanos & Cía. S. A. importó al país una camioneta Pick-Up, marca Ford, modelo 1959, serie F-100, distinguida con el motor número FIOC9E-40013;

b) El 26 de junio de 1959 dicha sociedad le vendió y entregó, con pacto de reserva de dominio, a Carlos Palacio Jaramillo el vehículo anteriormente determinado, por un precio de $ 28.113.91 pagadero así: $ 10.000.00 representados en una letra con vencimiento en 2 de octubre de 1959 "y que no ha sido cancelada todavía" y el saldo en doce letras por valor de $ 1.478.66 cada una, "de las cuales solamente cinco (5) han sido pagadas";

c) A solicitud del comprador, la Dirección de Circulación y Tránsito inscribió el correspondiente traspaso del vehículo, sin hacer relación al pacto de reserva del dominio estipulado en favor de la sociedad vendedora, y le expidió a Palacio Jaramillo la tarjeta denominada "pase o servicio que es copia exacta del asiento en el kardex de la matrícula", fechado éste el 9 de octubre de 1959;

d) El 14 de enero de 1960 el doctor Jesús Antonio Niño presentó a la Dirección de Circulación y Tránsito de Armenia los documentos de traspaso del vehículo otorgados a su favor por Palacio Jaramillo y solicitó el registro de dicho traspaso, lo que le fue negado "porque se le informó que en la documentación acompañada con la solicitud de matrícula para Carlos Palacio J. obraba la factura de Villegas Hermanos contentiva de la venta con pacto de reserva de dominio sobre el vehículo";

e) En la misma fecha últimamente mencionada, a solicitud del señor Silvio Ramírez, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Armenia secuestró preventivamente el vehículo, "el cual fue presentado voluntariamente por el doctor Jesús Antonio Niño", quien manifestó en el acto que éste era de su propiedad;

f) En el juicio ejecutivo a que accedieron las medidas precautelativas, Villegas Hermanos solicitó el levantamiento de las mismas con fundamento en el pacto de reserva del dominio estipulado en su favor con Palacio Jaramillo, solicitud que no prosperó;

g) El dicho juicio ejecutivo continuó su curso y el 13 de marzo de 1961 el señor Hugo Cortés Ochoa, "empleado del doctor Niño" remató el vehículo por la suma de $ 16.100.00;

h) Aprobado el remate y a solicitud de las partes, el vehículo le fue entregado por el secuestre al rematante, quien procedió a enajenarlo inmediatamente a Rodrigo Izasa Henao, vecino de Medellín, traspaso éste que "hace que la persecución del mismo se haga jurídicamente imposible, haciendo igualmente en extremo difícil su persecución material", por lo cual Villegas Hermanos & Cía. S. A. inició el presente juicio mediante demanda que se dirige contra los nombrados Palacio Jaramillo y Niño Díaz. También contiene el libelo otras afirmaciones, tales como las siguientes: que el demandado Niño Díaz ha confesado que la venta que le hiciera Palacio Jaramillo se otorgó verbalmente; que desde que el vehículo fue secuestrado en las ya mencionadas medidas precautelativas y hasta que el rematante Cortés Ochoa se lo entregó al último comprador Izasa Henao, el demandado Niño Díaz continuó usándolo; que éste último es arquitecto de profesión y persona solvente, pese a lo cual no evitó el remate del vehículo en el juicio ejecutivo adelantado en su contra por Silvio Ramírez; que Palacio Jaramillo, de profesión comerciante, dejó de pagarle a Villegas Hermanos & Cía. S. A. $ 22.119.28 por concepto del precio del contrato de compraventa del vehículo; que el 22 de enero de 1960 dicho señor se declaró en estado de insolvencia e hizo cesión de bienes a sus acreedores ante la Cámara de Comercio de

Armenia, y que "al hacer entrega del vehículo al doctor Jesús Antonio Niño, a título de venta, incurrió en dolo ..."

En sus respuestas al libelo los demandados se opusieron a las peticiones del actor, aceptaron algunos de los hechos y negaron otros. En particular, Palacio Jaramillo admitió ser cierto que él le vendió al doctor Niño Díaz el vehículo en litigio en los primeros días del mes de octubre de 1959, por la suma de veintitrés mil quinientos pesos que fue pagada por el comprador; que al celebrarse la negociación él hizo las cartas de venta y no sabe por qué el doctor Niño no las presentó para los efectos de su registro en las oficinas de Circulación; que él no informó al comprador sobre el pacto de reserva del dominio que afectaba el vehículo objeto de la venta por la urgencia con que necesitaba el dinero para flotantizar sus negocios. "Sinceramente creo que estaba en capacidad de seguir cumpliendo sus obligaciones para con la sociedad acreedora. Si ello no le fue posible, es cosa que ha lamentado y que dependió de la mala situación de negocios existente en la ciudad, por razones de la depresión económica que afectó al país y de la violencia que azota la región, con mengua de su prosperidad"; que la firma actora puede estar segura que él "habrá de cancelarle la obligación que para con ella tiene pendiente". Por su parte, el demandado Niño Díaz explicó que él adquirió el vehículo sin tener conocimiento alguno del pacto de reserva de dominio alegado por el actor y, por el contrario, convencido de que aquél estaba libre de todo problema, pues antes de celebrar la negociación con Palacio Jaramillo, personalmente se cercioró en la Oficina de Circulación y Tránsito de Armenia que la tarjeta correspondiente registraba como propietario al nombrado Palacio, sin condición de ninguna especie.

El juzgado del conocimiento, por sentencia de 28 de mayo de 1962, declaró probada la excepción de inepta demanda y, en consecuencia, absolvió a los demandados.

Por virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora se surtió la segunda instancia que culminó con el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira el 2 de noviembre de 1962.

El fallo del Tribunal

A vuelta de transcribir los pedimentos de la demanda y de relatar los hechos en que ésta se funda y las respuestas de los demandados, el sentenciador formula las siguientes consideraciones:

"No se discute en autos que la firma actora le vendió al señor Carlos Palacio Jaramillo el vehículo de que trata la demanda con pacto de reserva de dominio hasta que se hiciera el pago del precio. Se controvierte si este pacto es oponible al demandado señor doctor Jesús Antonio Niño Díaz, quien compró el vehículo al señor Palacio sin que éste hubiera pagado la totalidad del precio a la firma Villegas Hermanos & Cía. S. A.".

Con fundamento en el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, cuyo inciso 2º trata del pacto de reserva de dominio, y en el 768 del Código Civil, que define el concepto de la buena fe, el Tribunal expone:

"En el caso de este juicio el doctor Niño compró al señor Palacio Jaramillo la camioneta de que tratan los autos sobre la consideración de que el vendedor era propietario de ella. En efecto en la Oficina de Circulación y Tránsito de Armenia el vehículo estaba matriculado en forma categórica en cabeza del señor Palacio Jaramillo. 'Toda venta de vehículos automotores hecha con reserva de dominio, pacto comisorio u otro análogo, quedará registrada en la respectiva inscripción de matrícula que haga la Dirección de Tránsito y Transportes correspondiente, tanto en la tarjeta que se dé al interesado como en los libros de tal oficina', dice el *artículo 1º de la Resolución número 19 de 11 de enero de 1956* de la Superintendencia Nacional de Transportes y Tarifas. Por modo que si en la matrícula no constaba el pacto de reserva de dominio, bien puede afirmarse que el doctor Niño compró el vehículo suponiendo legítimamente que el vendedor era dueño sin restricciones. Porque el registro que se lleva en las oficinas de Tránsito si es verdad no tiene el mismo alcance de tradir que tiene el que se refiere a la propiedad inmueble, que se lleva en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, sí sirve para probar el dominio. *El artículo 84 de la Resolución número 181 de 10 de abril de 1954,* emanada del Ministerio de Fomento dice que 'la matrícula en las Direcciones de Circulación y Tránsito tendrá el carácter de registro de la propiedad de los vehículos automotores'. Por lo tanto si la matrícula es registro de la propiedad, ello quiere decir que se la puede tener como prueba del dominio. Siendo ello así, como lo es, debe concluirse que el señor Niño al comprar la camioneta al señor Palacio Jaramillo obró de buena fe.

"Ahora bien, como la cláusula sobre reserva del dominio no perjudica a terceros adquirentes de buena fe, se infiere que la firma actora no puede oponerla al demandado doctor Jesús Antonio Niño Díaz.

"Todas y cada una de las peticiones de la demanda se apoyan en la operancia de la referida cláusula contra el demandado Niño Díaz. Como contra éste no puede ser esgrimida —según está dicho— aquéllas no pueden ser acogidas. Se explica: lo que pide la parte actora lo funda en presuntos derechos que dice tener en la camioneta de que se trata por haberla vendido reservándose el dominio, al punto de que si la venta se hubiera realizado sin esta cláusula, nada de lo que se pidió, podía pedirse. Como para el demandado Niño Díaz la venta que le hizo Villegas Hermanos & Cía. S. A. al señor Palacio Jaramillo fue incondicional —ello equivale a afirmar que la parte actora no puede oponer al señor Niño Díaz la cláusula de reserva de dominio— las peticiones formuladas en la demanda apoyadas en el hecho que se afirma en ella de que fue condicional, no pueden prosperar".

Finalmente el Tribunal estima que es inexistente la excepción que declaró probada el juez *a quo,* por lo cual el fallo debe ser revocado.

Por lo dicho, la sentencia de segunda instancia resuelve:

"Primero. Se revoca el fallo recurrido.

"Segundo. Se deniegan las peticiones de la demanda y como consecuencia se absuelve a la parte demandada de todos los cargos que en aquélla se le formulan.

"Tercero. Costas en la primera instancia a cargo de la parte actora y sin ellas en esta instancia".

El recurso de casación

Contra el precitado fallo del Tribunal, la sociedad actora interpuso recurso de casación que funda en demanda que contiene seis cargos por infracción directa e indirecta del artículo 26 de la Constitución y de numerosas disposiciones legales. Los cinco primeros, aunque separadamente admiten estudio, se examinarán en conjunto, porque todos ellos, por motivos iguales o similares que se repiten y combinan entre sí, se encaminan a impugnar la calificación de buena fe del demandado Niño Díaz y su absolución por el Tribunal sentenciador. La sexta censura acusa errónea interpretación de la demanda y consecuencial quebranto de la citada norma constitucional y de todas las mismas disposiciones legales a que se refieren los cargos anteriores.

Cargos primero a quinto de la demanda

La motivación de estas censuras puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) El Tribunal reconoce que está fuera de discusión la venta del vehículo en litigio celebrada con pacto de reserva de dominio, entre Villegas Hermanos & Cía. S. A. y Carlos Palacio Jaramillo;

b) El demandado Niño Díaz, al decir del censor, confiesa en posiciones absueltas antes y en el juicio que el contrato de compraventa celebrado por él con Palacio Jaramillo fue verbal. Luego el Tribunal, al no haber tenido en cuenta esta confesión, incurrió en error de hecho, y al no haberle asignado el valor probatorio de ley, incurrió en error de derecho;

c) Si la compraventa de que trata el punto anterior fue verbal es inexistente, nula e inoponible a la sociedad demandante "por transgresión de los requisitos de solemnidad y *ad probationen* que regula el artículo 91 de la Ley 153 de 1887", en concordancia con los artículos 740, 745, 749, 785, 887, 1761, 1762, 1740, 1741, 1519, 1523, 2637 del Código Civil y 636, 637, 639, 640 a 648 del Código Judicial. En el expediente no se halla la prueba escrita del contrato, "el cual debió documentarse por escrito, estampillarse y reconocerse". Por lo tanto, "al afirmar el Tribunal que es un hecho cierto e indiscutible que el doctor Niño ostenta la condición de comprador, incurrió en manifiesto error de hecho" e infringió las citadas disposiciones legales;

d) La posesión regular requiere título justo y válido, y buena fe (artículo 745 del Código Civil). Es así que Niño Díaz no tiene título, porque el alegado por él es nulo, inexistente e inoponible, luego es un poseedor irregular. "Si el doctor Niño hubiera probado el hecho posesorio que invoca de estos requisitos, su posición judicial en este negocio habría sido inimpugnable, porque entonces para él sería realmente inoponible el contrato celebrado entre Villegas Hermanos y su vendedor (sic) Palacio Jaramillo". Además la posesión adquirida por transferencia también requiere la tradición (artículo 763, inciso 4º), acto este que tampoco está probado en el juicio y que escapa a la presunción del artículo últimamente citado;

e) La buena fe en el poseedor que alega haber adquirido cosa por transferencia presupone, se-

gún antigua jurisprudencia de la Corte, la existencia de un título justo y válido (artículo 762, en armonía con artículos 748, 765, 766 y siguientes), de que carece Niño Díaz porque el que éste dice tener es inexistente y nulo. Luego, al darlo el Tribunal como probado, a pesar de las confesiones de dicho demandado de no haber cumplido las formalidades exigidas por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos citados, incurrió en error de derecho;

f) La buena fe se presupone cuando quien la alega ha incurrido en error de hecho. Pero, por el contrario, el error de derecho hace presumir la mala fe (artículo 768, inciso 4º). Si el demandado Niño erró al creer que podía celebrar verbalmente y no por escrito el contrato con Palacio Jaramillo, pese a las disposiciones legales que prescriben esta última forma, su error fue de derecho y lo constituye el poseedor de mala fe, al contrario de lo afirmado por el Tribunal que también incurrió en error de la misma índole en la apreciación probatoria;

g) "Las resoluciones de los ministerios o de otros órganos administrativos apenas sí tienen carácter puramente reglamentario, y ni suplen ni sustituyen a la ley expresa, ni obligan cuando sus disposiciones sean contrarias a las mismas leyes (artículo 12 de la Ley 153 de 1887). Si un órgano jurisdiccional, al dirimir una controversia aplica tales reglamentos, existiendo ley expresa aplicable al caso, viola el precepto del artículo 26 de la Constitución en materia grave". El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar como prueba del dominio el certificado expedido por la Oficina de Circulación y Tránsito de Armenia, según el cual "el vehículo estaba matriculado en forma categórica en cabeza del señor Palacio Jaramillo, habiendo obrado de buena fe el doctor Niño D. al efectuar la compra al mismo señor Palacio J." "Con este error violó el artículo 637 del Código Judicial, ya que le dio el carácter de documento privado demostrativo del dominio a la matrícula del vehículo, violación medio, que lo llevó a aplicar indebidamente las disposiciones citadas al comienzo de este cargo y a no dar aplicación a las que allí también se precisaron".

Con tales argumentaciones el censor estima que el Tribunal quebrantó, unas veces directamente y otras indirectamente, los artículos, 4, 6, 43, 52, 66, 669, 673, 740, 745, 749, 750, 752, 756, 759, 764, 765, 768, 769, 946, 947, 950, 952, 957, 1518, 1519, 1523, 1740, 1741, 1757, 1758, 1759, 1761, 1762, 1763, 1849, 1857, 1871 del Código Civil, los 52 y 54 del Código de Régimen Político y Municipal, los 11, 12, 19 y 91 de la Ley 153 de 1887, el 1º de la Ley 45 de 1930, los 637, 639, 640 a 648 del Código Judicial.

Consideraciones de la Corte:

Frente a la Ley 45 de 1930 que restableció la vigencia práctica del pacto de reserva de dominio, la Corte tiene ahora la oportunidad de examinar uno de los aspectos que ofrece dicho pacto, cual es el que toca con el conflicto de derechos que puede presentarse entre el vendedor amparado con la reserva y los terceros que adquieren la cosa antes del pago del precio de la misma. Para dilucidar este problema, conviene recordar ideas generales acerca de los antecedentes doctrinales de tal institución, de su concepción en el Código Civil, y del alcanle de la citada Ley de 1930.

I. Antecedentes de la institución. *Según opinión no demostrada y que parece errónea, el* pactum reservati dominii, *como accesorio del contrato de compraventa o, lo que sería más exacto, de la tradición, se remontaría al propio Derecho Romano. Lo cierto es que a partir del siglo XVII se registra movimiento doctrinal y legislativo de alguna importancia en torno a la referida institución; primeramente en el campo de la propiedad inmobiliaria y después en el tráfico mercantil, o sea en las transacciones relativas a los bienes muebles, en el cual el pacto en cuestión se ha mirado como un estímulo efectivo para el fomento de la distribución y venta de los productos industriales.*

De las varias teorías elaboradas por la doctrina para explicar la naturaleza del pacto solamente interesa aquí la que ciertamente inspiró al autor de nuestro Código Civil, cual fue la dominante en el pensamiento de los pandectistas.

Sabido es que éstos impusieron la llamada "teoría del título y el modo", conforme con la cual la transferencia de la propiedad, vale decir, su traslación por acto entre vivos, suponía en el Derecho Romano la concurrencia de dos actos jurídicos distintos y sucesivos, a saber: un contrato (título), traslaticio del dominio, como la venta, la permuta, la donación, etc. y que producía obligación de dar (dare) *una cosa; y la tradición (modo), convención real que consistía en la entrega de dicha cosa* (corpus) *acompañada del ánimo recíproco de enajenar y adquirir* (animus).

Con fundamento en la precitada teoría, el pacto de reserva del dominio lógicamente se ubicó

en el campo de la tradición o modo, cuyo efecto translativo se difería por dicho pacto, y quedó excluido del contrato de compraventa o título, por ser éste sólo fuente de obligaciones y en el cual el pago del precio estaba tutelado por las acciones clásicas de venditi *o cumplimiento y resolutoria. Situado así, la explicación de la naturaleza jurídica del pacto es bien clara: la transferencia de la propiedad, efecto de la tradición, se hace depender del cumplimiento de una condición suspensiva que consiste en el pago del precio por el comprador, quien, al recibir la cosa, apenas sí adquiere, entre tanto, la calidad de tenedor de la misma.*

Para aclarar todavía más este último aspecto y la inteligencia de nuestro régimen legal pertinente, conviene insistir en que, dentro de esta concepción doctrinal, el hecho del pago del precio es elemento común del contrato de compraventa y de la tradición a que accede el pacto de reserva del dominio, pero tal hecho actúa de diferente manera en el uno y en la otra. En la compraventa el pago extingue la obligación principal del comprador, y su inejecución (condición resolutoria) apareja contra éste la acción de venditi *o, alternativamente, la resolutoria por incumplimiento del contrato. En el pacto de reserva del dominio, la obligación de pagar el precio entraña condición suspensiva que difiere los efectos de la tradición, y que cumplida hace que estos se produzcan, o sea, que el comprador que ha recibido la cosa se convierta en propietario, y su tenencia en posesión de la misma.*

II. El sistema del Código Civil. *La precitada construcción doctrinal fue la consagrada por el Código del señor Bello y la que explica, como adelante se verá, los efectos que la institución está llamada a producir.*

Dentro de la gran amplitud que este Código le reconoce a la autonomía de la voluntad privada (artículo 1602), los particulares están autorizados para subordinar la eficacia de sus actos jurídicos a cualesquiera condiciones posibles y lícitas (artículo 1532), autorización esta que concretamente se repite respecto del contrato de compraventa (artículo 1945) y de la tradición (artículo 750, 1). Por tanto, dentro de este sistema general, el pacto de reserva del dominio bien habría podido ingresar en nuestro derecho contractual sin necesidad de reconocimiento particular, y su régimen habría podido estructurarse solamente a base de las estipulaciones usuales de los interesados y de la aplicación de las normas y principios supletivos. Sin embargo, el señor Bello consideró conveniente darle a esta institución la especial importancia que se le atribuía en su época. Así, habiendo acogido la teoría del título y el modo, en el que es hoy el artículo 750 de nuestro Código, que forma parte del tratado de la tradición (modo), escribió: "Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición". Y luego en el tratado de la compraventa (título), contrato que no queda afectado por el referido pacto, especialmente en lo que toca con las acciones que tradicionalmente se le atribuyen (la de venditi *y la resolutoria), insertó el siguiente texto declarativo de la idea últimamente expuesta: "La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o de los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio" (artículo 1931).*

De suerte que es indiscutible que en los dos textos transcritos el autor de nuestro Código consagró integralmente la doctrina dominante en su época acerca de la naturaleza del pacto de reserva del dominio. Sin embargo, tal institución legal dejó de operar durante largo tiempo, porque desde la adopción misma del Código, la jurisprudencia y los comentaristas chilenos y colombianos reputaron contradictorios los precitados textos, y al darle prevalencia al posterior (artículo 1931), condenaron a la ineficacia la estipulación de la condición suspensiva consagrada en el anterior (artículo 750) y en la cual radica, como quedó dicho, toda la esencia del pacto de reserva del dominio (sic. casación 4 de mayo de 1907, XXVIII, 110).

III. La Ley 45 de 1930. *En este año, las repercusiones de la crisis mundial sobre la distribución y venta de las mercaderías indujeron al legislador colombiano a revitalizar el pacto de reserva del dominio como estímulo para el fomento de dicha etapa del proceso económico especialmente afectada entonces. Así, el artículo 1º de la ley citada, a la vez que reprodujo el artículo 1931 del Código, pero reduciendo su alcance a los bienes inmuebles y con el claro propósito de mantener respecto de éstos la prescripción doctrinal y jurisprudencial del pacto de reserva, sí lo convalidó expresamente en punto de la compraventa de bienes muebles. Reza este texto legal: "La cláusula de no transferirse*

el dominio de los bienes raíces sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo 1930 del Código Civil, y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho del inmueble, o los derechos que hubiere constituido sobre el mismo, en el tiempo intermedio.

"La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe".

Por tanto, esta ley apenas sí se limitó a restablecer, respecto de los muebles, el vigor del artículo 750 del Código, declarando expresamente la validez de la condición suspensiva en que se funda el pacto de reserva del dominio, validez esta real o aparentemente negada por el artículo 1931 de la misma obra; a ratificar la libertad contractual en punto de las estipulaciones acordadas por los pactantes, y, finalmente, a reafirmar la inoponibilidad de dicho pacto respecto de los "terceros poseedores de buena fe" o, mejor dicho, de ciertos adquirentes de la cosa afectada por la reserva. Con otras palabras, a diferencia de numerosas legislaciones del presente siglo que se han ocupado de esta institución, consideradas según ya se dijo, como factor de gran valía para el fomento del crédito mercantil y que la han reglamentado pormenorizadamente en cuanto a las garantías del vendedor, a la protección de los compradores contra las cláusulas leoninas, a la adecuada publicidad de este pacto restrictivo, al amparo de los derechos de los terceros, a la definición del status *de los acreedores quirografarios de las partes, al régimen de los riesgos por la pérdida o deterioro de la cosa, etc., nuestra Ley de 1930 se redujo a restablecer la institución tal como fue concebida y consagrada por el autor del Código Civil.*

IV. El régimen legal del pacto. *Esta última conclusión es de especial importancia, porque de ella se desprende la necesidad de recurrir, en defecto de estipulaciones contractuales expresas, a las soluciones particulares y generales que el Código ofrece para la determinación del régimen jurídico de los variados problemas que suscita el pacto de reserva del dominio.*

Dentro de este orden de ideas, lo primero que hay que observar es que el pacto en cuestión pertenece a la categoría de los actos jurídicos típicos *o* nominados *porque está particularmente reconocido y parcialmente reglamentado por la ley. Por ello, el orden de prelación normativa pertinente es a saber:*

a) Las leyes imperativas que no pueden ser derogadas por convenciones privadas;

b) Las cláusulas libremente estipuladas por los contratantes;

c) Las pocas reglas legales propias del pacto;

d) Las normas y principios generales de los actos jurídicos y de los contratos;

e) Las leyes que regulen materias semejantes (analogía de ley), y

f) La doctrina constitucional y los principios generales del derecho (analogía de derecho).

Así, los principales efectos del pacto de reserva entre las partes obedecen a los siguientes lineamientos generales, en su mayoría ya tratados por la doctrina de la Corte:

1º El pacto en cuestión se ubica en el campo de la tradición (Código Civil, artículo 750);

2º A diferencia del contrato de compraventa en el cual el incumplimiento en el pago del precio opera como una condición resolutoria (artículos 1546 y 1930 ibídem *e inciso 1º artículo 1º de la Ley 45 de 1930), el pago diferido de dicho precio constituye condición suspensiva de los efectos propios de la tradición, que, en principio, miran a la transferencia de la propiedad de la cosa vendida: el vendedor la conserva y el comprador al recibir la cosa solamente adquiere la calidad de tenedor de ésta (*ibídem *artículo 786);*

*3º Fallida esta condición suspensiva por el incumplimiento del comprador (*ibídem *artículo 1539), el vendedor-propietario puede ejercitar contra aquél la acción de tenencia o la de reivindicación, según el caso, aunque dicho comprador no sea poseedor, sino mero tenedor (*ibídem, *artículos 946 y 971), bien sea que ejercite la última conjuntamente con la resolutoria del contrato por incumplimiento (*ibídem, *1546 y 1930) o con independencia de ésta;*

*4º El comprador-tenedor responde de la conservación de la cosa hasta la culpa leve, la cual se presume (*ibídem, *artículos 1543 y 1604); y la pérdida de dicha cosa por caso fortuito es de cargo del vendedor, salvo estipulación en contrario (*ibídem, *artículos 1543 y 1604);*

5º Si el comprador enajena la cosa antes del pago del precio, haciendo imposible o difícil su persecución por el dueño, obra de mala fe y debe

indemnizarle a éste todos los perjuicios irrogados (ibídem, *artículo 955);*

6º El pago del precio a la vez que extingue la condición resolutoria de la compraventa, implica el cumplimiento de la condición suspensiva que difería los efectos de la tradición y, por ende, el comprador se convierte en propietario y poseedor de la cosa con efecto retroactivo a la fecha de la entrega y sin necesidad de que el vendedor realice acto alguno adicional con tal fin; y al consolidarse las enajenaciones que aquél hubiere hecho en el tiempo intermedio, cesa su responsabilidad por este concepto (ibídem, *artículo 955 y Ley 45 de 1930, artículo 1º, 1); finalmente los precitados efectos legales del pacto de reserva del dominio entre las partes están subordinados a las estipulaciones de éstas dentro de los límites señalados a la autonomía de la voluntad privada (ver sentencias N. G. 25 de febrero de 1959, XC, 67 y siguientes, y 1º de septiembre de 1959, XCI, 672; casación 2 de diciembre de 1960, XCIV, 116 y siguientes).*

Ahora bien, en lo tocante a la situación de los terceros frente a las partes que han pactado la reserva del dominio se tiene:

Los problemas en este campo solamente se suscitan cuando el comprador originario, o sea, el que ha celebrado el pacto enajena o grava la cosa afectada, y, además, deja de pagar el precio de la misma en la oportunidad debida. Pues si este último evento no se da, como ya quedó expresado, dicho pago implica la extinción de la condición resolutoria de la compraventa y el cumplimiento de la suspensiva de la tradición, con lo cual se consolidan retroactivamente los referidos gravámenes y enajenaciones (Ley 45 de 1930, artículo 1º, 1). Pero, si el comprador con pacto de reserva deja de pagar el precio, al cumplirse la condición resolutoria del contrato y fallar simultáneamente la suspensiva de la tradición, surge delicado conflicto entre los derechos del vendedor-propietario y los de los terceros adquirentes de la cosa.

La Ley 45 de 1930 expresamente resuelve este conflicto en favor de los terceros adquirentes de buena fe y, a contrario sensu, *en contra de los que no tienen esta calidad, pues, el artículo 1º de dicha ley, a vuelta de declarar la validez del pacto, desde luego entre las partes, en su colon final agrega: "sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe", con lo cual hace inoponible la reserva del dominio respecto de éstos, ratificando así el sistema general del Código, especialmente en lo que toca con los efectos de las condiciones suspensivas y resolutorias frente a terceros.*

Entonces, el punto de partida para la solución del comentado conflicto de derechos es el de la determinación de la buena o mala fe del tercero adquirente, problema este que, al igual que en todos los casos de condiciones estipuladas inter alios, *se reduce a definir si dicho tercero tenía o no conocimiento de estas condiciones (artículos 1547 y 1548). En caso afirmativo, el tercero es de mala fe, y en el negativo es de buena fe (artículo 768), a lo que se agrega que esta última calidad se presume legalmente, por lo cual quien alega la mala fe del tercero debe probar precisamente el conocimiento que éste tuviera de la condición de que se trata (artículo 769).*

El adquirente de mala fe no goza de protección legal. El vendedor amparado con la reserva puede, como dueño de la cosa, reivindicarla contra aquél y exigirle todas las prestaciones que apareja esta acción, y si dicho adquirente ha dejado de poseer por su hecho o culpa, queda sujeto a la indemnización de perjuicios (artículos 955, 957 y 2341).

Por el contrario, el tercero adquirente de buena fe está amparado por la inoponibilidad del pacto de reserva de dominio, expresamente declarada por la Ley 45 de 1930, como también lo está por la inoponibilidad de la condición resolutoria del contrato de compraventa (artículos 1547 y 1933), o sea que contra él ya no procede la acción reivindicatoria del vendedor propietario (casación 8 de marzo de 1933, XLI, 210).

En conclusión: a diferencia de otras legislaciones que establecen sistemas de publicidad para el pacto de reserva del dominio y que más que a la buena fe de los terceros adquirentes de las cosas por él afectadas, atienden a la diligencia prestada por éstos para cerciorarse del verdadero status *jurídico de dichas cosas, la vigente entre nosotros resuelve el conflicto de derechos entre el vendedor amparado por tal pacto y los terceros dándole prevalencia a la buena fe de éstos, vale decir, a su persuasión de haber adquirido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato de que entienden derivar su derecho (Código Civil, artículo 768). De esta suerte, la reserva que estipula el vendedor, prestándole confianza a su comprador y entregándole la cosa antes de la paga del precio, tiene que ceder ante las terceras personas que ignoran la existencia de esa condición suspensiva pactada* inter alios.

Ahora bien, examinados los cargos primero a quinto a la luz de las precitadas consideraciones, resulta:

Cierto es que el Tribunal reconoce que está fuera de discusión el contrato de compraventa, con reserva de dominio, celebrado entre Villegas Hermanos & Cía. S. A. y Carlos Palacio Jaramillo, respecto del vehículo materia de este litigio. Además tal contrato está plenamente acreditado mediante documento que no ha sido materia de objeción ni de tacha.

Por otra parte, la venta que Palacio Jaramillo le hiciera del mismo vehículo a Jesús Antonio Niño Díaz también está plenamente establecida: en primer término, por la propia confesión de la sociedad actora, la que precisamente demanda en este juicio declaraciones tales como las de que dicho contrato implica venta de cosa ajena, de que es nulo, de que le es inoponible, etc. Además, la celebración de este contrato está corroborada por las manifestaciones hechas al respecto por los demandados Palacio Jaramillo y Niño Díaz en sus respuestas a la demanda y por los documentos de traspaso del vehículo dirigidos por el primero de los nombrados al Servicio de Inteligencia Colombiano y al Inspector de Transportes y Tránsito de Armenia.

En realidad el censor no niega la celebración de este segundo contrato, pues, que de hacerlo se colocaría en contradicción con las pretensiones del actor en el juicio. El reparo que, según quedó visto, le formula con insistencia a dicho acto es el de haber sido celebrado verbalmente, cuando se ha debido hacer constar por escrito en acatamiento de lo preceptuado en el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, por versar sobre cosa de mayor valor de quinientos pesos. De tal circunstancia es de donde aquél pretende derivar la ineficacia del acto en cuestión, la mala fe del demandado Niño Díaz, los errores de hecho y de derecho que le atribuye a éste y al Tribunal sentenciador y la infracción del precitado texto legal y de las demás disposiciones relacionadas en los cargos.

Lo primero que hay que observar a este respecto es que no es cierto que el demandado Niño Díaz haya confesado celebración verbal del contrato con Palacio Jaramillo. En posiciones rendidas en el juicio ejecutivo que le siguió Silvio Ramírez, dijo: "Yo sí ostento los respectivos papeles necesarios para la transferencia de esta clase de bienes, los cuales figuran suscritos a mi favor por el señor Carlos Palacio Jaramillo, habiéndose hecho las diligencias necesarias en las oficinas del SIC de la ciudad, habiendo quedado pendiente la matrícula en mi favor en la Oficina de Circulación y Tránsito de la ciudad" (cuaderno 1, folio 10 vuelto). Y en las posiciones rendidas en el presente juicio expresó: "... para formalizar dicho negocio ... procedimos a llenar los documentos legales, lo mismo que los formatos que para este caso emplean las Oficinas de Circulación y Tránsito; llenado este requisito procedí a pagarle el vehículo, lo cual hice así: parte en efectivo y parte en una letra. Los papeles de traspaso reposan en mi poder, con la firma auténtica del señor Palacio". En segundo lugar, visto está que en los autos obran los documentos de traspaso a que alude el absolvente y presentados a tales entidades oficiales el día 14 de enero de 1960, fecha en la cual estas impartieron, según consta en notas agregadas, las respectivas autorizaciones para el traspaso del vehículo. No existe, pues, en este punto error alguno de hecho cometido por el sentenciador por no haber tenido en cuenta aquellas posiciones ni por haber supuesto la existencia en autos de estos documentos, como tampoco se encuentran errores de derecho en materia probatoria en la apreciación de tales medios.

Pero, aún en el supuesto de que el contrato de compraventa entre Palacio Jaramillo y Niño Díaz hubiera sido verbal, de esta circunstancia tampoco se derivarían las consecuencias jurídicas que pretende el censor. *Sabido es que la compraventa de bienes muebles es en nuestro derecho, un contrato consensual, o sea de los que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes (Código Civil, artículos 1500 y 1857). Cierto es que el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que todo acto o contrato que contenga la promesa o entrega de cosa que valga más de quinientos pesos debe hacerse constar por escrito. Pero, esta exigencia legal no tiene el alcance de elevar los actos y contratos de que trata a la categoría de los solemnes, en los cuales sí la inobservancia de la forma repercute sobre su existencia y validez (*ibídem, *artículos 1500 y 1741), sino que se endereza a excluir, en concordancia con el artículo 1767 del Código Civil y salvas excepciones establecidas en la propia ley, la prueba testimonial respecto de dichos actos y contratos. Con otras palabras: el acto o contrato consensual que sobrepase el valor mencionado y respecto del cual se haya omitido la forma escrita de ley, existe válidamente, pero sólo podría ser acreditado por confesión o por un principio de prueba por escrito complementado con otros medios. Tal es la doctrina constante de la Corte desde la expedición, o casi, de la citada ley de 1887. Así, en casación del 18 de febrero de 1892,*

dijo: "El artículo 91 de la Ley 153 de 1887 no significa que los contratos que valgan más de quinientos pesos son solemnes. Hay diferencia entre la naturaleza de un contrato y la prueba del mismo; a lo último se refiere dicho artículo. Es pues un error anular un contrato por falta de la prueba escrita, si el contrato no es solemne. El artículo 91, citado, no excluye sino la prueba testimonial; no habría motivo para rechazar, por ejemplo, la prueba de confesión judicial" (Tomo VII, página 92).

De lo anteriormente dicho se infiere que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho y de derecho que se le atribuyen en las censuras por haber reconocido la existencia y validez del contrato de venta del vehículo en litigio entre Palacio Jaramillo y Niño Díaz, como también que son igualmente inexactas las aseveraciones insistentes de la demanda de casación acerca de que el nombrado Niño Díaz haya carecido de título traslativo justo y válido, que su posesión haya sido de mala fe por estar fundada en el error de derecho que consistiría en creer admisible la celebración de contrato sobre cosa que valga más de quinientos pesos sin necesidad de recurrir a la forma escrita, so pena de nulidad del acto, y que el sentenciador hubiera incurrido en este mismo error de derecho en la apreciación probatoria. Es igualmente inocuo y contrario a la realidad procesal el argumento de que a Niño Díaz no le hubiera hecho tradición su vendedor. En el contrato celebrado por la sociedad actora con Palacio Jaramillo, presentado a la Administración de Impuestos Nacionales para el pago del timbre del respectivo documento el 14 de enero de 1960, consta la entrega que aquélla le hiciera a éste, y en la misma fecha el vehículo se encontró en poder del nombrado Niño Díaz, quien declaró ser su propietario, según consta en el acta del secuestro del mismo practicada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Armenia. Quiere esto decir que en tal fecha Niño Díaz era poseedor del bien, lo que hacía presumir la tradición por parte de Palacio Jaramillo (artículo 764). Tampoco incurrió, pues, el Tribunal en ningún error de hecho o de derecho a este respecto.

Quedando descartadas todas las censuras que se encaminan a impugnar el fallo recurrido por no haber calificado al demandado Niño Díaz como poseedor de mala fe, con fundamento en el supuesto error de derecho que éste habría cometido al creer que podía contratar verbalmente con Palacio Jaramillo, lo que ya se vio es inexacto jurídicamente y que pugna además con la realidad procesal, todos los cargos que se examinan quedan entonces reducidos a los ataques que contienen en relación con los factores que determinaron la apreciación de hecho de la buena fe con que procedió dicho demandado Niño al comprarle el vehículo a Palacio Jaramillo.

Reiteradamente ha enseñado la Corte que "en desarrollo de los artículos 768 y 769 del Código Civil, ha establecido la jurisprudencia que la buena fe es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los tribunales son soberanos. La estimación del sentenciador sobre hechos morales ha dicho la Sala, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino por pruebas evidentes en contrario, desechadas por el fallador en segundo grado. Además debe recordarse que el poseedor irregular, y así habría de calificarse a la persona que adquiere de quien no tiene justo título sobre la cosa que vende, puede ser de buena fe con arreglo a los artículos 764, 769 y 770 del Código Civil" (sentencia de 13 de febrero de 1948, LXIII, 731).

Ahora bien, el censor no ha logrado demostrar que el Tribunal hubiera desechado prueba alguna que evidentemente demostrara la mala fe del demandado Niño Díaz y que le permitiera a la Corte rectificar las apreciaciones que aquél hizo en uso de su autonomía judicial. En manera alguna constituye la contraevidencia requerida para el efecto indicado, la circunstancia de que el fallador hubiera expresado desacertadamente lo que sigue: "El artículo 84 de la Resolución número 181 de 10 de abril de 1954, emanada del Ministerio de Fomento dice que 'la matrícula en las Direcciones de Circulación y Tránsito tendrá el carácter de registro de la propiedad de los vehículos automotores'. Por lo tanto si la matrícula es registro de la propiedad, ello quiere decir que se la puede tener como prueba del dominio. Siendo ello así, como lo es, debe concluirse que el señor Niño al comprar la camioneta al señor Palacio Jaramillo obró de buena fe".

Tiene razón el censor cuando afirma que las normas sustanciales que regulan el derecho de propiedad y los modos de adquirirlo no pueden ser sustituidas por resoluciones administrativas o de policía, como son las concernientes al control de la importación y transferencia de los vehículos automotores. Así lo ha declarado la Corte en casación del 15 de julio de 1965 aún no publicada en la Gaceta Judicial. Y también ha dicho al respecto: "... el traspaso o la matrícula en el Tránsito no es en sí título de dominio sobre

los automotores, sino simplemente la demostración de la persona que, siendo propietaria o no, debe responder ante las autoridades de Tránsito en relación con el vehículo correspondiente ..." (casación 24 de junio de 1965, aún no publicada). Pero, estando plenamente probado que en la tarjeta de matrícula del vehículo en litigio, elaborada por la Dirección de Circulación y Tránsito de Armenia, en la cual se registró la transferencia del vehículo en litigio a Palacio Jaramillo, se hizo figurar a éste como propietario sin limitación alguna y sin la constancia de la reserva del dominio sobre el mismo en favor de la sociedad actora, la conclusión final que el Tribunal deduce en el paso transcrito sí es acertada: al comprarle Niño Díaz a Palacio Jaramillo el vehículo con fundamento en los datos suministrados por la matrícula oficial del mismo, procedió de buena fe.

La existencia de oficinas públicas encargadas de llevar el registro de los vehículos automotores y de las negociaciones celebradas respecto de los mismos, aunque sólo obedezca a fines de índole policiva, inducen al público a creer de buena fe que tales registros se han realizado de conformidad con las normas administrativas pertinentes y que, por tanto, dan cuenta de la verdadera situación de dichos vehículos. De esta suerte, las omisiones en que al respecto incurran los funcionarios responsables pueden dar lugar a un error común, fuente de derecho para quienes, sin culpa suya incurren en él, que tal fue lo que le aconteció al demandado Niño Díaz.

En conclusión, el Tribunal sentenciador aplicó debidamente el artículo 1º de la Ley 45 de 1930 y las normas legales con este relacionadas, y no incurrió en infracción directa ni indirecta del texto constitucional y de todas las otras numerosas disposiciones legales que se citan en los cargos primero a quinto de la demanda de casación, por lo cual, estos no prosperan.

Sexto cargo de la demanda

Fundándose también en la causal primera de casación, el censor acusa quebranto del artículo 26 de la Carta y de todas las mismas leyes sustantivas y no sustantivas a que se refieren los cargos anteriores, por interpretación errónea del libelo de demanda. Además, concluye: "... igualmente dejó sin aplicación en la forma debida, o sea con todas las consecuencias legales de la norma, el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, y el 780 del Código Civil".

Para los fines de esta censura, se cita el paso del fallo acusado, ya transcrito anteriormente, en el cual el Tribunal declara: "Todas y cada una de las peticiones de la demanda se apoyan en la operancia de la referida cláusula contra el demandado Niño Díaz. Como contra éste no puede ser esgrimida —según está dicho— aquéllas no pueden ser acogidas ...". Esta afirmación le merece al censor el siguiente comentario que resume las explicaciones pormenorizadas hechas por él al respecto: "Ahora bien: el Tribunal sostiene que todas las acciones de la demanda se fundan en la operancia de la cláusula de reserva de dominio, y previene que todo el litigio se limita a establecer si el contrato de Villegas Hermanos con Palacio Jaramillo es oponible al doctor Jesús A. Niño, lo cual no es absolutamente cierto, porque la demanda contiene otras afirmaciones, vr. gr., la nulidad del contrato de venta entre Palacio Jaramillo y el doctor Niño Díaz; la venta de cosa ajena entre los mismos, y porque si el demandado y el Tribunal juzgan que lo que se controvierte es la inoponibilidad del contrato de Villegas Hermanos, el actor ha demandado precisamente lo contrario a saber, que el contrato entre Niño Díaz y Palacio Jaramillo le es inoponible, porque siendo de venta por cuantía mayor de quinientos pesos carece de solemnidades y por ende de fecha cierta, artículos 1761 y 1762 del Código Civil. La inoponibilidad, fenómeno jurídico diferente a la nulidad es un elemento de garantía o protección jurídica" ... "además, si bien el fondo de todas las acciones propuestas es la acción de dominio, subrogatoria de la cosa al precio, el orden y prelación de las mismas varía, pues en algunas la acción es directa, como ocurre en la primera, y segunda subsidiaria, e indirecta, en las tres últimas".

"El Tribunal confundió, lo que está claramente separado en cada una de las acciones propuestas, separación que obedece a los diversos derechos principales y concurrentes que se invocan en la demanda, y los cuales se hallan consagrados en diversos preceptos del Código Civil".

Consideraciones de la Corte:

Efectivamente, de la lectura del paso del fallo recurrido que cita el censor y de todo el contexto de la misma providencia resulta que el Tribunal restringió toda la litis-contestación a la operancia del pacto de reserva de dominio estipulado entre Villegas Hermanos & Cía. S. A. y Carlos Palacio Jaramillo, frente al demandado Jesús Antonio Niño Díaz, con lo cual incurrió en manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda, cuyas peticiones no se reducen a la declaratoria del derecho de propiedad que dicha

sociedad pudiera tener sobre el vehículo en litigio, sino que también contempla otros extremos diversos, como lo son la presunta nulidad de la compraventa celebrada entre los demandados, la calificación de este contrato como de venta de cosa ajena, la inoponibilidad del mismo al actor, etc. Este error es tanto más evidente como que la demanda no fue formulada exclusivamente contra Niño Díaz, sino que en ella también se citó como reo a Palacio Jaramillo.

Sin embargo, al formular este cargo el censor se limita a demostrar el precitado error de hecho en la apreciación de la demanda, pero se detiene en ello, pues no precisa en qué forma y por cuál concepto el Tribunal llegó a quebrantar el texto constitucional y las innumerables normas legales que invoca. Lo único que, como ya se dijo, explica a este respecto, que es el fundamental en cargo que pretenda fundarse en la causal primera de casación, es que "igualmente dejó sin aplicación en la forma debida, o sea con todas las consecuencias legales de la norma, el artículo 1º de la Ley 45 de 1930 y el 780 del Código Civil". En repetidas ocasiones ha sentado la Corte esta clara doctrina: "Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto" (casación, 29 de octubre de 1937, *Gaceta Judicial* número 1934, página 205).

En consecuencia, el cargo no puede prosperar por deficiencia técnica en su formulación.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de fecha 2 de noviembre de 1962 en el juicio ordinario seguido por Villegas Hermanos & Cía. S. A. contra Jesús Antonio Niño Díaz y Carlos Palacio Jaramillo.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse. Con salvamento, *Fernando Hinestrosa.* Con salvamento, *Enrique López de la Pava; Guillermo Ospina Fernández.*

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Fernando Hinestrosa

Mi discrepancia con el criterio de la mayoría de la Sala radica en la actitud asumida delante del tercero, a quien se opone el pacto de reserva de dominio y, singularmente, en lo que se refiere a la manera como ha de tratarse la conducta por él asumida al adquirir la cosa que el enajenante tenía pendiente aquella condición.

Siendo evidente que la ley protege a los terceros adquirentes de buena fe, la dificultad estriba en quiénes merecen ese calificativo y, más en concreto, en qué consiste la buena fe, cómo la ha de juzgar y cómo opera respecto de ella, en el proceso, el juego de las presunciones.

Conforme con la doctrina sentada en el fallo, de la que me aparto, basta entonces la persuasión por parte del tercero de haber adquirido la cosa de quien tenía facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato de que entiende derivar su derecho (Código Civil, artículo 768), presumida de suyo, de modo que en tanto no se acredite la noticia previa que tuvo de la limitación, condicionalidad, falta de título o vicio del mismo, directa y fehacientemente por el reivindicante, el tercero será juzgado como de buena fe, que le permite de por sí, unida a la negociación, adquirir eficaz e inexpugnablemente.

La buena fe o, escuetamente, la *fides*, consiste en la posibilidad de creer, de confiar: en que el compromiso asumido por alguien va a ser rigurosamente cumplido, especialmente, y por razones históricas y conceptuales, en los contratos bilaterales, donde las prestaciones son recíprocas y, en general dentro de toda relación crediticia, que impone a las partes, cardinalmente al deudor, el deber de comportarse, en todo momento y acorde con las circunstancias, con estricta y activa honestidad (Código Civil, 1603), a tono con un concepto ampliado de la *custodia;* y en que el tradente que ha ejecutado el título al

hacer la entrega de la cosa contaba con el derecho que dijo transmitir, gozaba de aptitud dispositiva y la operación antecedente fue legítima y regular.

En el primer evento, las circunstancias se aprecian en términos concretos, atendiendo simultáneamente a la naturaleza del negocio y a su desenvolvimiento contingente, con ponderación de la conducta singular de los interesados en cotejo con un patrón ideal referido a las condiciones específicas del caso, para decidir a qué causas puede imputarse la insatisfacción del acreedor, si está justificado el comportamiento del deudor, en fin, si una y otra parte obraron como les era debido, y pronunciar un juicio de responsabilidad, o declarar aceptable un retardo o, en su caso, extinguida la obligación por fuerza de lo sucedido.

Mientras que en la segunda oportunidad, se trata simplemente de calificar una posesión obtenida en desarrollo de un título justo, partiendo de un supuesto elemental de moralidad individual y colectiva, básico para la actuación del derecho (Código Civil, 768 y 769), con alcances circunscritos a otorgar la posibilidad de ganar el dominio por prescripción ordinaria (Código Civil, 764, 765, 770, 2528) o un tratamiento menos gravoso del vencido en favor del reivindicante (Código Civil, 963 y 964).

Básica para determinar la situación del sujeto respecto de un bien es la distinción de los títulos en originarios y derivativos, y la relevancia, dentro de éstos, de los llamados traslaticios, con arreglo a la cual, y como es apenas obvio, nadie es apto para transmitir más derechos de aquellos con que cuenta *(nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)*, según la máxima acogida por el primer inciso del artículo 752 del Código Civil, por manera que la adquisición derivativa presupone de por sí la existencia del derecho en la persona de quien se le recibe, de donde que quien ha obtenido tradición de un no dueño o de quien no tenía atribuciones para realizarla (seudo tradición o tradición falsa), cuente tan sólo con la esperanza de ganar el título originario por usucapión ordinaria y la seguridad de que si antes es demandado y vencido por el dueño, no se le hará responsable de ciertos deterioros, ni obligará a restitución de frutos devengados antes de que se le notificara el reclamo y, sí se le abonarán las mejoras que introdujera con anterioridad a ese entonces, a condición de que no se le acredite su conocimiento de la carencia de derecho del transmisor o del vicio de un trato con él.

En desarrollo de la contraposición entre título y modo (673, 765, 2512 del Código Civil) y siendo el contrato mera fuente de obligaciones y no acto atributivo de derechos reales principales (Código Civil 1494 y 1495), nuestro ordenamiento reconoce la validez de la compraventa de cosa ajena (Código Civil 1871), dejando a salvo los derechos del verdadero dueño, en tanto no se hayan perdido por su no ejercicio o porque haya surgido un derecho excluyente en quien recibió, en gracia del antecedente negocial, la ignorancia en que estuviera de vicio, fraude o falta de derecho del enajenante y su continuada posesión durante el lapso legal.

La tradición es simplemente el cumplimiento de la obligación de entregar prevenida en el título y, conforme con el contenido de éste, puede ejecutarse pura y simplemente o bajo condición (Código Civil 750 y 1530), caso este en el cual el derecho definido en el negocio y realizado en la entrega, está sometido a la pendencia allá establecida, por lo cual, quien recibe lo adquiere subordinado a esas notas accidentales, y, cuando llegue a disponer de él subsistiendo la pendencia, no traslada sino la posesión que efectivamente tiene, o sea, un derecho condicional.

En materia de derechos sobre bienes raíces, la necesidad de celebrar las operaciones a ellos relativas por escritura pública y de inscribir el título en el competente registro (Código Civil 2652), el responder la tradición a su anotación en el libro primero (Código Civil 756 y 2637/1º) y el servir el registro de medio de publicidad de los actos que trasladan o mudan el dominio de tales cosas o le impone limitaciones (2637/2º *ibídem*), hace que, sin perjuicio del valor que entre las partes tengan los compromisos que privadamente celebren, no sean oponibles a terceros antecedentes y estipulaciones que no consten en la respectiva escritura, de las cuales ha de dar razón el mismo registro, por lo cual, la condición secreta no los alcanza sino cuando estaban enterados de ella, bien por el deber legal de conocimiento emanado de la función de publicidad del registro, ya por noticia fidedigna de otro orden (Código Civil 1548, Ley 45/930, artículo 1º).

En tanto que cuando de muebles se trata, por cuanto en ellos la posesión material de quien tiene la cosa crea en el público la impresión de que es su poseedor; la posesión hace pensar en la propiedad (Código Civil 762), y la calificación de la entrega que se le haga está contenida en el título y vierte en la dación, sin que esos precedentes y factores se manifiesten en forma

ostensible e inequívoca, que alerte al público, cabe la posibilidad de que el mero tenedor se rebele contra el dueño y, prevalido de la apariencia de dominio de que goza, diga enajenar el bien y lo entregue en ejecución de un título traslaticio justo, como también la de que quien ha recibido el mueble bajo condición se alce contra dicha modalidad, declare enajenar un derecho incondicional que no tiene y produzca así su entrega, por cualquiera de los medios de ley (Código Civil 754).

En tal entonces, además de los principios generales mencionados, el Código trae reglas complementarias a propósito, para varias hipótesis de mayor relevancia, como son el amparo de "quien adquirió cosa mueble en feria, tienda, almacén y otro establecimiento industrial donde se vendan cosas de la misma clase", en el sentido de no deber la restitución sino contra el reembolso de lo que dio por aquella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (Código Civil 947); el de quien la hubo de alguien que la debía bajo condición, frente a quien hoy la reclama, para escapar a la reivindicación, respaldado en su buena fe (Código Civil 1547), y en la coyuntura del pacto de reserva de dominio, resguardándolo en similares términos, con base en el mismo antecedente, previa la discriminación de los alcances del pacto entre quienes lo celebraron y los que pueda proyectar sobre terceros (Ley 45 de 1930, artículo 1º). De modo que en el primer supuesto (Código Civil 947), la apariencia de titularidad y enajenabilidad que rodeaba al disponente y la buena fe del adquirente, respaldan a este no sólo ya para una prescripción ordinaria y un trato menos onerosos en las prestaciones mutuas subsiguientes a la evicción, como sucede de ordinario, sino, adicionalmente, para recuperar su inversión, dentro de la afirmación de primacía del derecho del genuino titular; al paso que en los dos restantes se quiebra la imposibilidad de adquirir por título traslaticio derecho que no tenga el enajenante o superior al con que él cuenta, en aras de una enérgica protección de la buena fe con que quien recibió otorgó el título y aceptó la entrega. Todo ello reducido a los límites del derecho sobre objetos mobiliarios, por causa de la mencionada naturaleza del contacto material con ellos.

Así las cosas, la conclusión de la mayoría de la Sala, al estimar que la buena fe exigida por los artículos 1547 del Código Civil y 1º de la Ley 45 de 1930 *fine* para convertir al poseedor en titular victorioso frente al reclamo del verdadero dueño, por el sólo hecho de la tradición que le hizo un tenedor en rebeldía contra este, es la misma buena fe pasiva y objetiva, presunta, la mera "conciencia de haberse adquirido el derecho por medios legítimos, exentos de fraude y todo otro vicio", cuya desvirtuación, prácticamente imposible o en extremo difícil, es necesaria al reivindicante frente al tercero, parece derivarse de la falta de apoyo concreto en las normas que autorice para considerar que allí a ese factor ético se le asigne un contenido y un significado distinto del global trazado para la posesión *in genere* en los artículos 768 y 769 del Código Civil.

A los argumentos que en réplica pudieran formularse en consideración a la inoficiosidad del *pactum reservati dominii* a que tal actitud conduce y a los derivados de antecedentes del Código y de la Ley 45 de 1930, debe agregarse el que surge, según las consideraciones precedentes, dentro del estudio sistemático de las normas en juego, de la distinta misión que cumple en las varias oportunidades el concepto de la *fides*: pues no es dable concebir que la conducta diligente, de quien, pese a ello, cae en error insalvable en la adquisición de un *non domino* de cosa mueble exhibida y enajenada en establecimiento dedicado al comercio de objetos del orden de materia de enajenación y litigio posterior, esté apenas respondida con el derecho de reembolso de lo invertido, como expresamente lo consagra la ley (Código Civil 947), por la prevalencia de los derechos del dueño, que no pierde la posesión, aunque transfiera su tenencia (Código Civil 786); en tanto que a un adquirente en cualesquiera otras circunstancias, que no tiene a su favor la dicha apariencia inductora al *error communis*, sobre la que aquél obró, le baste el sólo título y la tradición que por él se le hizo, para considerarse con un derecho inexpugnable mientras no se le demuestre concreta y plenamente que sí sabía que la cosa le era ajena a quien se la dio.

En efecto, la ley protege, respalda y ampara a las personas que poseen cosas con buena fe, inclusive hasta consagrarles una adquisición referida cronológicamente al momento de la tradición, en materia de muebles, en términos mucho más enérgicos que los usuales para quien recibe con justo título y conciencia de haber adquirido por medios legítimos y no viciados. Y, contemplando esa dualidad de consecuencias, lógico y ético es concluir que a ella corresponde una dualidad de antecedentes. La distinción sí se encuentra establecida en la ley, en forma que impide acudir al principio de que cuando esta no distingue le está vedado al intérprete suponer

diferencias. La distinción está planteada por la ley que ofrece diversidad de soluciones, que necesariamente derivan de otros tantos presupuestos fácticos; aquí de distintas actitudes del tercero.

Para la prescripción ordinaria y el trato benévolo en las prestaciones mutuas, basta aquella conciencia de legitimidad presunta, de suerte que a quien reivindica y aspira a sacar avante su pretensión de dominio o su reclamo por la plenitud de frutos e indemnizaciones y de no tener que abonar mejoras, le compete descargar aquel supuesto, con la prueba del conocimiento del vicio por parte del poseedor.

Para tener derecho a conservar el mueble mientras no se pague lo que costó su adquisición y lo invertido en su mejora o reparación, la buena fe o aquella conciencia, ha de estribar en la adquisición en sitio propio para el comercio de bienes de la índole del poseído en razón del contrato y la tradición.

Y, finalmente, quien adquirió una cosa mueble de quien la tenía bajo condición, particularmente, por haberla recibido con pacto de reserva de dominio, que lo constituye en tenedor con derecho a usarla y usufructuarla y lo convertirá en propietario cuando complete el pago de su precio, para poder oponer con éxito su posesión al reivindicante y enervar la acción de este, habrá de esgrimir no sólo el título y la tradición, reclinándose cómodamente en una presunción de confianza en la competencia y regularidad de tales actos, sino, además, datos reales y fidedignos que muevan a la convicción de que obró entonces con diligencia y advertencia corrientes, movido por la apariencia de dueño con que se ofreció el disponente, al punto de que cualquiera otra persona cuidadosa y sagaz en grado medio habría también podido incurrir en el error de considerarlo titular, yerro que así se muestra como insalvable o exento de culpa, único que, sumado a los antecedentes negociales de título y tradición, autoriza para que se produzca el salto del derecho de quien no lo tenía a una persona que resulta adquiriéndolo sin el enlace debido, o, mejor, se cree en ésta en forma novedosa.

Es decir, que, contrariamente a lo que se desprende del fallo, para que ocurra una adquisición en circunstancias de tal anomalía, por virtud de la buena fe y los demás factores, para que se dé la máxima y excepcional protección en esos casos, es menester la llamada "buena fe creadora del derecho", medida por el juez prudentemente en función de las circunstancias que rodearon el trato, tales como resultan de las probanzas aportadas, sin estar supeditado a una inaceptable presunción, enfrentado como se halla a una situación de excepción que carga a quien la invoca con la acreditación de íntegros los supuestos en que se funda la respuesta de privilegio.

Todo lo cual me lleva a concluir que el resultado de la litis no puede depender de la ausencia de prueba específica de que el adquirente demandado obró a plenitud de información de la presencia de un pacto de reserva de dominio, sino, por el contrario, de la apreciación de su conducta entonces para analizarla en concreto y establecer si actuó con la cautela, acucia y prudencia propias del caso, único criterio conforme al cual el pacto de reserva de dominio, estatuido en la norma y de inmensa trascendencia en el tráfico, con enormes alcances sobre el crédito, tiene algún sentido y alguna vigencia, y las normas especiales encajan dentro del sistema general del Código.

Fecha ut supra.

Fernando Hinestrosa.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Enrique López de la Pava

En la forma más sucinta posible voy a procurar exponer en seguida las razones que me llevan a disentir del fallo anterior:

I. El pacto de reserva del dominio ha sido consagrado en muchas legislaciones modernas como una forma de garantizar el crédito de quien vende ciertos bienes muebles con plazo para el pago del precio. En todas esas legislaciones se ha reconocido la utilidad manifiesta de esta manera de contratación, sobre todo respecto de mercancías o artículos de apreciable valor. El dueño de estos artículos se beneficia con el pacto porque le asegura el pago del precio de venta, y el comprador recibe también provecho porque le permite adquirir a plazos mercancías que, de otra manera, no podría pagar de contado. En la sentencia anterior no se desconoce la conveniencia ni la utilidad de esta forma de negociación; por el contrario, se las reconoce de manera explícita.

En las mismas legislaciones que han acogido el pacto de reserva del dominio como medio de asegurar los derechos del vendedor de bienes muebles con plazo para el pago de su precio, se ha establecido en general el principio de que ese

pacto produce efectos contra terceros adquirentes cuando se cumplen ciertos requisitos, entre los cuales figura el de constar por escrito la estipulación. Lo cual significa que allí se ha consagrado el sistema de la oponibilidad del pacto a terceros cuando se cumplen esos requisitos, pues de otro modo tal pacto carecería de eficacia y no prestaría el servicio de garantizar los derechos del vendedor.

Como queda dicho, en el fallo anterior se admite la conveniencia manifiesta del pacto en mención, pero se lo condena a la esterilidad jurídica mediante una interpretación que, en mi concepto, no se concilia con las necesidades del comercio ni con los términos y el alcance del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 45 de 1930. El autor de este salvamento de voto comparte el concepto sobre la conveniencia y utilidad de dicho pacto, pero considera además que, para no privar de sus beneficios a los contratantes colombianos, debe entenderse el citado precepto positivo en un sentido que le imprima eficacia jurídica al mismo pacto y le permita cumplir la función para la cual fue creado por dicho precepto. En otra forma, tal pacto resulta anodino y la disposición mencionada queda convertida en letra muerta.

II. En la sentencia se recuerda lo prescrito sobre el pacto de reserva del dominio por los artículos 750 y 1931 del Código Civil y cómo el mismo pacto quedó privado de eficacia en razón de que la jurisprudencia y la doctrina encontraron antinómicos los preceptos dichos, debiendo preferirse el último por ser posterior. Después de esas disposiciones se promulgó la Ley 45 de 1930, cuyo artículo 1º dispone: "La cláusula de no transferirse el dominio de los bienes raíces sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo 1930 del Código Civil, y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho del inmueble, o los derechos que hubiere constituido sobre el mismo, en el tiempo intermedio.

"La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe".

Como se ve, el inciso segundo de esta disposición consagra de modo expreso la validez del pacto de reserva del dominio en los contratos que conllevan la transferencia de la propiedad de bienes muebles, tales como la compraventa, la permuta y la sociedad. La norma agrega, sin embargo, que tal pacto no perjudica a terceros poseedores de buena fe".

El fallo sostiene que, en relación con terceros, sólo se suscitan conflictos cuando el comprador originario que ha estipulado la cláusula de reserva y dejado de pagar el precio, enajena o grava la cosa afectada. Tal cláusula no es oponible al adquirente que tiene la calidad de poseedor de buena fe, de suerte que para definir este caso de inoponibilidad se requiere aclarar si el tercero poseedor es de buena o mala fe, esto es, si tenía o no conocimiento de las condiciones acordadas entre los primeros contratantes. Agrega la misma sentencia que esto armoniza con lo prescrito por el artículo 1547 del Código Civil.

Por tanto para aclarar algunos aspectos de las consecuencias del pacto de reserva en relación con terceros, conviene echar un vistazo previo sobre lo prescrito por el citado artículo 1547 acerca del punto que tiene conexión con dicho pacto.

III. El precepto aludido establece: "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

Esta disposición y la siguiente, o sea el artículo 1548, han dado motivo a diversas interpretaciones y a dilatadas controversias que no hay necesidad de exponer ahora. Para el caso basta recordar uno de los problemas que contempla el transcrito artículo 1547.

En una monografía escrita por el señor Jorge González von Marees y publicada en la revista chilena llamada "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales", Tomo XVII, sección Derecho, páginas 69 a 104, se hace un juicioso y meritorio estudio de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil Chileno, que son exactamente iguales a los artículos 1547 y 1548 del Código Civil Colombiano. En ese trabajo se exponen los antecedentes, la inteligencia y el campo de aplicación de las normas citadas.

Haciendo referencia al artículo 1490 (1547 del Código Civil Colombiano), anota el señor González que, como lo expresan otros comentadores, entre ellos don Fernando Vélez (*Estudio,* Tomo VI, número 143), el vocablo "debe" no es el apropiado y que debe entenderse en el sentido de "posee", y dice que tal norma contempla tres situaciones, a saber: la del que posee una cosa a plazo, la del que posee la cosa bajo condición suspensiva y la del que posee bajo con-

dición resolutoria. Acerca de la segunda de estas situaciones, esto es, de la del que enajena una cosa que posee bajo condición suspensiva, dice el comentador nombrado:

"24-b) Llegamos a la segunda de las situaciones contempladas en la disposición que analizamos: es ella la del dueño de una cosa bajo condición suspensiva, que la enajena antes de verificarse el hecho de que pende la condición.

"Aun a riesgo de contradecir, además del señor Bello, a autores eminentes como Laurent, Baudry-Lacantinerie, Planiol y muchos otros, nos atrevemos a afirmar que, como la anterior, es esta una situación imposible, tanto jurídicamente considerada como desde el punto de vista de los hechos.

"Sabemos que es de la esencia de la condición suspensiva, como su nombre lo indica, suspender la adquisición de un derecho. ¿Cómo podría, entonces, poseerse ese derecho bajo tal condición? El artículo 582 del Código Civil (669 del Código Civil Colombiano) nos define el dominio diciendo que es 'el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente', y, por otra parte, el artículo 1479 del mismo Código (1536 del Código Civil Colombiano) define la condición suspensiva como aquella que, mientras no se cumple, 'suspende la adquisición de un derecho'. Tendríamos entonces que 'deber una cosa bajo condición suspensiva', o sea ser dueño de una cosa bajo condición suspensiva, significaría, ni más ni menos, ser propietario de esa cosa y no serlo: tener el derecho de gozar y disfrutar, etc., y poder ejercitarlo, y a la vez tener ese derecho en suspenso, es decir, no tenerlo.

"La contradicción, como se ve, no puede resultar más palpable, ya que aceptar esa situación equivaldría a afirmar y negar a la vez un mismo hecho".

El mismo expositor avanza en el estudio de la situación mentada y en general del artículo 1490 del Código Chileno para llegar a la conclusión de que el campo de aplicación lógica de este precepto se contrae al caso del que enajena un bien mueble que posee bajo condición resolutoria.

IV. La sentencia expresa que el pacto de reserva del dominio no opera sino en el campo de la tradición. Según la doctrina y la jurisprudencia, tal pacto constituye una condición suspensiva de la tradición. Por dicho pacto el vendedor de un bien mueble se reserva el dominio de éste mientras el comprador no le cubra el precio convenido, es decir, que no habrá tradición de la propiedad mientras no haya recibido el precio. Y como por el modo de la tradición se adquiere el dominio (Código Civil, 740), sucede que el comprador de una cosa bajo cláusula de reserva no se hará dueño de ésta mientras no se le haya hecho tradición de la propiedad, esto es, mientras él mismo no haya pagado el precio. Dicho comprador no tiene sobre la cosa un derecho de dominio, un derecho *in re*, sino un derecho *ad rem*: el derecho de que se le haga tradición del dominio al quedar cubierto por él satisfactoriamente el precio de tal cosa.

El comprador con reserva de dominio no es dueño del objeto comprador; sin embargo, y de acuerdo con la forma ordinaria como opera el pacto de reserva, como él recibe ese objeto, resulta que adquiere su uso y su disfrute. Al obtener del vendedor la entrega de tal objeto, puede el comprador hacer uso de él, explotarlo y gozar de sus frutos y productos. Dicho comprador no es dueño de la cosa comprada, pero sí adquiere la tenencia, el uso y goce de la misma al recibirla de quien se la ha vendido.

Ahora bien: si el mismo comprador que no es dueño de la cosa, llega a venderla, o a enajenarla, ¿qué sucede? Como él no es dueño mientras pende la condición suspensiva, es decir, mientras no pague el precio de la cosa, acontece que, al venderla, ejecuta una venta de cosa ajena, desde luego que el propietario verdadero es el vendedor que se reservó el dominio. El artículo 1871 del Código Civil estatuye que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo". De acuerdo con este precepto, la venta de cosa ajena es válida, pero no oponible al dueño de la cosa vendida mientras no se extinga su derecho por prescripción. La norma no distingue entre el comprador de buena o de mala fe para el efecto de desconocer o no la acción del verdadero dueño. Sea de buena o de mala fe, el comprador de cosa ajena no puede oponerse a la acción reivindicatoria del dueño mientras esta acción no haya prescrito. Esta es la regla general que la disposición citada consagra.

Con todo, el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 45 de 1930, después de reconocer la validez del pacto de reserva del dominio, dispone que tal pacto no perjudica los derechos de los terceros poseedores de buena fe. Como, según lo dicho antes, la venta de cosa mueble sujeta a reserva de dominio, es venta de cosa ajena, ella no sería en ningún caso oponible al propietario de la cosa vendida, de acuerdo con lo prescrito por

el artículo 1871 del Código Civil; pero, conforme con lo establecido por el mencionado inciso segundo del artículo 1º de la Ley 45, tal venta no perjudica a terceros poseedores de buena fe. Lo cual significa que, en el caso de este precepto, dicha venta es oponible al dueño de la cosa vendida, es decir, al vendedor que se reservó el dominio, y que la misma norma establece una excepción a la regla general consagrada por el referido artículo 1871. Así se reconoció en la discusión a que dio motivo el proyecto que se convirtió en la sentencia que es causa de este salvamento de voto.

No huelga recordar a este propósito que en la legislación venezolana, por ejemplo, la regla general sobre venta de cosa ajena se aplica a las relaciones entre el comprador que vende la cosa mueble que posee bajo reserva de dominio y el adquirente de ella (Roberto Goldschmidt, "la legislación venezolana sobre ventas con reserva de dominio de 1955 a 1958", página 20).

También el artículo 1547 del Código Civil consagra otra excepción a la regla general del artículo 1871 en cuanto prescribe que no habrá derecho de reivindicar de terceros poseedores de buena fe la cosa mueble que se debe o posee bajo condición suspensiva. Mejor aún: esta segunda excepción que se anota no es distinta, sino la misma que establece el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 45 de 1930, desde luego que la cláusula de reserva del dominio entraña una condición suspensiva, como queda dicho. De modo que esta norma no vino a regular sino una situación que ya estaba prevista y regida por el expresado artículo 1547 y resulta ser por tanto una disposición superflua.

V. Puestos ya en claro los puntos anteriores, se pueden acometer el estudio y la exposición de la tesis central de este salvamento de voto.

Examinados con atención los dos preceptos mencionados, esto es, el artículo 1547 del Código Civil y el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 45 de 1930, se ve que la excepción que tales normas consagran tiene por fundamento, no la posesión de la cosa mueble por los terceros adquirentes de ésta, sino la buena fe de dichos terceros. La oponibilidad de esa posesión al dueño de la cosa, tiene por causa o título esa buena fe y no tal posesión en sí misma considerada. En este caso el derecho del tercero poseedor nace, pues, no de su posesión, sino de su buena fe. Se trata por consiguiente de una buena fe creadora de derecho, de una buena fe cualificada o exenta de culpa.

Según doctrina de la Corte, la buena fe puede revestir dos formas, una simple y otra cualificada. En sentencia de 20 de mayo de 1936 la misma Corte señaló precisamente como uno de los casos de aplicación de la buena fe cualificada el que aparece regulado por el artículo 1547 del Código Civil y dijo sobre tal fenómeno:

"Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un máximum de cualidades: debe estar exenta de toda culpa, es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que habría incurrido una persona avisada y diligente.

"Nadie puede invocar su buena fe —dice el Código Federal Suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe.

"Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad" (XLIII - 1904, 47).

También en sentencia de 23 de junio de 1958 se expresó así la misma Corte sobre las aludidas dos formas de buena fe:

"La buena fe simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo 768 corresponde únicamente a la buena fe simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esta buena fe es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fe simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones o exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.

"En cambio, la buena fe creadora de derechos, equivalente a buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana 'Error communis facit jus'), exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social; la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averigua-

ciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan sólo conciencia; la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza" (LXXXVIII - 2198, 235).

La buena fe simple es la conciencia de haberse obrado con lealtad, esto es, por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio, y ella se presume, según los artículos 768 y 769 del Código Civil. La buena fe cualificada no se satisface ni configura con el sólo factor subjetivo de la conciencia de haberse procedido con rectitud, sino que exige además un elemento positivo, consistente en realizar aquellas gestiones que son normalmente necesarias para evitar un error acerca de la situación jurídica del tradente respecto de la cosa que enajena y cerciorarse de que él es en realidad dueño de tal objeto. Este segundo factor no es materia de presunción, sino que exige ser comprobado por quien ha debido satisfacerlo, como ocurre con la diligencia o cuidado, según el artículo 1604 del Código Civil. "La prueba de la buena fe exenta de culpa incumbe al que la alega, lo cual significa que no basta acogerse a la presunción establecida por el artículo 769 del Código Civil" (Pérez Vives, "Compraventa y permuta en Derecho Colombiano", número 79).

En la sentencia se sostiene que el conflicto de derechos que puede surgir con ocasión de la venta del bien mueble que está sujeto a reserva de dominio, se soluciona teniendo en cuenta la buena o mala fe del tercero poseedor, es decir, si éste conocía o no la existencia del pacto de reserva. Esto equivale a decir que la buena fe simple de ese tercero lo sustrae y libera de las consecuencias del pacto dicho y de las acciones del vendedor que se reservó el dominio. Yo no comparto esta tesis y estimo por el contrario que la buena fe a que alude el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 45 de 1930, es una buena fe cualificada o creadora de derecho, que ella no se presume y que le impone al tercero poseedor de que allí se habla la carga de acreditar que realizó todas aquellas investigaciones que, según las circunstancias del caso, eran conducentes para cerciorarse de que su tradente tenía realmente la calidad de dueño y podía transferirse el dominio de la cosa. Máxime en un caso como el de autos en que se trata de un vehículo automotor, o sea de un bien que se suele vender a plazos y bajo reserva de dominio, que debe ser registrado en una Dirección de Circulación y cuya adquisición no es difícil establecer.

VI. La compraventa de bienes muebles es un contrato consensual, es decir, que no requiere solemnidad alguna y que para perfeccionarlo basta el consentimiento de las partes. Sin embargo, y por vía de simple prueba, dispone el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 que deberán constar por escrito los actos o contratos que tengan un valor superior a quinientos pesos. De acuerdo con esta disposición, la venta de cosa mueble que valga más de quinientos pesos debe consignarse por escrito, pero sin que la falta de documento vicie el contrato de invalidez.

Consignado por escrito, la venta de bienes muebles se hace oponible a terceros cuando el documento tiene fecha cierta, según el artículo 1762 del Código Civil. No es descaminado pensar que, si la venta de muebles con reserva de dominio consta en documento con fecha cierta, esta circunstancia puede permitirle al vendedor desvanecer la buena fe que el tercero poseedor alegue para librarse de la acción o acciones de dicho vendedor. Es decir, que la existencia de un documento con fecha cierta que, frente a terceros, demuestre la celebración de la venta con cláusula de reserva del dominio, es un hecho que contribuye a desvirtuar la supuesta buena fe del tercero poseedor de la cosa vendida.

VII. Resumiendo lo expuesto se tiene:

Primero. Que la venta de cosa mueble que se posee bajo condición suspensiva o con pacto de reserva de dominio, es venta de cosa ajena.

Segundo. Que tal venta es, por excepción, oponible al dueño de la cosa cuando el comprador o adquirente de ésta la posee con buena fe cualificada.

Tercero. Que si el contrato de venta de cosa mueble consta en documento con fecha cierta, es no sólo oponible a terceros, sino que dicho documento es una prueba que concurre a destruir la buena fe que lleguen a alegar los terceros adquirentes y poseedores de la cosa vendida.

Con base en estas consideraciones se puede admitir y justificar la excepción en referencia, esto es, la excepción a la regla general de que la venta de cosa ajena no es oponible al dueño de dicha cosa, excepción que consagran los artículos 1547 del Código Civil y 1º de la Ley 45 de 1930. Y además se le da así una base sólida al pacto de reserva del dominio y se lo habilita para cumplir la función que se le asigna en las lesgislaciones que lo tienen establecido, función que consiste en garantizar los derechos del vendedor de mercancías o artículos que se suelen vender a plazos. En tal forma nuestro pacto de reserva del domi-

nio no resultaría condenado a la esterilidad jurídica, sino fecundo en consecuencias provechosas para quienes llegasen a servirse de él como medio de contratación. Con la tesis que se sustenta en la sentencia, dicho pacto queda convertido en letra muerta, en una cláusula anodina y aun desventajosa para el vendedor que tiene la temeridad o la improvidencia de estipularla.

Así, a grandes rasgos, dejo expuestas las razones que me mueven a discrepar de la doctrina en que se sustenta el fallo anterior.

Fecha ut supra.

Enrique López de la Pava.

ENAJENACION DE COSAS JUDICIALMENTE EMBARGADAS

Diferentes planteamientos de la Corte al respecto. — Juicio de valor del negocio jurídico. — La invalidez como un fenómeno de naturaleza estrictamente legal. — La ley, al consignar la figura de la invalidez, establece categorías, causales y efectos. — Finalidad de la nulidad absoluta. — La nulidad no se deduce virtualmente, sino que dimana de textos legales, cuyo entendimiento no es susceptible de extensión analógica. — Concepto de ilicitud. — Estudio de las diferentes medidas protectoras del derecho de crédito. — Sentido del artículo 1521 del Código Civil y su razón de ser. — Diferencia específica entre las cosas no comerciales y los derechos personalísimos, por una parte, y las cosas embargadas o litigiosas, por otra. — Definición de enajenación prohibida. — La enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título traslaticio, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. — El dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto judicial de embargo, en nada afecta la situación creada por éste. — La tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraría al mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados con él. — Pero tal ilicitud es desde luego, contingente, en cuanto puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla. — Lo cual no quita la naturaleza de absoluta que tiene la nulidad consiguiente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 13 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

(Aprobado Acta número 15 de 10 de mayo de 1968).

José Vicente Fajardo pidió al Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá declarar la nulidad absoluta, por ilicitud de objeto, de la venta que hizo a Policarpo Ulloa Caicedo de la mitad del fundo "La Regadera", jurisdicción de Usme, por haberse celebrado estando embargado el inmueble y practicado el registro de la respectiva escritura vigente aún la orden judicial; declarar además sin valor ni efecto la venta que a su turno efectuó el comprador más tarde a favor de su hijo Horacio Ulloa Caicedo; condenar a este a la restitución de la finca, y a los dos adquirentes a la de los frutos de la misma, como sucesivos poseedores de mala fe.

Absueltos los demandados por el juez, el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció de la alzada del actor, confirmó la decisión de aquel en sentencia de mayo 22 de 1964, contra la cual el mismo litigante vencido interpuso el recurso de casación, que ahora se decide.

Antecedentes del juicio

1. José Vicente Fajardo, quien a mediados de 1953 compró a Nepomuceno Matallana la hacienda "La Regadera", por escritura en que las partes declararon que el bien se hallaba embargado precautelativamente en proceso penal adelantado contra el vendedor, y que el comprador mantendría en su poder veinte mil pesos, reconociendo interés legal por ellos, hasta cuando se aclarara deuda contraída por Matallana a favor de Ernesto Mejía, con garantía hipotecaria de la misma finca, cedida por éste a Alfredo Forero

Vanegas, vendió luego por Escritura 143 de junio 8 de 1957, Notaría de Puente Nacional, a su cuñado Policarpo Ulloa Caicedo la mitad del predio en mención, expresando allí la vigencia del mismo embargo.

Intentado juicio de venta de la finca hipotecada por la heredera del acreedor Forero contra Matallana, como poseedor de aquélla, el 24 de mayo de 1955 se decretó el embargo, anotado en el correspondiente registro el 8 de junio siguiente. Para 15 de julio de 1958, la heredera ejecutante declaró el pago efectivo de la obligación hecho por Policarpo Ulloa Caicedo y pidió al juzgado tener a éste como subrogatorio del crédito, condición que a la postre, en mayo 28 de 1960, le fue reconocida, y en virtud de la cual Ulloa obtuvo autorización del juzgado para el registro de la escritura de la venta de Matallana a Fajardo, que vino a relizarse el 20 de agosto de 1960, y consintió en el de la escritura del mismo Fajardo a él, que se anotó el 17 de octubre del mismo año.

Terminado el proceso de venta el 20 de octubre de 1960, por "transacción" celebrada entre el cesionario Ulloa y José Vicente Fajardo, quien cubrió la deuda, recordando que en su trato con Matallana contrajo la obligación de cancelar el crédito hipotecario, inicialmente a favor de Mejía, luego de Forero, y en últimas de Ulloa Caicedo, y libre ya el predio de todo embargo y gravamen, éste procedió a vender su mitad a Horacio Ulloa Fajardo, por acto de 22 de noviembre siguiente.

José Vicente Fajardo pretende ahora la nulidad de la enajenación que hizo a favor de Ulloa Caicedo, con súplica reivindicatoria consecuencial contra Ulloa Fajardo, sobre la base de que para cuando aquellos contrataron sobre la mitad del inmueble indicado, éste se encontraba fuera de comercio por embargo judicial vigente y no medió para entonces, ni autorización judicial, ni permiso del acreedor, por lo cual hubo ilicitud de objeto, causal de invalidez absoluta, no saneable, cuyo decreto implica restituciones mutuas entre las partes y autoriza reivindicación de manos de terceros.

Razones del Tribunal

2. El fallo materia del recurso, dando por probados los contratos en juego y la existencia del embargo a la época del primero, considera que no hubo allí ilicitud de objeto, por cuanto Ulloa Caicedo, quien pagó por el deudor y se subrogó en la posición del acreedor, prestó como tal su consentimiento para la venta hecha en favor suyo, en forma posterior, admisible sin reparos, porque la nulidad en cuestión se halla establecida en beneficio de los acreedores y a objeto de evitarles los perjuicios de la enajenación que hagan sus deudores de bienes embargados para la seguridad de los créditos, de modo que estando satisfecha la persona en cuya protección se produjo el embargo, no se encuentra justificado el interés que asista a un sujeto distinto que, además, estaría impedido para ello como vendedor, que en el acto impugnado dispuso de la cosa embargada, a la vez que ajena, dado que su adquisición por parte del actor solamente se produjo en 1960 y merced a la autorización del hoy demandado Ulloa Caicedo, acreedor para entonces y comprador en 1957.

La demanda de casación

3. Formula el recurrente contra este fallo tres cargos, todos por la causal primera, así:

Primero. Violación de los artículos 1857, 1759, 1502, 1521, 1748, 950, 952, 1886, 1523, 1874 y 1875 del Código Civil, 43 de la Ley 57 de 1887, 42 de la 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, por infracción directa.

Desde la propia demanda, dice la censura, se ha venido sosteniendo que el registro de la venta de Fajardo a Ulloa Caicedo, aun cuando se hubiera hecho después de desembargado el predio, no purgó la nulidad absoluta de aquella, en cuanto fue celebrada cuando había un embargo pendiente. No obstante, el Tribunal estima que no hubo ilicitud, motivo de nulidad, porque la ley la excluye cuando el acreedor consiente en la enajenación y Ulloa Caicedo lo hizo en ese carácter, planteamiento que presupone la creencia de que el contrato de compraventa no se perfecciona, o no surge con vicios, en el momento de otorgarse la escritura pública, tratándose de bienes raíces, sino cuando ésta se registra. Si el contrato nace por el otorgamiento de la escritura, continúa (Código Civil, 1857), con ella aparecen los defectos o motivos de invalidez de la convención, como ser ilícito el objeto, pues de otra suerte se sometería la validez o invalidez a acontecimientos posteriores, por así decirlo, fuera de la escritura.

De esa consideración ha debido partir el Tribunal, para ver si la finca estaba emabargada para cuando se produjo la venta y si el acreedor de entonces prestó su consentimiento para la enajenación, o esta fue autorizada por el juez que había dado la orden, puesto que en el instrumento se declaró la existencia de un embargo (Código Civil, 1859).

Acreditado que el decreto judicial en el proceso de venta fue inscrito en junio de 1955 y sólo se canceló el 25 de febrero de 1961, a virtud de providencia de octubre 21 de 1960, la venta del bien, celebrada en 1957, no reunió los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, por razón de ilicitud de objeto, de conformidad con el numeral 3º del 1521 *ibídem,* y el juzgador ha debido entonces aplicar el artículo 1741 de la misma obra, con decreto de nulidad absoluta, antecedente de la reivindicación prevenida en el 1748 y regulada en el 950, oponible al subadquirente, actual poseedor.

Así se admitiera la tesis de que el registro hiciera desaparecer la ilicitud existente para cuando se otorgó la escritura, y aceptando una autorización del acreedor para la fecha de la inscripción del instrumento, agrega el censor, el registro, efectuado el 17 de octubre de 1960, ocurrió dentro de la vigencia del embargo, que se mantuvo hasta febrero siguiente, en contravención del mandato del artículo 43 de la Ley 57 de 1887, pues no mediaba la salvedad estatuida en el 42 de la Ley 95 de 1890, ya que el enajenante, Fajardo Téllez, no era un tercero, sino el propietario de la finca hipotecada y embargada.

Olvidó el Tribunal que según el artículo 1866 del Código Civil, sólo pueden venderse las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley, que conforme con el artículo 1523 *ibídem,* hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, y que el 1521 anterior considera ilícito el objeto en la enajenación de las cosas embargadas.

Y, cuanto a la negación del interés de Fajardo para demandar la nulidad, por no haber sido acreedor en el juicio hipotecario y haber vendido cosa ajena, el recurso argumenta que en este proceso no se debate la nulidad de la compra que aquél hizo a Matallana, cuya tradición consiguió el 22 de agosto de 1960, con anterioridad al registro de la escritura a favor de Ulloa Caicedo, hecho el 17 de octubre siguiente, y que, si bien Fajardo no era acreedor, tampoco se constituyó deudor sino mero diputado de éste para el pago, a más de ser poseedor del bien hipotecado, como para que se le pudiera privar de la acción de nulidad absoluta, que a voces del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que reemplazó al 15 de la 95 de 1890, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, aquí por quien resultó deudor de las obligaciones propias del vendedor, con aspiración a liberarse de ellas, como también de una comunidad con el subadquirente Ulloa Fajardo a todas luces incómoda y desventajosa.

Segundo. Error de hecho evidente en la apreciación de la copia de pasajes del juicio de venta aludido, al no reparar que conforme a éstos, para cuando Fajardo vendió el fundo a Ulloa Caicedo, la sucesión de Forero era la acreedora en cuya seguridad se había decretado el embargo y no el dicho Ulloa.

Equivocación del mismo orden al suponer el consentimiento del subrogatorio Ulloa Caicedo en la venta y demandado aquí, para inscribir la escritura otorgada en favor de él, manifestando en memorial que, obrando original en este juicio y no estando anotado en el Registro como justificación de aquella inscripción, prueba que Ulloa no la autorizó.

Como también al perder de vista que Fajardo y Ulloa Caicedo en memorial de 17 de octubre de 1960, posterior al registro de la Escritura 143, declararon el pago del primero al segundo y pidieron levantamiento del embargo, de lo cual se desprende que Ulloa no había asentido con anterioridad al dicho registro. Errores estos que, al decir del recurrente, condujeron a creer que medió una de las excepciones del artículo 1521 del Código Civil, y permitieron aplicar la tesis de que la ilicitud, causal de nulidad absoluta, no debe juzgarse a la celebración del contrato, sino al cumplimiento de este, y puede sanearse por ratificación de las partes, con quebranto de los artículos 1857 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

Tercero. Error de derecho al conceder un valor legal que no tiene al memorial de Policarpo Ulloa dirigido al Registrador, consintiendo la inscripción de la venta de Fajardo a favor de él, que, autenticado con fecha 11 de octubre de 1960, obra en original en este juicio, y no en copia expedida por el funcionario a quien iba destinado y en cuyo archivo debía reposar, por lo cual, se dio una irregularidad que priva de mérito a la prueba y la inhabilita para demostrar la excepción del artículo 1521 del Código Civil, así aplicado indebidamente.

Consideraciones de la Corte

4. Estudiando los cargos en orden inverso al en que fueron propuestos, a objeto de una mejor dilucidación del problema, se tiene:

I. Afírmase la existencia de un error de derecho en la valoración del memorial de Ulloa Caicedo, dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, autenticado ante Notario el 11 de octubre de 1960, en el que dio su asentimiento para el registro de la escritura de venta de Fajardo a favor de él, porque éste, aquí demandado, lo aportó al responder al libelo, cuando

dicho escrito debería hallarse en la Oficina de Registro, si es que efectivamente se presentó allá, lo que se niega por tal razón y porque el funcionario, al inscribir el título correspondiente, no dejó consignada la circunstancia de obrar en virtud de tal permiso.

Abstracción hecha de que el cargo peca por falta de indicación de las normas que fijan la fuerza probatoria de los documentos y regulan el trámite para llevarlos al proceso, eventualmente conculcadas por el juzgador de mérito, es preciso desestimarlo también por falta de procedencia intrínseca, observando que el medio objeto del reproche es un escrito de origen particular, dotado de fecha cierta con alcances universales (Código Civil 1762), traído regular y oportunamente (Código de Procedimiento Civil 597, 1º), y no tachado (649 *ibídem*); que, no es dable presumir, contando con tal antecedente, que el Registrador de Instrumentos Públicos hubiera procedido a inscribir un título traslaticio de dominio respecto de bien embargado, contra expresa prohibición legal (Ley 57 de 1887, artículo 43), sin orden judicial, de no contar con la autorización de la persona legitimada al efecto, una vez cerciorado de tal permiso y de la competencia de quien lo daba, así no hubiera consignado el hecho; y que no puede confundirse la constancia con la autorización misma, que "puede demostrarse por cualquiera de los medios que establece la ley" (casación noviembre 9 de 1917, XXVI, 223). Amén de que el acreedor de entonces era el propio comprador, cuyo legítimo interés en el registro inmediato de su título era elemental. Por todo lo cual no aparece fundado el cargo.

II. Se asevera la comisión de yerros palmarios de hecho al considerar las copias del juicio de venta y el susodicho memorial, consistentes en pensar que el acreedor cuya anuencia podía salvar la enajenación del bien trabado a solicitud y en defensa de él, de la nulidad prescrita *in genere,* era Ulloa Caicedo, beneficiario de tal atribución, convertido más tarde en subrogatario del crédito hipotecario, por pago que hizo con el asentimiento previo del deudor y con la expresa constancia del traspaso de los derechos, que en su favor dio la parte activa, y no ésta (los sucesores de Forero), siendo así que la escritura por la cual se celebró la venta en entredicho es muy anterior a tal pago, otorgada, obviamente, cuando regía el embargo y el interesado en este no era el comprador que, además, tampoco dio su asentimiento posterior.

Mas, para la Corte resulta que el Tribunal no ignoró ninguno de aquellos hechos. Por el contrario, inició los considerandos de su fallo poniendo de presente que la venta de Fajardo a Ulloa Caicedo, se hizo cuando regía el embargo ordenado en el juicio de venta de los sucesores de Forero contra Nepomuceno Matallana, a la sazón poseedor inscrito del inmueble.

Reconoció otro hecho, también real: que a la contestación de la demanda, Ulloa Caicedo acompañó el memorial de autorización al Registrador, autenticado y con fecha anterior a la actuación de este funcionario, demostrativo en sí del permiso a que tendía y que produjo el resultado propuesto. Y apreció la declaración transaccional del mismo Ulloa y Fajardo en el mentado juicio, cual se ofrece en su texto.

Pálpase de tal modo que la sentencia no dejó de lado pruebas relevantes, ni tuvo en cuenta medios que no contenga el expediente, como tampoco cayó en tergiversación del contenido de aquellos. Su rechazo de la acción se asentó en los dos argumentos expuestos allí sucesivamente: que la aprobación posterior que el acreedor dé al acto dispositivo, hecho por el deudor, de bien embargado a instancia de aquél, purga la nulidad por ilicitud de objeto predicada para el caso de ausencia de permiso judicial o del ejecutante, y que dicha nulidad está consagrada exclusivamente para proteger al acreedor y no al deudor o a terceras personas, y menos a quien, sin ser parte en la relación crediticia, procura sacar partido de un precedente suyo torticero. De ahí que el cargo no prospere.

III. No mediando errores de índole probatoria y en pie el juicio de hecho del Tribunal, el problema se concreta a la determinación del valor de un contrato de compraventa celebrado cuando sobre el inmueble pesaban dos órdenes judiciales de embargo, entre quien había comprado el bien en las mismas condiciones y un tercero, más tarde subrogatario de uno de los créditos, que, subsistiendo sólo la traba en su favor, solicitó y obtuvo el registro de ambas escrituras, antes de la cesación del juicio, y del decreto de desembargo.

1. *A propósito de la enajenación de cosas judicialmente embargadas, la Corte se ha pronunciado en distintas oportunidades con planteamientos diferentes, que corresponden a diversas actitudes hermenéuticas, a la vez que a la pluralidad de situaciones juzgadas, sentando doctrinas que es oportuno extractar aquí:*

"La venta se hizo de un objeto embargado judicialmente, lo cual constituía objeto ilícito *y producía nulidad absoluta, que debía ser declarada de oficio" (junio 26 de 1889, III, 316, 2ª).*

"La venta se efectuó en un tiempo en que el terreno vendido estaba embargado por orden de autoridad judicial y no había sido cancelado el registro del embargo ... es un contrato afectado de nulidad absoluta conforme con los artículos 1749 y 1530 del Código Civil de Cundinamarca (15 de la Ley 95 de 1890 y 1521 del Código Civil nacional), por adolecer de objeto ilícito, y si por causa de esta nulidad el comprador no adquirió el dominio del inmueble en cuestión, la venta que del mismo hizo luego ... fue venta de cosa ajena, que no pudo perjudicar los derechos del verdadero dueño, que continuaba siéndolo el primitivo vendedor ... Y debe observarse que aunque la nulidad no aparece de manifiesto en el contrato, la existencia de ella no puede revocarse a duda en presencia de la escritura del mismo contrato y de la certificación del Registrador que acredita el embargo del inmueble al tiempo de la enajenación, y que solicitada por una parte que tiene interés en ello (el síndico del concurso abierto contra aquel, sobre acto anterior a aquella medida), primer disponente, la declaración de nulidad, el Tribunal no ha debido abstenerse de pronunciarla ... De modo que teniendo un interés evidente el concurso, entidad distinta del deudor, no puede negarse al síndico ni a los acreedores el derecho de invocar la nulidad de los actos y contratos en que intervino el concursado" (junio 30 de 1893, VIII, 340, 2ª).

"El numeral 3 del artículo 1521 del Código Civil dice que hay un objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello, y el 1741 establece como absoluta la nulidad producida por un objeto o causa ilícito. El juez de primera instancia y el Tribunal, que acogió en su sentencia los fundamentos del fallo de aquel, sostienen que el remate no adolece de la nulidad absoluta que se invoca por la parte demandante, porque el objeto ilícito de que habla la disposición citada no tiene cabida cuando el remate se hace por orden del juez que haya embargado la misma cosa ... La Corte juzga que el Tribunal interpretó y aplicó rectamente las disposiciones citadas en el caso de este pleito, ... porque del tenor del mismo 1521 del Código Civil y del objeto manifiesto de esa disposición se infiere rectamente que las enajenaciones en que concurre objeto ilícito por estar embargados por decreto judicial los bienes enajenados, son las que hacen los particulares y por medio de las cuales, si fueran válidas quedarían siempre al arbitrio del dueño de la cosa burlar o hacer nugatorios los efectos del embargo, es decir, la orden del juez competente, en virtud de la cual se suspenden temporalmente los derechos del dueño de esa misma cosa, que queda en poder de la justicia para atender a la efectividad de derechos de un tercero contra la misma cosa o contra el dueño de ella" (casación noviembre 28 de 1893, IX, 114, 1ª).

"... Juzga la Sala que desde el momento en que la parte ejecutante desistió de la acción promovida y el señor juez admitió ese desistimiento y ordenó el consiguiente desembargo de la finca que había sido embargada en ese juicio, quedó levantado el referido embargo y en libertad el ejecutado para enajenar, como lo hizo, dicha finca. Habiendo desaparecido la obligación principal para cuyo cumplimiento se decretó el embargo, este también quedó extinguido de derecho, aun cuando faltase todavía llevar a cabo la cancelación material en los libros, porque no es ésta la cancelación material sino el mandato del juez lo que hace desaparecer la traba ejecutoria (casación abril 2 de 1894). El embargo de una finca raíz en un juicio ejecutivo queda cancelado de derecho desde la fecha de la admisión del desistimiento de la ejecución y del consiguiente desembargo, aunque no haya sido expresamente cancelada la nota de registro respectiva..." (casación agosto 25 de 1914, XXIV, 194).

"La Corte observa que el Tribunal ha quebrantado, en efecto, el artículo 1521 del Código Civil porque le ha dado eficacia ... a un contrato que versa sobre objeto ilícito, ya que la cosa materia de la compraventa, estaba, cuando se efectuó, fuera del comercio, por hallarse embargada, en virtud de decreto judicial debidamente inscrito. Y aunque el artículo 42 de la Ley 95 de 1890 establece que cuando la enajenación de la finca embargada sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, no se considerará en litigio la cosa respecto de dicha persona distinta ni de los que contratan con ella, es preciso entender que eso se refiere, como claramente lo dice el artículo, a los contratos celebrados entre terceros que no derivan su título del ejecutado o demandado ..." (casación junio 16 de 1916, XXV, 375).

"...Así, la venta susodicha se debe considerar hecha cuando las reses estaban ya embargadas y, por tanto, ella versó sobre objeto ilícito, según el artículo 1521, 3º del Código Civil. Luego, es nula (sentencia de junio 30 de 1917, XXVI, 130, 1ª, al resolver recurso del ejecutante).

"Como el recurrente (que acusó la violación de los artículos 1521, 1502, 1741 del Código Civil y 43 de la Ley 57 de 1887, por interpretación errónea), después de negar, conviene, por último, en que, conforme con el inciso 3º del artículo

1521 del Código Civil, el acreedor puede consentir en la venta de los bienes embargados, lo cual hace lícito el objeto del contrato, y sólo niega que se hubiere prestado ese consentimiento, o que si se prestó fue con posterioridad al acto y a modo de rectificación, todo el motivo de casación que se analiza se resuelve en una cuestión de mero hecho, que se puede enunciar así: ¿Los acreedores consintieron en la compraventa de la heredad embargada? ¿El consentimiento fue oportuno? El primer problema quedó ya resuelto en sentido afirmativo al negar el motivo referente a la mala apreciación de pruebas. El segundo se resuelve fácilmente: El Tribunal anotó que el consentimiento lo prestaron los acreedores el mismo día en que se hizo la venta del inmueble ... ya, por último, desistiendo al día siguiente y pidiendo el desembargo de la finca ... La Corte observa que por cuanto el consentimiento de los acreedores para que pueda enajenarse la cosa embargada no hace parte del mismo contrato de venta celebrado por el deudor con terceros, bien pudo prestarse en acto separado y distinto de la escritura de compraventa y comprobarse por cualquiera de los medios que establece la ley. Y que pues el Tribunal resolvió en el hecho, haber sido oportuno el consentimiento prestado por los acreedores el mismo día en que se celebró el contrato, se debe mantener esa apreciación ...'' (casación, noviembre 9 de 1917, XXVI, 222/23), en juicio propuesto por un tercero ejecutante que reclamaba la inefectividad de venta de bien aprehendido por otros acreedores, autorizada por estos, en donde luego se dijo: ''Habiéndose demostrado que el contrato fue válido por haber declarado el Tribunal en fallo inatacable que los acreedores consintieron, y ello oportunamente, en dicho contrato dejó la finca de ser objeto ilícito de la negociación. Si el consentimiento de los acreedores permitió la venta, debió, con mayor razón permitir el registro del contrato, que es un efecto del mismo. Porque sería singular que sin cancelar materialmente el registro de embargo se pudiera vender válidamente, mediante consentimiento del acreedor, y no obstante esto fuera preciso cancelar el registro de un embargo para verificar la tradición válida de lo vendido. Mientras se conserve el objeto ilícito de la venta, es de estricta aplicación el artículo 43 de la Ley 57 de 1887 ... Cesando la causa, que es la ilicitud del objeto del contrato, debe cesar uno de sus efectos, que es la prohibición de hacer la tradición de lo vendido''.

''Tocante al reparo de que hubo objeto ilícito en la enajenación porque la finca estaba embargada y depositada y que por ese hecho estaba en litigio y que este no terminó sino mucho tiempo después de otorgada la escritura ... siendo así que cuando se registró el embargo en el juicio ejecutivo ya el comprador había adquirido la propiedad de los inmuebles comprendidos en el embargo y que éste era persona distinta de la ejecutada, las fincas vendidas por él luego no estaban en litigio, ni por tanto quedaban comprendidas en la prohibición del artículo 43 de la Ley 57 de 1887, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 95 de 1890'' (casación marzo 21 de 1927, XXXIV, 54).

''De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1521 del Código Civil hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, y en tal caso, al Registrador de Instrumentos Públicos le está prohibido por el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, registrar escritura alguna de enajenación de los bienes embargados, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Pero estos preceptos legales se refieren al caso de enajenación por los litigantes y no a aquellos en que la venta es hecha por terceros, pues entonces no se puede considerar embargada la finca respecto de dichos terceros ni de los que contraten con ellos, en armonía con lo preceptuado por el artículo 42 de la Ley 95 de 1890'' (casación julio 4 de 1932, XL, 179).

''La simple promesa de contrato no es un acto de enajenación, y por lo mismo su objeto es la perfección del contrato prometido; por consiguiente, si cuando se verifica la promesa el objeto del contrato está embargado, por decreto judicial, no cabe afirmar por esa razón que el objeto de la promesa esté fuera de comercio, hay distinción real entre uno y otro'' (casación septiembre 7 de 1934, XLI, bis, 131, prohijando expresiones del Tribunal).

''La ilicitud de la enajenación de las cosas cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio, está establecida y tiene por fin evitar que el demandado saque de su patrimonio el dominio de tales especies y que ellas se sustraigan a la reclamación o persecución del demandante. El registro de la demanda determina para el Registrador la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación por la parte demandada, y respecto de ella y de los que contraten con ella, se ha de considerar la especie en litigio (artículo 42, Ley 95 de 1890) ...'' (casación diciembre 18 de 1935, XLIII, 529).

''La Corte considera que es evidente el quebrantamiento por parte del Tribunal del artículo 1521 del Código Civil y del 42 de la Ley 95 de 1890, por haber estimado que A. era un tercero

extraño al ejecutado, para quien no se consideraban las cosas en litigio, siendo así que A. derivaba su título de la venta que le hicieron los ejecutados N. y J. con posterioridad al embargo y el mismo A. fue tenido como deudor por el ejecutante, y con antecedente de ese título fue como luego vendió a C. sin el consentimiento del acreedor. El artículo 42 ... se refiere a los contratos celebrados entre terceros, que como tales, no derivan su título del ejecutado o demandado ... El quebrantamiento del artículo 1521 del Código Civil resulta igualmente de la circunstancia de que el Tribunal no le diera eficacia a ese precepto para estimar ilícita la enajenación de las dos cosas embargadas por decreto judicial sin que la enajenación hubiera sido autorizada por el juez ni por el consentimiento del acreedor ... Y no se diga que lo ilícito o prohibido es la enajenación y que en el presente juicio lo demandado es la venta, porque el artículo 1866 del Código Civil sólo permite la venta de las cosas, cuya enajenación no esté prohibida por la ley y el 1523 establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Mientras la permanencia del embargo registrado hiciera de las cosas embargadas un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición para el Registrador ... a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros ... en confirmación de lo que acaba de decirse conviene anotar que no se trata del caso de venta de cosa ajena, en que podría hacerse la distinción entre validez de la venta, en el sentido de que el contrato produce obligaciones para los que lo celebran, y nulidad de la tradición posterior por medio de registro. El caso en cuestión es simplemente de venta de cosa embargada ...'' (casación marzo 27 de 1936, XLIII, 735, en pleito promovido por el comprador que otorgó la escritura sabedor apenas de la hipoteca, pero ignorante del embargo previo en juicio de venta fundado en esta).

''La compraventa se inscribió en el registro ... y para el Tribunal fue decisiva, en el sentido de aplicar el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, la circunstancia de estar para ese día vigente la inscripción de los dos embargos referidos. De ahí que declarara la nulidad del registro de la compraventa. Y la de esta obedece al mismo concepto y a la misma circunstancia de estar vigentes los embargos y su inscripción ... No es aceptable decidir a luz tan simple cuando la ley misma establece expresa salvedad y cuando, por otra parte, corroborando la razón de ser y alcance de esta, no ha de aplicársela con criterio de rigidez que sacrifique hasta su querer y con él la realidad de las relaciones contractuales económicas y la vida misma de los negocios. El embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos del deudor que enajenando o gravando sus bienes merme y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea este especial o el general del artículo 2488 del Código Civil. En esa senda la ley llega a permitirlo preventivamente, no sin las debidas precauciones para el deudor que puede ser demandado presunto, y para terceros ..., ni sin sanción contra los posibles abusos del derecho... Consecuencia lógica de la expresada finalidad del embargo es la nulidad del pago cuando lo embargado es un crédito y se cubre al acreedor (Código Civil 1636, numeral 2º) y la de que se anula la enajenación de lo embargado por haber en ella objeto ilícito (artículo 6º *ibídem*). En busca de la eficacia de la orden de embargo, la ley dispone lo procedente según se trate de créditos, cosas muebles, naves, fábricas, etc., o bienes raíces. Para estos creó libro especial en el registro, ha reglamentado con nimiedad la inscripción en relación con la providencia judicial respectiva y su aviso al Registrador, y previene a este que se abstenga de inscribir la enajenación o gravamen del inmueble embargado (Ley 57 de 1887, artículos 38 y 43 y artículo 42 de la Ley 95 de 1890). El artículo 1521 del Código Civil en lo pertinente dice: ... Ambos miembros de este numeral son estrictamente lógicos con el expresado objetivo del embargo: el objeto ilícito y consiguiente nulidad en tesis general o en principio, y ausencia de vicio cuando media esa autorización, de igual calidad y fuerza que el decreto inicial aludido, o cuando interviene el consentimiento del acreedor, dueño de prescindir de la garantía que para él es el embargo. Claro es que esta prescindencia determinada para facilitar y abreviar el pago o por cualquiera otro motivo, deja de lado toda contingencia de violación o sacrificio del referido estado de garantía a que obedecen las aludidas o citadas disposiciones. No produciéndose así ese adverso resultado, carecería de razón el concepto de ilicitud. De estas breves reflexiones se deduce que para saber si una enajenación dada es lícita o ilícita en relación con un embargo, no basta mirar hacia este y hacer una comparación de fechas entre la de su inscripción y la del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y la del registro de la misma ... Quedaría sensiblemente limitado el estudio si se contrajese a esa mera comparación. Hay otros elementos de juicio cuya concurrencia, en su caso, determinan conclusión distinta y aun opuesta, y por lo mismo, el juzgador no puede ni debe pasarlos por alto. Tales son, por ejemplo, en asunto como el de este juicio, los que miran al

consentimiento del acreedor y, por ende al posible sacrificio de su derecho o al posible logro del mismo, según las circunstancias ..." (casación mayo 28 de 1938, XLVI, 433 a 438, especial 435, juicio incoado por el deudor vendedor contra el comprador que fuera acreedor suyo, por haberse celebrado la operación vigente el embargo decretado en favor de éste y de otro acreedor, que luego fue satisfecho por el adquirente).

"El quebranto del 1521 lo deriva el recurrente de que lo constitutivo de objeto ilícito tratándose de bienes embargados, es su enajenación, y en el presente caso ella, que en rigor de verdad está en el registro, no se efectuó habiendo embargo, siendo que la víspera todo embargo había quedado cancelado. Estos cargos son inaceptables, y para reconocerlo así basta considerar que implican la prescindencia del contrato mismo de que todo ello se deriva. Si por enajenación se entendiera dentro del numeral 3º del citado artículo 1521, lo que indica como exclusivo el recurrente, es decir, el registro, hasta carecería de objeto esta disposición de la ley, la que contiene disposiciones terminantes que prohíben proceder a inscribir transferencias de bienes embargados. Ese numeral 3º no mira tanto al Registrador como a las partes contratantes, cuyas voluntades se acuerdan y formulan y toman existencia legal, tratándose de compraventa de inmuebles, al otorgarse la correspondiente escritura pública. Lo que sigue es algo diferente e independiente de esa voluntad. Al punto de que el vendedor no podría por su sólo querer impedir que esa escritura se registrase, aunque la ley no le impusiese ese deber de proveer a su inscripción ... Bien se sabe que es por razones de orden público, de interés social, como nuestra ley establece una causal de ilicitud de la clase precisa a que se está aludiendo. No sobra recordar que la Ley 50 de 1936 al hacer saneables las nulidades absolutas contra lo que en forma rotunda establecían el Código y la Ley 95 de 1890, exceptuó de esta posibilidad de favor las procedentes de ilicitud en causa u objeto. Visible es la diferencia entre una compraventa cuya escritura se otorga estando embargados los respectivos bienes en actuación contra el vendedor, y una en que al otorgar la escritura no hay embargo y cuando ella llega a la Oficina de Registro tropieza con que entre tanto se ha inscrito un embargo de esa clase. En este último evento la concurrencia de voluntades adviene libre de la ilicitud bajo la cual se produjo en el otro caso opuesto, de que es ejemplo el que se estudia; y si no hay allá ilicitud, la imposibilidad de registrar nace de la vigencia del embargo y cesa cuando éste se cancele, sin motivo entonces ya para no registrarla ni para tachar la inscripción a que entonces se proceda. El derecho de prenda general del acreedor sobre los bienes del deudor consagrado en nuestro Código en su artículo 2488, se singulariza, en cambio, hacia su efectividad con el embargo de determinado bien o bienes, medida que cuando se trata de inmuebles se realiza por el registro de la respectiva providencia judicial en el libro especialmente creado y destinado por la ley al efecto. Aquel mismo derecho culmina en el remate, que es la venta hecha por autoridad de la justicia y en la que el juez es el representante legal del tradente, que en una ejecución es el ejecutado ... De ahí que, una vez aprobado el remate, haya de ir en lo posible el expediente a la Oficina de Registro para que aquél se inscriba con la preferencia impuesta por el artículo 1052 del Código Judicial. Lo ordenado en esta disposición, congruentemente con la del numeral 3º del artículo 1521 del Código Civil, hace ver que desde luego debe procederse a la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún, pues que, de un lado, media la autorización y aún orden del juez y de otro y ante todo, sería absurdo encontrar para el registro del remate valla en el auto de embargo y su anotación, que son el punto de partida de los medios conducentes para llegar al remate como fin ..." (casación diciembre 12 de 1941, LII, 817/19, en juicio de nulidad de venta hecha por el deudor estando embargada la finca, promovido por el rematante, por cuanto aquella se inscribió antes del remate, a favor de levantamiento del embargo solicitado para el registro de éste).

"Es claro que la autorización judicial para vender un bien embargado puede darse independientemente de la voluntad de las partes, como sería el auto del juez que autoriza al síndico de un concurso para vender alguno o algunos bienes concursados. Ese es el primer caso del numeral 3º del artículo 1521. En el segundo caso de tal numeral, es el consentimiento del acreedor el que hace ilícita la enajenación" (casación diciembre 13 de 1941, LII, 822/23).

"El cargo de interpretación errónea del artículo 1521 del Código Civil, 3º, como tampoco el de aplicación indebida, toda vez que estando trabados los bienes materia de la dación en pago y no habiéndose prestado el consentimiento por los que debían darlo, entre ellos la tercerista, la enajenación quedó viciada de nulidad" (casación diciembre 14 de 1941, LII, 831, casos estos dos de demanda de tercero acreedor actuante en el juicio, desprotegido con la disposición).

"Estuvo bien aplicado al caso de autos el artículo 1521 del Código Civil en cuya virtud hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello ... Como bien lo dice la sentencia acusada en este proceso, con la venta de E. a la señora B., no se sacrificaron en ninguna forma los intereses del acreedor embargante, sino que antes bien, se obligó a la adquirente, ... al pago del crédito perseguido por medio del embargo, operación que luego se realizó por medio de consignaciones. En consecuencia, como no se perjudicó al acreedor embargante, carece de fundamento la conclusión de ilicitud de la compraventa hecha por E. a la señora B. En el expediente hay elementos que permiten concluir que los acreedores embargantes sí dieron su consentimiento tácito a la venta antes citada de las fincas embargadas y fue cuando los cónyuges (mucho después de la venta) retiraron las sumas que la señora B. había consignado en cumplimiento de lo acordado con el vendedor E. De manera que consintieron implícitamente en la operación de compraventa, y como tal consentimiento del acreedor embargante puede ser posterior a la operación de enajenación, no hay fundamento para sostener que la venta fue ilícita ... La nulidad no puede ser declarada a petición de los demandados. En efecto, el mismo texto dispone que la declaración de nulidad solamente puede ser pedida por todo el que tenga interés en ello, y en el presente caso los demandados no tienen interés jurídico en que se haga esa declaración ... Ya se ha explicado que el objetivo que persigue la ley al impedir la venta de bienes embargados es que no se perjudique el interés de los acredores. Y si este interés se ha respetado, como ocurre en el presente caso, por el pago total del crédito, los acreedores no tienen interés alguno en pedir una nulidad, pues aunque esta se decrete, su situación no cambia ..." (casación de marzo 24 de 1943, LV, 245/46, dentro de proceso reivindicatorio de la compradora de bien embargado contra los acreedores que, luego de satisfechos por ella, recibieron en pago del deudor el mismo bien y opusieron en el juicio la excepción de nulidad de la venta inicial).

"El acreedor y ejecutante tiene derecho a que le pague el deudor ejecutado, pero ese derecho no va hasta impedirle sacar de la traba ejecutiva el bien primeramente embargado, para reemplazar ese embargo por la cantidad que se cobra ... De la copia tomada del juicio ejecutivo ... se saca en limpio: Que R. G. instauró juicio ejecutivo contra M. M.; que en esa ejecución se embargó el predio de ... que la ejecutada hizo el pago de lo que se le cobraba, apoyada en el artículo 1018 del Código Judicial; que en virtud de ese pago ... se decretó el desembargo; que el actor no es un tercero en ese juicio, sino ejecutante que sabía la consignación que para el pago había hecho M. M. ... El embargo de un bien tiene por objeto garantizar los derechos de las partes y los derechos de terceros. Estos no tienen otro medio de información respecto de la situación de un bien, sino el certificado del Registrador respectivo; las partes, especialmente en un juicio ejecutivo, tienen como información directa el juicio, lo que en él consta ... Si como está plenamente acreditado ... el desembargo y la nota pasada al respecto al Registrador ..., fue anterior al otorgamiento de la escritura, debe concluirse que la finca vendida por medio de ella, no estaba fuera del comercio ... el día de la venta" (casación diciembre 12 de 1944, LVIII, 181/82).

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1521 del Código Civil hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, y en tal caso al Registrador de Instrumentos Públicos le está prohibido por el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, registrar escritura alguna de enajenación ni hipotecación de los bienes embargados a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Estos preceptos legales, como es obvio, se refieren a enajenaciones propiamente tales, esto es, a contratos o actos entre vivos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces ... en que los efectos se determinan por la voluntad jurídica. Así, tratándose del fenómeno de disolución o extinción de contratos, las disposiciones referidas sobre ilicitud del objeto en la enajenación ... no tiene aplicación cuando es el efecto de una causa legal de extinción, decretada judicialmente como consecuencia del evento de una condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil ..." (casación agosto 23 de 1946, LXII, 62).

"De conformidad con el artículo 1521 del Código Civil ... 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. Aquí consideró el Tribunal que la ilicitud había desaparecido porque el acreedor embargante autorizó expresamente la inscripción en el registro del contrato de venta de parte de la cuota de dominio indiviso en la cosa, como se hizo constar en el texto mismo de la inscripción bajo la firma del Registrador ... Teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de la

institución del embargo como medio de garantizar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos del deudor que por medio de enajenaciones o gravámenes de sus bienes minore y hasta destruya el respaldo de sus obligaciones, para lo cual ha sancionado con la nulidad absoluta, dejando, como es natural, al interesado la facultad de prescindir de esa garantía, autorizando actos de disposición del deudor... Emplazado así el problema, la solución de nulidad sobre la situación conocida, habría sido injurídica, porque dados los elementos y circunstancias de este juicio, no puede afirmarse que faltó el consentimiento del acreedor, que destruye el concepto de ilicitud, ni tampoco decirse que su derecho fue sacrificado, ni disminuido siquiera ..." (casación marzo 11 de 1948, LXIV, 65/67, en juicio intentado por los herederos del deudor contra los adquirentes de este en venta aceptada por el acredor de entonces en memorial de solicitud de inscripción, y ratificada por el cedente, que luego adquirió el crédito).

"Es incuestionablemente cierto que la finca estaba judicialmente embargada a la fecha de la celebración del contrato. La tesis del recurrente es que a pesar del embargo no está afectado de ilicitud el objeto, según el numeral 3º del artículo 1521 del Código Civil, porque el acreedor consintió tácitamente en el registro de la citada escritura, según se desprende de los testimonios del acreedor y de su apoderado sobre el hecho de que por haber pagado el deudor se pidió y obtuvo de años atrás la orden de cancelación en el Registro ... Los dos testimonios no coinciden y se ve la falta de razón con que se aspira a hacerlos prevalecer sobre lo que el Tribunal tuvo como probado a base de documentos públicos" (casación abril 20 de 1949, LXV, 689/70. El cargo se había formulado por error de derecho en la apreciación de los testimonios y subsiguiente violación del artículo 1521 del Código Civil).

"Es indiscutible que en Colombia el contrato de compraventa no es modo de transferir el dominio ... Sin embargo, de que nuestro Código Civil no le dé al contrato de compraventa el efecto de transferir el dominio, no se deduce que la prohibición de enajenar un bien no comprenda la de venderlo simplemente. En efecto, enajenar un bien es transferir su propiedad por el titular a otra persona, bien sea a título oneroso o gratuito. Es decir, dentro del concepto jurídico de enajenación se comprenden todos aquellos actos en virtud de los cuales se realiza la transferencia del dominio de una persona a otra, por un acto de voluntad ... Para la Sala no existe la menor duda de que el sentido y alcance del citado texto (Código Civil 1521), son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña ... La transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta se verifica con el concurso de dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud en el caso de que se realicen sobre un bien embargado ... En materia de muebles la tradición ... se realiza mediante el contrato y la entrega de la cosa por alguno de los medios que señala el artículo 754. Fundamentalmente hay que considerar como afectado de nulidad absoluta el contrato ... a cuyo título se verificó esa tradición ... En Francia únicamente se necesita decretar la nulidad del contrato, por encontrarse en él refundidos título y modo; al paso que en Colombia se necesita aplicar tal nulidad tanto al contrato como a su tradición, por estar separados el título y el modo ... Igualmente el artículo 1866 del Código Civil sólo permite la venta de las cosas ... cuya enajenación no está prohibida por la ley, de manera que prohibida ésta se entiende prohibida aquélla; además de que el artículo *1523 ibídem* dispone que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley ... El interés jurídico del demandante (acreedor en cuyo beneficio se produjo el embargo, a quien se cubrió el crédito andando el juicio ordinario de nulidad), no tenía por qué cesar ante la simple cancelación del crédito y consiguiente levantamiento del embargo, pues estaba reclamando el pago de perjuicios causados con el contrato de compraventa y ellos bien podían subsistir, no obstante la extinción de la obligación principal por pago efectivo. Además, a juicio de esta Sala, la persistencia en llevar adelante la acción de nulidad también sería justificable en interés de la moral y de la ley. Por otro aspecto, aún habiéndose abstenido el demandante de impulsar la actuación judicial, esta habría proseguido de oficio, desde luego que el pago de la deuda y el levantamiento del embargo respectivo no producían el efecto de sanear la nulidad absoluta ya reconocida y declarada en juicio (en la primera instancia) ..." (casación mayo 3 de 1952, LXXII, 11, 12 y 14).

"Fatalmente, por imperio del artículo 1521 del Código Civil hay objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial. Si la

fecha de la escritura que contiene el contrato de enajenación es posterior a la inscripción del embargo del bien compravendido, la nulidad se ha realizado necesariamente ..." (casación junio 15 de 1959, XC, 642, en acción de un acreedor cuyo embargo fue detenido en el registro y no se registró, prefiriendo al efecto la anotación de venta del deudor que llevó la escritura junto con el oficio de desembargo en ejecución que para entonces se adelantaba en su contra).

"No es cierto que las escrituras antes referidas estén viciadas de nulidad por objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 1521 del Código Civil... Al otorgarse, el objeto de la enajenación no estaba fuera del comercio, pues que la sentencia que puso fin al juicio ... ya se había ejecutoriado, lo que quiere decir que el objeto ya había dejado de ser litigioso, y por consiguiente había salido del ámbito del artículo 1521 del Código Civil ... Es que las cosas vuelven a la esfera del comercio no por virtud de la cancelación material del registro o inscripción, sino en virtud de la orden, dada en firme, por el juez competente ... Una vez terminado definitivamente el juicio, o decretada la cancelación, no hay razón jurídica alguna para considerar que continúan los bienes trabados en litigio, por el sólo hecho de que el Registrador no haya verificado la correspondiente anotación ..." (casación mayo 26 de 1964, CVII, 220/30).

"Tocante a la forma de lo que el recurrente llama autorización del acreedor, no resulta del artículo 1521, ordinal 3º que ella necesariamente tenía que ser expresa, o sea otorgada en términos explícitos. Porque semejante formulismo, no está consagrado en el texto legal y si no lo está, mal puede el intérprete suponerlo por vía de exégesis, desde luego que todo rigorismo es restrictivo de la libertad jurídica y ocasionado, cuando se le desconoce, a sanciones. Entonces, si el precepto, para descartar la ilicitud en la enajenación de lo embargado, no requiere por parte del acreedor sino que este 'consienta en ello', quiere decir que ese consentimiento, sin necesidad de ser expreso, puede encontrarse palpitante en actuaciones suyas de tal naturaleza, que sin él no tendrían estas sentido alguno o serían contrarias a la lógica más elemental ..." (casación septiembre 26 de 1966, sin publicar).

"S. T. vendió a E. G. un predio, cuando se hallaba sometido a embargo judicial; por este motivo el Registrador se abstuvo de inscribir ese instrumento. Más tarde el vendedor demandó la declaración de nulidad de ese contrato, alegando que en él hubo objeto ilícito, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1521 del Código Civil. Posteriormente y cuando el juicio de invalidez había sido ya decidido en primer grado, el acreedor o titular de los créditos que dieron lugar al embargo, pidió al juez del conocimiento que ordenara la inscripción de la sobredicha escritura de venta; autorización denegada con el argumento de que a ella se oponía el actual demandante ... El propio acreedor elevó memorial al Registrador para manifestarle que autorizaba y solicitaba la inscripción de la escritura ... y el nombrado Registrador procedió a inscribir el instrumento ... De ese modo se evitó que la enajenación 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 la inscripción ... se hizo *inter mora litis*, pero no es menos cierto que ese registro se llevó a cabo en razón del consentimiento del acreedor, tercero ajeno a esta litis, y precisamente quien podía en cualquier momento consentir en la enajenación y evitar que quedara viciada de nulidad ... Consentida por este 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 ... al día en que se ajustó la convención, lo cual confirma lo ya dicho, o sea que tal contrato no quedó afecto del vicio de nulidad que se alega ..." (casación 21 de noviembre de 1967, sin publicar en la *Gaceta Judicial*).

2. *El ordenamiento jurídico recibe la disposición particular de intereses y la dota de relevancia, en cuanto se haya recorrido a plenitud la concreta definición de la figura típica, momento a partir del cual quedan vinculados entre sí los autores del acto y surge la posibilidad de que por ese medio alcancen las finalidades prácticas que corresponden a aquél y a sus propósitos individuales. El negocio jurídico así logrado, es susceptible de juicio de valor: positivo, en cuanto aparezca la conformidad de la conducta con las normas que la disciplina, o de invalidez, que implica una calidad negativa, al verificarse la contrariedad de esos mismos preceptos, respuesta que al atacar de raíz el acto, con base en su ilegalidad, destruye la vinculación que con él se creó y, en ella, la ocasión de que se realicen sus efectos finales.*

Muéstrase así la invalidez como un fenómeno de naturaleza estrictamente legal, calificativo propio del negocio jurídico dentro del ámbito del derecho privado, represión de un comportamiento negocial que transgrede las normas que orientan la actuación individual reglamentándola o prohibiéndole ciertos rumbos o concreciones, y

que se endereza a negar la relevancia que de por sí tiene aquella, atendidos sus antecedentes.

La ley, al consignar la figura de la invalidez, establece categorías, causales y efectos, en orden a su mejor y más completa adecuación a las necesidades pragmáticas y a la efectiva protección de los distintos intereses contrapuestos; y la nuestra, la traduce en la institución genérica de la nulidad (Código Civil artículo 1740), con las variantes de absoluta y relativa (artículo 1741), referidas a las personas respecto de las cuales procede la solución negativa del acto y al otorgamiento de legitimación y oportunidad para invocarla; pues que los negocios antijurídicos son igualmente inválidos, cualquiera que sea el motivo que produzca su deterioro, origínese en falta de plenitud de los requisitos de fondo o de forma exigidos por ley, o en la presencia de vicio de los mismos, con el sólo distingo de la posibilidad de declaratoria oficiosa o a instancia del Ministerio Público o de cualquier interesado, en la nulidad absoluta (Ley 50 de 1936, artículo 2º), o de la sola persona especificada, en la que es a ella relativa (Código Civil 1743), y del lapso de prescripción de la pretensión (Ley 50 de 1936, 1º, Código Civil 1750).

Se ha solido fundamentar en el cotejo de los artículos 1502 y 1740 del Código Civil el argumento de requisitos de existencia y validez del acto o contrato, y a la vez que la explicación de la nulidad en términos de ausencia o vicio de ellos. Sin reparar en la tautología en que así se cae, e insistiendo en que la nulidad es una figura iuris, *que responde a la reacción del ordenamiento frente a calificadas violaciones de sus preceptos disciplinarios de la actividad dispositiva y no a rigorismos lógicos, de donde la necesidad de que la infracción esté sancionada expresamente con el dicho resultado ablativo, la nulidad absoluta se encuentra estatuida para los eventos de inobservancia de requisitos de forma en los negocios solemnes, de otorgamiento personal por los sujetos absolutamente incapaces, de inidoneidad del objeto y de ilicitud de la conducta negocial, en tanto que la relativa se proyecta en el campo de los vicios de la voluntad y de la ausencia de formalidades habilitantes o de protección.*

Habiendo de reconocer en todos los elementos y requisitos del acto una equivalencia de valor y no siendo admisible una actitud discriminatoria apriorística respecto a la importancia de ellos, es a la ley a quien compete privativamente señalar cuáles son los quebrantamientos de sus dictados que desembocan en la invalidez, cuál la naturaleza de ésta y, por último, los alcances de la decisión jurisdiccional que sobre tales supuestos se adopte.

El acto pertenece al pasado, es el dato real cuya existencia permite apreciar su valor, vertido en su efectividad compromisoria, germen de resultados prácticos y objeto de impugnación o de reacción oficiosa, sobre la base de análisis de la manera en que se celebró. De modo que a propósito de la validez han de estudiarse las circunstancias que lo rodearon y antecedieron, en orden a precisar la sola intimidad de la disposición negocial, en tanto que cuando se mira a la eficacia final es preciso analizar acontecimientos extrínsecos al acto y posteriores a él, en función de su contenido.

La ley acoge y patrocina en principio el ejercicio de la autonomía privada, pero no deja por ello de ejercer un riguroso control del contenido de los negocios para vigilar en cada caso el cumplimiento de los fines de interés común, de manera que ante singulares alteraciones del orden, específicamente indicadas en la norma, con criterio técnico y práctico, esta reacciona en igual medida, de suyo, habida cuenta de la gravedad del enfrentamiento, o por acción del sujeto especialmente legitimado, en las oportunidades en que se deja el impulso a quien mejor puede valorar la defensa de su interés.

Ya en el terreno de la ilicitud, sentado que ella consiste en la oposición de la conducta con normas imperativas o de ius cogens, *identificable en el examen de las cláusulas del acto, en la motivación común de las partes o en la entera disposición que ha sido materia de veda por la ley, y reiterando que la invalidez en sus secuencias es igual en sí, independientemente de sus motivos, y que simplemente en el terreno del negocio ilícito el ordenamiento impide su saneamiento, convalidación o refrendación (Ley 50 de 1936, 2º) y el mandato restitutorio de lo que así se entregó a conciencia (Código Civil 1525), es oportuno relievar que la nulidad no se deduce virtualmente, sino que dimana de textos legales, cuyo entendimiento no es susceptible de extensión analógica, amén de que ha de hacerse con apoyo en elementos y métodos que complementen la simple apreciación gramatical y fijen su estricto alcance.*

3. *Delante del texto del artículo 1521 del Código Civil la doctrina nacional, del mismo modo que la chilena sobre una igual redacción, ha recordado que el precepto no se encontraba en el proyecto inicial de Bello, pues surgió luego para el llamado Inédito, y ha formulado reparos incluso a la propia concordancia de sus términos, como también a la involucración dentro de un mismo concepto de fenómenos de origen, natu-*

raleza y alcances dispares, algunos de ellos solucionables con calificativos mejores que aquel de "objeto ilícito" uniformado en la ley.

Y, como se desprende de las transcripciones jurisprudenciales que in extenso *se hicieron, en lo que toca con la enajenación de objetos embargados por orden judicial, el problema se inicia con el señalamiento del sentido preciso en que haya de entenderse la voz "enajenación" para estos efectos, continúa con el tratamiento de las salvedades legales, y llega a la máxima dificultad cuando ha de resolverse lo atinente a la titularidad de la acción impugnativa.*

No cabe duda de que entre las cosas no comerciales y los derechos personalísimos, por una parte, y las cosas embargadas o litigiosas, por otra, hay una diferencia específica ostensible. Aquellos bienes y derechos son indisponibles por su propia naturaleza material o jurídica, en cualquiera oportunidad y por todo sujeto. Mientras que estas, de por sí comerciales, útiles y disponibles, se sustraen transitoriamente a la posibilidad de enajenación por su dueño y no por una afectación absoluta del bien en sí, o porque su tráfico se halle de suyo prohibido, sino porque el titular se ve privado temporalmente de poder dispositivo, más que por la existencia de un litigio, por que en este o en uno en vía de iniciación se tomó una medida de seguridad, que va en favor de quien la ha intentado y procura garantizar, ya la efectividad de un crédito que versa sobre esos bienes o que es o se convierte en de dinero asequible con el remate de ellos, ya la de una orden restitutoria de los objetos (Código de Procedimiento Civil 273/74, 1008 y siguientes, 740; Ley 68 de 1945, 2º).

En tal sentido, insistiendo en la precisión conceptual y normativa, la traba, en rigor no se refiere al bien, ni tampoco a la titularidad del derecho, sino a la oportuna aptitud dispositiva de quien figura como dueño, y tampoco en términos generales, sino circunscrita al interés de la persona a cuya solicitud se dictó la orden que ha venido a afectar aquella autonomía. No es un problema de capacidad del sujeto, salvable con la mediación de un asistente calificado, como tampoco de ineptitud o inidoneidad propiamente dichas del objeto para la disposición, sino de ausencia ocasional del necesario poder dispositivo, y no con alcances generales, sino en beneficio exclusivo de un sujeto especial y contingentemente protegido.

Y al efecto, no sobra advertir que la ley abunda en medidas de esta índole, reguladas bajo variados nombres y en distintas oportunidades, de que son ejemplo la nulidad del pago hecho al acreedor, si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su solución, o si se paga al acreedor insolvente en fraude de sus propios acreedores en cuyo favor se ha abierto concurso contra el primero (Código Civil 1636); la de los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso de acreedores o juicio de quiebra (Código Civil 2490, Decreto 750 de 1940, 36); la "rescindibilidad" de los actos defraudatorios del derecho de los acreedores (artículo 2491 del Código Civil); la que afecta los del heredero, en punto de enajenación o gravamen de los bienes herenciales, cuyo producto no se haya destinado a pagar deudas hereditarias o testamentarias en los términos del artículo 1441 del Código Civil; y la "rescisión" del repudio de la herencia o legado, en favor de los acreedores del heredero (Código Civil 1295 y 1441).

Ilícito y por ende nulo es el acto ejecutado contra expresa prohibición legal, salvo que la misma ley disponga otra cosa, según el Código Civil en su artículo 6º, que luego adscribe la conducta negocial prohibida a la ilicitud del objeto (artículo 1523), dentro de la que incluye el pacto prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1518 in fine*), y la contravención al derecho público de la nación (artículo 1519), y agrega la motivación contraria a los mismos extremos (artículo 1524), dentro de formas iterativas, que son muestra del empeño de reprimir concretas y mayúsculas infracciones del* ius congens*, orientado a la salvaguardia de los aspectos fundamentales del orden social y ético vigentes.*

Si, como está dicho, la nulidad no deriva de consideraciones lógicas ni de resultados empíricos, sino de la realidad jurídica, plasmada a este efecto en una determinada formulación normativa, forzoso es acudir directamente a la ley para examinar a su luz el negocio tildado de nulo, tanto en los factores que determinan la invalidez como en la actuación y efectos de la misma; mas, sin perder de vista la razón de ser de la medida represiva y la función a que está enderezada, única actitud que permite un rumbo certero, conservable a pesar de eventuales imprecisiones terminológicas en la formulación de los textos.

Nuestra jurisprudencia, mirando a la función que cumple la medida judicial de cercenamiento transitorio del poder dispositivo del titular deudor o demandado, y sin perder de vista el mero carácter obligatorio del contrato, y el hecho de que sólo su cumplimiento comporta la atribución patrimonial (Código Civil 740 y siguientes,

1633), y con apoyo en el requerimiento para la venta (1866) y la hipoteca (2439) de versar sobre bienes cuya enajenación no esté vedada por ley, ha entendido por enajenación prohibida respecto de bienes embargados o en litigio, no solamente la tradición, acto final y definitivo de un proceso que se inicia en el título traslaticio, sino también el contrato mismo cuyo desarrollo ha de conducir al traslado del derecho o que potencialmente lleva a él, como acontece en la hipoteca.

Ciertamente el artículo 1521 del Código Civil al referirse a los bienes embargados y en litigio consagra una prohibición; o, mejor quizá, una restricción, que se dirige exclusivamente al dueño de las cosas sometidas a la traba judicial (Ley 95 de 1890, artículo 42), y que no se funda en una proscripción general, como ocurre respecto de ciertos actos (v. gr. Código Civil 1023, 1262, 1522, 1867, 1942), o en la irrelevancia de los objetos para el tráfico, como en materia de bienes de uso común, o en su arraigo absoluto a su titular, cual en los derechos personalísimos (Código Civil 1521, 1º y 2º, 1866), o en que se proyecten sobre cosas cuyo comercio sea contrario a la salud, la moral o la seguridad pública (1518 in fine*). Por lo cual se ha llegado a sostener, por algunos doctrinantes, que allí media una mera prohibición relativa, pensando más que todo en que se puede sortear con licencia del juez que ordenó el embargo, el secuestro o la inscripción de la demanda, o con la autorización del acreedor o los acreedores a cuya seguridad tiende la medida.*

La razón de ser del precepto es nítida y ha sido destacada permanentemente: asegurar el resultado del proceso ejecutivo o reivindicatorio, incluyendo en aquel, en su caso, las ejecuciones universales, en donde, allá, relativamente a los bienes singularizados en el decreto judicial, aquí con alcances sobre todos los activos del deudor quebrado o concursado, se produce una suspensión del poder dispositivo, en veces llamado legitimación para obrar, limitada a los intereses a que se refiere y al derecho de la persona en cuyo beneficio opera. De suerte que, así se diga en la ley que el acto indebido está afectado de nulidad o que es rescindible, lo cierto es que la acción correspondiente no puede intentarse sino por las personas legalmente calificadas y que la disposición no es en sí contraria al orden público o a las buenas costumbres, sino simplemente lesiva de prerrogativas oponibles al disponente, de manera que los efectos prácticos de ella, en cuanto contrarios a tales intereses, se destruyen o se menguan, hasta donde lo exija la tutela de ese fuero preferido, cuya vulneración da la medida del interés para reclamar.

Resulta entonces impertinente pensar en la posibilidad de declaración oficiosa de la nulidad absoluta de una enajenación de bien embargado, que no podría aparecer de manifiesto en el contrato, o acudir a la socorrida regla de nemo auditur *..., para desestimar la acción del enajenante. El hecho es que la ilicitud del negocio y su consiguiente nulidad no tienen un importe de* iure conditio, *ni constituyen sanciones aplicables indiscriminadamente, cuandoquiera que la ley de pie para captar una prohibición, así sea de las denominadas relativas; ilícito es el negocio contrario al equilibrio social, que hiere los sentimientos de seguridad y ética básicos de la sociedad; no el que atente contra un simple interés individual. Si la prohibición es relativa al interés de tal especie, natural que sólo su titular tenga legitimación al respecto, y que, así como puede no deducir en juicio su pretensión, autorice el acto, lo apruebe luego o se conforme con él; más aún, que aun cuando se oponga a su celebración, su actitud sea irrelevante al demostrarse que la enajenación no lo perjudica y, por lo mismo, no sea atendible el reclamo suyo.*

Captada en estos términos la figura y ubicada dentro del sistema de vigilancia y protección que la ley erige dentro de la disciplina del negocio jurídico, la ineficacia de la enajenación de bienes embargados no deriva de vicio del negocio en sí considerado, como tampoco de una eventual orientación fraudulenta, sino de su virtualidad nociva al acreedor, que desaparece con el permiso que el juez conceda, atendiendo a los riesgos de demérito o pérdida de la cosa y a la seguridad que contra ellos ha de darse a las partes (Código de Procedimiento Civil 287), o proveyendo a la finalidad del juicio (Código de Procedimiento Civil 1051; Decreto 750 de 1940, artículo 23, 3º); o con la autorización del propio acreedor, y, diríase que por sustracción de materia, cuando este ha sido satisfecho.

En lo atañedero a la intervención del acreedor, no olvidando la naturaleza de la sanción, indiferente resulta el que consienta en la enajenación antes de que esta se realice, o por declaración concomitante o posterior, o por medio de una conducta concluyente incompatible con el rechazo de la operación. E inclusive, que llegue a perder personería para su impugnación porque se le haya satisfecho su interés jurídico. Todo ello por cuanto la represión del acto dispositivo aunque en principio tenga un móvil de

interés general, se polariza en el amparo específico de un determinado sujeto, atendiendo a su interés en peligro, de suerte que en desapareciendo, por cualquier causa que sea, la necesidad de protección, cesa el fundamento de la prohibición, o con más propiedad, recobra el deudor su pleno poder dispositivo.

Esa misma caracterización del problema hace ver que las relaciones entre las partes están subordinadas a tal patrón básico, al punto de que si al tiempo de la celebración del contrato entre ellas no había obstáculo alguno para el cumplimiento de las obligaciones que generó, pero ya para cuando se ha de ejecutar la tradición surge el óbice del embargo, no puede menos de advertirse una imposibilidad sobrevenida que, según las circunstancias, justifique el retardo, como cualquier otro suceder fortuito (Código Civil 1616, 2º); y que si, por el contrario, cuando se constituyó el título estaba ya vigente la traba, no habrá lugar a acusación por parte del disponente de la cosa, a cuya situación jurídica respecto de ella se debe el tropiezo que no denunció oportunamente; mientras en el supuesto adquirente habrá que indagar su conocimiento de la orden judicial y su resultado práctico y, según las circunstancias, la solución estará en liquidar los efectos finales por la vía de incumplimiento, como en todas las demás hipótesis en que alguien compromete un bien sobre el que no tiene poder de disposición y no logra ejecutar la prestación completamente, o por la de negocio condicional, sometido al evento incierto de que el disponente readquiera su legitimación, en forma suspensiva para la exigibilidad del deber de tradición.

Por manera que, si esta tradición se efectúa, contra la prohibición consagrada por el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, tratándose de bienes raíces, o por cualquiera de las formas del artículo 754 del Código Civil en materia de muebles, vigente el secuestro, ella no constituirá cumplimiento, por la falta del poder dispositivo del tradente (Código Civil 740 y siguientes, 1633), y por ende, no liberará a quien la hace y no es oponible al acreedor amparado con el embargo o el secuestro.

4. *Así que la enajenación de bienes embargados vincula a quienes participan en ella, que no pueden fundarse en la traba para pretensión contra su valor, y es impugnable en principio sólo por el acreedor para cuya seguridad se proveyó al embargo, siempre que la enajenación no haya sido aprobada por él mismo o autorizada por el juez y que el acto le sea lesivo y esa lesión subsista.*

De donde se concluye que la venta, como mero título, en cuanto no hiere per se *el interés del acreedor, comoquiera que no afecta su posición, puesto que no podrá ejecutarse en contrariedad del interés tutelado con el embargo, y en cuanto inoponible a él, es inocua: y no se alcanza a ver la razón para que se le sancione con nulidad, mucho menos declarable oficiosamente, o a instancia de parte contractual, por tratarse de bien embargado, como tampoco a solicitud del acreedor, que tendría pleno derecho a ir contra la ejecución de acto de tradición o de inscripción de gravamen, e incluso de acto que vulnere su derecho a que accede el embargo, con pleno resultado suficiente con la sola destrucción de la tradición, sin motivo para atacar el título, que en sí no lo afecta.*

Es que al patrocinar la ley el ejercicio de la autonomía particular, consagra diversos límites, traducidos en negación de la relevancia del negocio o en privación de determinados efectos del mismo, con estricta adhesión a las necesidades de tutela de los intereses susceptibles de vulneración, y sólo en la medida de que aquella lo exija. Por lo cual, tratándose mediante el embargo, de poner al acreedor a salvo de evasiones y dificultades originadas en actos del deudor, efectuados con posterioridad a la traba judicial, no se remite a duda la primacía del interés del acreedor y la ineficacia de esos actos frente al mismo; como tampoco que el único habilitado para afirmar su irrelevancia es él, como sujeto titular del crédito y destinatario especial de la protección accesoria, en cuanto conserve esas dos cualidades, y que, por último, esa tutela no puede rebasar el ámbito de su justificación, ni beneficiar a quienes no son sujetos del amparo.

5. *Y aun con la más estricta adhesión a los términos literales de que se vale el Código, localizado el tema dentro de las características del objeto, la ilicitud preceptuada en el ordinal 3º del artículo 1521 no es* erga omnes, *sino que se concreta en pro del acreedor, como las demás prohibiciones específicas que con el mismo propósito se estatuyen en las oportunidades mencionadas antes, de modo que, cual lo ha expresado la jurisprudencia, se previene de por sí con la autorización judicial o del acreedor, y se elimina con la satisfacción de éste, sin que quepan reatos que pudieran fundarse en la imposibilidad de convalidar operación nula por causa de ilicitud, pues no se da allí "ratificación" o saneamiento de ningún orden, toda vez que la supresión de la* ratio *de la supuesta invalidez no es obra de las partes, quienes a mérito de la auto-*

rización o de la satisfacción del interés tutelado, no están insistiendo en actividad incorrecta, sino actuando en función de un negocio cuya ejecución se ha despejado al neutralizarse la traba; o sea que el allanamiento de la vía se dispone por sujetos jurídicamente distintos de las partes en el contrato, las que se reducen a cumplir con las obligaciones que contrajeron y cuya situación, que pudo verse afectada en aras de terceros calificados, se torna inobjetable por nadie, y menos por ellas mismas.

6. *En conclusión: para la Corte, la enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título traslaticio, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. En consecuencia, el dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto judicial de embargo, en nada afecta la situación creada por éste. Por el contrario, la tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraría al mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados con él. Tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla. Lo cual no quita la naturaleza de absoluta que tiene la nulidad consiguiente, dentro de las limitaciones impuestas por la función concreta que está llamada a desempeñar en esta coyuntura, ni obsta a que las condiciones de prescripción sean las propias de la invalidez de esta especie.*

7. Aplicando lo expuesto a la situación en examen, se tiene que el fundo "La Regadera", embargado como propiedad de Matallana en el proceso penal donde éste figuró como sindicado, vendido por él a Fajardo, en esa situación denunciada en la escritura, lo fue luego por éste, en el mismo estado, a Ulloa Caicedo, precisamente el día en que llegó al Registro el nuevo embargo decretado en el juicio de venta de los Forero contra Matallana, por lo cual, Fajardo demandó la nulidad de su contrato con Ulloa Caicedo y la consecuencial reivindicación contra Ulloa Fajardo, subadquirente y poseedor actual, súplicas desestimadas por el Tribunal en fuerza de que Ulloa Caicedo, sustituto del acreedor amparado con el embargo, autorizó la inscripción de la escritura por la cual él compró, de que tanto el acredor para la fecha de la escritura como el subrogatario fueron satisfechos, y de que el actor no tiene interés en la impugnación deducida en el juicio.

Dichas consideraciones del fallador de mérito son adecuadas en punto de la afirmación de la licitud de la venta y su registro y de la carencia de personería o genuino interés en el demandante, y su decisión no cayó en violación directa de ninguna de las normas citadas por la censura como infringidas, que la sentencia entendió sobre la pauta jurisprudencial y para el resultado que ellas predican frente a situación del orden de la planteada.

No prospera 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 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veintidós (22) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dentro del juicio ordinario intentado por José Vicente Fajardo Téllez contra Policarpo Ulloa Caicedo y Horacio Ulloa Fajardo.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

SIMULACION

Objeto de la causal 2ª de casación. — Simulación y negocio indirecto. — En la simulación, las partes contratantes, o quien emite una declaración y aquel que la recibe, imbuidas en un mismo propósito, acuden a un procedimiento, anómalo pero tolerado por el derecho, mediante el cual su dicho público se enerva con su dicho privado, creándose así un contraste evidente, no entre dos negocios diversos, pero conexos, sino entre dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un solo compuesto negocial, pasos integrantes necesarios de un iter dispositivo único aunque complejo. — Alcances y efectos entre las partes contratantes y ante terceros. — Personería para incoar como tercero la acción de prevalencia de la declaración privada. — Lugar que ocupan el legatario y el heredero, como meros causahabientes que son, frente a un contrato celebrado por el causante y que se tilda de simulado. — Enfrentamiento entre acreedores del disponente y acreedores del titular aparente. — Limitación probatoria a que están sometidas las partes. — El negocio indirecto. — La jurisprudencia colombiana ha optado por una misma solución para las varias hipótesis conceptuales del negocio indirecto, dentro del marco general de la simulación. — En todos los casos resulta indispensable la previa determinación de la intimidad del iter negocial. — La acción declarativa del pacto indirecto. — Condiciones del cargo por error de hecho evidente, o de derecho, en la estimación probatoria. — En qué consisten tales errores.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

(Aprobado Acta número 17 de mayo 14 de 1968).

1. Conforme con la Escritura pública 4825 de julio 22 de 1959, pasada ante el Notario 4º de Medellín, Marceliano Rodríguez dijo vender a Rodrigo Arango Peña una finca rural de propiedad de aquél, situada en el Municipio de San Pedro (Antioquia), por dieciocho mil seiscientos pesos, declarados entonces satisfechos, reservándose el vendedor el derecho de retrocomprar el bien en el término de un año, contra pago de igual precio.

Por Escritura 893 de mayo 6 de 1960, que se corrió en la Notaría 5ª de aquella ciudad, Rodrigo Arango dijo vender el dicho inmueble a Alfonso Gallo en la misma suma, cubierta allí, haciendo mención expresa del pacto de retroventa en curso y sus cláusulas.

Considerando que tales contratos no fueron en realidad de compraventa del fundo, sino, el primero, de mutuo en cuantía de quince mil pesos a un año de plazo y con interés remuneratorio del dos por ciento mensual, y garantía más eficaz que la hipotecaria y, el segundo, de cesión onerosa del crédito allá originado, Marceliano Rodríguez demandó en juicio ordinario a Rodrigo Arango y Alfonso Gallo, ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín el 30 de marzo de 1962, para que frente a ellos se hagan las respectivas declaraciones de simulación, se cancelen las inscripciones de los instrumentos públicos correspondientes, se rebajen por excesivos los intereses devengados y no satisfechos aún por el deudor, y Gallo sea condenado a restituir al actor el fundo, con mejoras y anexidades, y a abonar frutos desde el 9 de marzo de 1962, como poseedor de mala fe.

Sostiene el libelista que, habiendo recibido quince mil pesos en préstamo de Arango, no cubrió interés alguno en el primer año, por estar liquidado ya ese período en el precio de recompra; que aceptó a Gallo como cesionario del crédito y le hizo abonos varios por concepto de intereses, hasta cuando éste se negó a expedirle recibos; que el inmueble, vendido aparentemente por quince mil pesos, valía para entonces más de cincuenta mil; que él continuó en la detentación material del mismo, disfrutándolo e introduciéndole mejoras, hasta que el 6 de marzo de 1962 hubo de abandonarlo por orden de autoridad que pronunció lanzamiento a solicitud de Gallo, quien lo había requerido para la entrega desde noviembre de 1961, cuando cesó el pago de los intereses y luego intentó el juicio correspondiente, fundado en documento de arriendo que el actor, analfabeto, no suscribió ni autorizó a nadie para que firmara como aparece, con fecha junio 22 de 1961, según su aserto.

Desestimada la demanda por el juzgado, del fallo de éste apeló Rodríguez, lo que dio lugar a que el Tribunal Superior de Medellín, en segunda instancia, revocándolo, desechara las excepciones opuestas por los demandados, declarara la simulación de los actos impugnados y la prevalencia de los contratos de mutuo por dieciocho mil seiscientos pesos de capital y dos por ciento de interés mensual entre Rodríguez y Arango, y de cesión de dicho crédito por parte de éste a favor de Gallo, condenara al último a devolver la finca al actor, pagarle frutos en cuantía cierta periódica e indemnización, igualmente precisada allí, por mejoras destruidas, y desechara por improcedente dentro de este juicio la súplica de reducción de intereses.

La sentencia de segundo grado lleva fecha de julio 30 de 1964; con ella se conformó el demandante y en su contra recurrió en casación la parte demandada, con sustentación exclusiva por el personero de Gallo Salazar.

2. El fallo impugnado se extiende en consideraciones doctrinarias sobre la simulación, sus clases y su prueba, a vuelta de lo cual, analizando el caso sometido a su juicio y previo reconocimiento de la prueba de los actos ostensibles objeto de la demanda, considera:

De las posiciones absueltas por Alfonso Gallo surgen, como plenamente acreditados, en síntesis, estos hechos esenciales: que Arango Peña no le hizo entrega material del inmueble vendido al firmarse la escritura de venta, sin que esa omisión se explique por la presencia del pacto de retroventa; que el comprador obró sabiendo que Marceliano Rodríguez poseía para entonces la heredad; que al vencimiento del término para la readquisición Gallo le recibió intereses a Rodríguez, conducta que se repitió por varios meses más; que son ciertos los recibos expedidos por Gallo a Rodríguez por concepto de intereses que en total de $ 3.456.00 corresponden al contrato de mutuo; que Gallo recibió el inmueble el 9 de marzo de 1962, por entrega que le hicieron las autoridades del Municipio de San Pedro, y que Rodríguez no le debía nada con anterioridad al 22 de julio de 1960, fecha de la venta de éste a Arango Peña.

Los recibos reconocidos por el demandado Gallo constituyen un principio de prueba por escrito de la simulación alegada, que unidos a otros indicios poderosos —conservar el vendedor la posesión material del bien vendido, recibir el vendedor (sic) pago de intereses, precio bajo de venta— demuestran plenamente la celebración del acto oculto: que el acto aparente de venta contenido en la Escritura 893 de 1960, realmente fue de cesión del crédito a cargo de Marceliano Rodríguez, conclusiones que refuerza con transcripción de fallo de la Corte, dictado en caso semejante a este (XLI, 171 y siguientes).

Replica al apoderado de los reos, que al sustentar las excepciones sostuvo que Gallo no podía ser demandado en simulación por Rodríguez, ya que éste es un tercero frente al contrato celebrado entre el primero y Arango, con citas de doctrina y la reflexión de que el actor tiene aquí interés en que se declare la prevalencia del acto oculto: cesión de crédito, sobre la venta aparente.

Define en seguida la situación del demandado Arango, frente al cual Rodríguez está limitado en el empleo de medios probatorios, como parte que fue en el contrato corrido entre ellos, recordando que este demandado confesó en posiciones que los contratos contenidos en las citadas escrituras, fueron, en su orden, de préstamo de dinero a interés y de cesión del respectivo crédito, y dando, en tal virtud, por acreditada la simulación que se impetró.

Concluye el Tribunal la motivación de su proveído con el estudio de las súplicas restitutorias de finca y frutos e indemnizatoria por destrucción de mejoras, que acoge, y la de reducción de intereses, que rechaza, como quedó ya visto.

3. Contiene la demanda de casación cuatro cargos, tres por la causal primera y uno por la segunda, que por razones de índole lógica, se estudiarán y decidirán a continuación, en orden inverso al en que fueron presentados.

I. *Causal segunda.* Asevera el recurrente que "la sentencia del Tribunal no es consonante con las pretensiones de la excepción". Dice que "el apoderado de Gallo propuso las de indebida acumulación de acciones, modo indebido de petición y la genérica", y el juzgador replicó que no habiendo prueba ninguna sobre la verdad y existencia de un hecho que pudiera servir de fundamento a cualquiera de las excepciones alegadas, estas deben declararse no probadas. Y entra luego a argumentar acerca de la existencia de demostraciones en favor de la primera y de los fundamentos de la segunda, en orden a pedir el acogimiento del cargo.

Considera la Corte:

Como terminantemente lo expresa la norma y lo ha reiterado la Corte (así, casación abril 2 de 1968), la causal segunda, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", tiene por objeto la enmienda de un singular vicio de procedimiento en la resolución de segundo grado, consistente en que esta se pronunció sobre asuntos extraños a la relación jurídico-procesal, o no se acomoda a plenitud con las pretensiones formuladas en oportunidad por las partes, al haber dejado peticiones del reclamante o de la defensa sin resolver, o haberles concedido más de lo que pretendieron.

La consideración del dicho desajuste, ha de hacerse, por ello, comparando los pedimentos formulados con la decisión adoptada por el Tribunal, en un estricto juicio de realidad, comoquiera que, en habiendo lugar a casación, la Corte, en instancia debe limitarse, según las circunstancias, a completar el fallo deficiente, a reducir el excesivo o, en el evento de desenfoque, a conformar la resolución al proceso.

Si el cotejo mencionado muestra que el Tribunal resolvió todos los planteamientos de las partes, cualquiera que sea el concepto que merezcan sus conclusiones, se torna inane el ataque basado en la causal segunda. Y el empeño del litigante que estima que se incurrió en yerro de juicio, enderezado a descalificar el mérito del raciocinio que impugna delante de los dictados sustanciales, forzosamente ha de manifestarse dentro de los rumbos de la causal primera, única que admite consideraciones de juicio de valor.

Aquí, como se dejó consignado y el propio censor lo declara, el Tribunal rechazó las defensas de los demandados considerándolas carentes de prueba. Hubo, pues, pronunciamiento expreso y concreto sobre tal pretensión; no se dejó pendiente de respuesta alguna de la parte crítica, que al reclamar ahora aduce pruebas y razones tendientes sólo a desvirtuar la fundamentación del fallo, impertinentes dentro de la causal que escogió para este cargo que, así, se deniega por improcedente.

II. *Causal primera.*

Primer cargo. Se acusa aquí "la sentencia recurrida, por error de derecho consistente en la apreciación de las siguientes pruebas, únicas tenidas en cuenta por el Tribunal: posiciones absueltas por Rodrigo Arango y por Alfonso Gallo; recibos firmados y reconocidos por Alfonso Gallo; declaraciones de testigos (cuatro allí nombrados); e inspecciones oculares practicadas dentro del juicio; error de derecho que condujo a la violación de la ley sustancial en las siguientes normas: artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887 y artículos 28, 1502 a 1512, 1602, 1603, 1759, 1760, 1763, 1765, 1766, 1767, 1746, 1748, 946, 1934, 1939 y 2221 del Código Civil".

Desarrolla la impugnación el recurrente diciendo que "hay que descartar las posiciones absueltas por Rodrigo Arango, quien compró a Marceliano Rodríguez el inmueble que luego vendió a Alfonso Gallo, a las cuales se refiere el Tribunal, porque la confesión es un hecho personal y no puede perjudicar a otro. Que de las posiciones absueltas por Gallo el Tribunal deduce hechos que en manera alguna son prueba o principio de prueba de la pretendida simulación; de ellas no puede deducirse en manera alguna nada parecido a lo que se extrajo de las posiciones de Arango. Los hechos deducidos de las posiciones de Gallo son 'adiáforos', inconducentes al fin del pleito, y no tienen relación con la pretendida simulación de contratos.

"De los recibos extendidos por Gallo a Rodríguez, continúa la demanda, deduce erróneamente el Tribunal un principio de prueba por escrito de la simulación alegada. Hubo error de derecho en la apreciación de esta prueba, porque en manera alguna los mencionados recibos hacen referencia a la suma de dinero que figura en las escrituras en cuestión como precio de las ventas con pacto de retroventa". Señala en seguida esos recibos con indicación de las diferentes cantidades por las que se extendieron, y añade que ninguna de estas corresponde al interés estipulado, considérese que el capital fue de $ 18.600.00 o téngasele por de solos $ 15.000.00, de donde concluye que habría que suponer, sin asidero alguno, que caprichosamente el acreedor en unos casos rebajó los intereses y en otros los aumentó, y que los tales recibos cuando más se-

rían principio de prueba de una prórroga del término para la retroventa, concedida por Gallo a Rodríguez, pero no de la simulación de los contratos. Agrega que el grupo de testimonios debe rechazarse por prohibición expresa de la ley, ya que se trata de obligación mayor de quinientos pesos, y que si se llegara a apreciar, habría que tener en cuenta que los declarantes concuerdan de que no es costumbre en la región prestar dinero con pacto de retroventa.

Y, a propósito de las inspecciones judiciales y los peritajes que con oportunidad de ellas se practicaron, sostiene que si el inmueble valía, según el perito tercero, "suma exorbitante", Rodríguez tendría derecho a acción por lesión enorme, pero que de dicho concepto no cabe deducir la prueba de la simulación de los contratos.

Segundo cargo. Ataca la sentencia del Tribunal "por error de hecho consistente en la falta de apreciación de determinadas pruebas: las trasladadas del juicio de lanzamiento de Alfonso Gallo contra Marceliano Rodríguez, el contrato de arrendamiento suscrito por Marceliano Rodríguez como arrendatario y Alfonso Gallo como arrendador, y certificado de la Oficina de Registro del Circuito de Medellín, que condujo a la violación de la ley sustantiva en sus artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, y artículos 28, 946, 1502 a 1512, 1602, 1603, 1759, 1760, 1763, 1765, 1766, 1767, 1934, 1939, 2221, 1857, 1849, 2673 y 2674 del Código Civil", razonando de este modo:

El certificado del Registrador demuestra clara y específicamente que Rodríguez sí tenía la costumbre de vender para volver a comprar, al denunciar dos actos anteriores al que cumplió con Arango en similitud de términos, y demuestra también que la venta de Rodríguez a Arango y la de éste a Gallo se otorgaron por escritura pública debidamente registrada, sin que Rodríguez se opusiera al registro de ninguno de los dos instrumentos.

El contrato de arrendamiento demuestra que Rodríguez reconoció la propiedad del inmueble en cabeza de Gallo, el 22 de junio de 1961, según los términos expresos del documento.

La sentencia que decretó el lanzamiento de Rodríguez en juicio intentado en su contra por Gallo prueba que el dueño de la finca era Gallo y no Rodríguez: ni éste, ni la hija suya que rogada por él firmó el documento base del juicio y las escrituras de venta, se opusieron, y el primero entregó voluntariamente al segundo las llaves de la finca, diciéndole que la había desocupado ya y, por lo mismo, no era necesario practicar la diligencia, según la constancia secretarial del juzgado.

Argumenta el censor que en presencia de tales pruebas el demandante no puede impetrar la reivindicación del bien, por haber reconocido el dominio ajeno, y tampoco la simulación, porque está demostrada la venta y no hay prueba alguna del mutuo y de la cesión del crédito.

Tercer cargo. "Se acusa la sentencia recurrida por violación directa de la ley sustancial, en los artículos 1939, 2221, 1602, 1603, 1502, 1503, 1508, 1509, 1511, 946 y 950 del Código Civil y el artículo 28 del mismo".

Expone el recurso que el artículo 1939 define el pacto de retroventa y que este fue el convenido entre Rodríguez y Arango, quien luego vendió a Gallo; no obstante lo cual el Tribunal desconoce la aplicabilidad del precepto de por sí, e ignorando el artículo 28 del Código Civil que indica el sentido en que se entenderán las palabras de la ley.

Alega otro tanto en lo que toca con el artículo 2221, relativo al mutuo, y dice que por ello se violaron los artículos 1602 y 1603 que señalan la fuerza vinculante de los contratos y sus proyecciones, y que también los artículos 1502 a 1511, todos del Código Civil, porque "demostrada y reconocida la capacidad legal de los contratantes, su consentimiento expreso en la venta y pacto de retroventa, la ausencia de vicio, el objeto lícito y la causa lícita, no pueden echarse a tierra los contratos dichos".

Concluye sosteniendo que se violaron los artículos 946 y 950 de la misma obra, porque simulación y reivindicación no se pueden pedir a un tiempo, pues para pedir esta el actor debe comprobar la calidad de dueño, primero que todo, lo que se hace imposible cuando está pendiente la definición judicial de dicha calidad.

Considera la Corte:

Dentro de nuestro sistema político, la sociedad y, tras ella, el ordenamiento, reconocen a los particulares competencia para disponer de sus propios intereses, ofreciéndoles a propósito singulares instrumentos típicos, que constituyen una consolidación depurada de procedimientos con determinada significación e idoneidad. De esta suerte, cada forma negocial responde a una concreta función práctico-social que la caracteriza y define, de manera que su recorrido pragmático regular se traduce en la producción de los efectos propios del tipo, correspondientes a aquella

función y, de ordinario también a la finalidad que impulsó a quienes celebraron el negocio. Sin embargo, el mismo ordenamiento, al disciplinar la autonomía privada, en el campo del derecho patrimonial, de por sí más amplio que el atinente a los intereses familiares, en donde los conceptos de orden público sólo permiten una autonomía más restringida, tolera que la figura se emplee apenas en apariencia, simplemente para crear un simulacro y mostrar una situación diversa de aquella que corresponde al entendimiento privado, para de tal modo dar al público una determinada impresión, de suyo falsa, al propio tiempo que el régimen interno, perfectamente definido, es otro, según el designio particular. De otra parte, también la ley ha permitido que los miembros sociales, en el ejercicio de la dicha autonomía dispositiva, decididos a una completa atribución patrimonial e insatisfechos con las posibilidades típicas a su alcance o deseosos de resultados más enérgicos que los que ellas otorgan, desplieguen su iniciativa a través de figuras cuyas proyecciones superan conocidamente el propósito limitado de las partes que las realizan, quienes así asumen deliberadamente un riesgo mayor del inherente a todo crédito; o que les conceden la oportunidad de conseguir determinados fines por vía indirecta, es decir, por un trámite que no es el inmediato y natural correspondiente a su propósito, pero que, a manera de atajo, les facilita el acceso al efecto buscado.

De antaño la doctrina se ha ocupado en estos temas, con diversas explicaciones y opuestos tratamientos, que nuestra jurisprudencia ha unificado dentro del concepto global de la simulación, cuyo accidentado recorrido es del mayor interés.

Conviene a los fines de unificación hermenéutica concernientes al recurso de casación poner de relieve que:

En la simulación se cumple, por acuerdo de los interesados, una finalidad particular disconforme con la que es propia del negocio aparente que ellas emplean, con la presentación de un simulacro ante terceros, tendiente a fingir el traslado de un derecho o la constitución de un crédito, o a esconder un trato distinto del que se ostenta, o a celebrar este mismo, pero con caracteres diferentes. No ocurre, entonces, como lo expone la corriente tradicional, una divergencia consciente y deliberada, entre la declaración y la voluntad real interna; como tampoco se dé el empleo de un lenguaje convencional acordado en un pacto interno, que bien pudiera considerarse como una especie de negocio complementario, interpretativo o auxiliar; ni se puede plantear como explicación adecuada la idea de una divergencia entre la función típica del acto usado en apariencia y la finalidad concreta que se procura deducir de la operación jurídica; ni es el caso de pensar al respecto en la diferencia que media entre el problema de la validez de la actuación y el de su eficacia, para explicar la solución que doctrinaria o legalmente se da al asunto: y menos, todavía, hay para qué entenderlo en los términos de dualidad o yuxtaposición de contratos, uno público, aparente y mendaz, enfrentado a otro secreto, real y valedero, bajo las fáciles locuciones de declaración y contra-declaración (lettre et contre-lettre), *aptas para sugerir el problema, pero no para definir sus implicaciones en términos realistas.*

Si se aspira a una construcción doctrinaria más respetuosa de la realidad jurídica y más adherida a ella, es preciso reconocer que en la simulación, las partes contratantes, o quien emite una declaración y aquel que la recibe, imbuidas en un mismo propósito, acuden a un procedimiento, anómalo pero tolerado por el derecho, mediante el cual su dicho público se enerva con su dicho privado, creándose así un contraste evidente, no entre dos negocios diversos, pero conexos, sino entre dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un sólo compuesto negocial, pasos integrantes necesarios de un iter *dispositivo único aunque complejo. Esto es, que las partes desean crear una situación exterior, que solamente se explica en razón de otra oculta, única valedera para entre ellas; fases que no pueden ser entendidas sino en su interrelación, funcionalmente, como hitos de un mismo designio. En fin, que lejos de haber una dualidad contractual, lo cierto es que se trata de una entidad negocial única, de doble manifestación: la pública y la reservada, igualmente queridas y ciertas, cuyas consecuencias discrepan, según los intereses y las disposiciones en juego, con arreglo a los principios generales del derecho; o sea un antagonismo, no entre dos negocios, sino entre dos expresiones de uno solo, que se conjugan y complementan, que es en lo que radica la mencionada anomalía.*

Previa tal aproximación a la realidad y captada la dicotomía en su verdadero alcance, sencillo es advertir allí la dualidad en la regulación de intereses dentro de un acuerdo unitario, con una fase operante para las solas partes, con plenos alcances entre ellas, y otra creada para que a ésta se atengan los terceros; cuestión que impone indagar acerca de la operancia del fenómeno y de la forma más adecuada de solucionar los con-

flictos que de inmediato afloran entre los diversos intereses susceptibles de oposición.

A dicho propósito, forzoso es afirmar, cuanto lo primero, que lo aparente no está llamado a producir efecto entre las partes, porque ellas mismas así lo han dispuesto. No es que sea nulo, pues la nulidad es una respuesta del orden legal a determinadas transgresiones de los dictados suyos en que incurren los sujetos negociales al caer en fallas o vicios inherentes al acto en sí: es que está privado de efecto entre las mismas partes por disposición legal que acoge el querer concreto de estas, para lo cual, si fuese menester, se requeriría una declaración judicial.

Según que la simulación haya intentado crear la mera apariencia de tránsito en la titularidad del derecho o de constitución de un crédito (lo que de suyo comporta para el titular aparente la obligación de estar a lo convenido), o que se trate de ocultar una operación real pero distinta de la ostensible (negocio de naturaleza diferente, con persona o contenido diverso), bastará al reconocimiento de la autonomía particular la sola declaración jurisdiccional de innocuidad de lo actuado, o será indispensable agregarle la de prevalencia del acuerdo interno; todo dentro del bien entendido de que por sobre la apariencia, y en lo que atañe a las partes, actúa lo ciertamente pretendido por ellas.

Mas en uno y otro caso, especialmente cuando se ha aspirado a una determinada atribución, es preciso analizar la legalidad de lo acordado, antes de decretar su reconocimiento, sin que en ello quepa asumir un criterio distinto del que corresponde al juez en toda oportunidad. En otros términos, que no es dable pensar que el sólo ocultamiento del genuino fin implica de por sí ilicitud, pues el ordenamiento es el primero en admitir la distorsión honesta de la conducta dispositiva de los individuos.

Con tales antecedentes, cumple reiterar los asertos básicos de la jurisprudencia en la materia, edificados, a falta de preceptos ad hoc, *sobre los principios deducibles del cotejo de los artículos 1759, 1760, 1766, 1767 del Código Civil y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, por la vía del artículo 8º del mismo estatuto relativo a los casos para los cuales no se encuentran normas expresamente aplicables, a saber:*

Entre las partes no produce efecto la declaración simulada y es del todo vinculante la propia que ellas han convenido.

Las partes, cuando el trámite ha sido solemne, no pueden alcanzar la declaración judicial de prevalencia de su dicho enervante de los efectos de aquél, sino con una prueba de su dualidad de expresiones dentro de un solo haz negocial, de igual o superior categoría, la cual se constituye en términos de escrito a propósito, confesión, o principio de prueba por escrito cuando es exigible, complementado con otros medios que, a manera de indicios, muevan a la convicción de la anormalidad y sus detalles.

Si el trato fuere de prueba libre, las partes, con igual amplitud, son recibidas a demostrar su bifurcación, en orden a hacer prevalecer entre sí lo que convinieron.

Cada parte, por el sólo hecho de serlo, tiene interés en dicha declaración, en cuanto el contrario desconozca su vinculación a dicho convenio, procurando sacar ventaja de la simple apariencia, cualquiera que sea el medio de que se valga a propósito.

La dualidad de expresiones y, más concretamente, la realidad recóndita, no es oponible a terceros de buena fe, esto es, a quienes no conocieron la intimidad de la actuación de las partes, pudiendo, por ello, atenerse a la apariencia que los indujo a creer erradamente en la veracidad de ésta.

Tales terceros, en cuanto hayan derivado, con buena fe, derechos del titular aparente, no están expuestos a acciones eficaces intentadas por el disponente, a una por él y su cómplice o, por este sólo.

En la pugna entre terceros, o sea entre quienes no habiendo participado en el acto simulado, obran con base en él, los unos para atenerse a la apariencia, los otros para estar a la realidad oculta, habrá de prevalecer el interés de quien, con buena fe, actuó sobre los datos ostensibles, pudiendo hacerlo con la misma fuerza que lo hace firme ante la pretensión de las partes.

La personería para incoar como tercero la acción de prevalencia de la declaración privada asiste a aquél a quien la disposición aparente puede lesionar en un interés legítimo propio. Tales como los acreedores, los asignatarios forzosos en defensa de su asignación, y el cónyuge del enajenante que vuelve por el haber de la comunidad de ganancias.

El legatario y el heredero, como meros causahabientes que son, ocupan de plano el lugar de la parte respectiva.

En caso de enfrentamiento entre acreedores del disponente y acreedores del titular aparente, sobre el pie de comunidad de buena fe, han de primar los derechos de los primeros, siempre

que su título sea anterior al acto simulado, comoquiera que ellos con su acción tratan de evitar un daño efectivo, al paso que los últimos apenas aspiran a la consolidación de una ventaja fundada en la ficción.

Las partes están sometidas, según las dichas circunstancias, a limitaciones probatorias, comoquiera que en nuestro derecho no hay plena libertad al respecto, ni siquiera cuando se ofrece descubrir un acto ilícito; al paso que los terceros impugnantes gozan de total amplitud en su empeño demostrativo, bastándoles traer indicios graves, precisos y concordantes de la simulación.

Para que, según el caso, predomine la declaración oculta, cierta y genuina, es menester su ajustamiento a los requisitos generales a que está sometido todo negocio, además de a aquellos propios de su especie, siendo factible, y plenamente aceptado, en materia de solemnidades, que las empleadas para la actuación en general, cubran satisfactoriamente la versión secreta, siempre que las que esta exige de por sí también se encuentren cumplidas, todo esto dentro de la concepción negocial unitaria.

Ahora bien, conforme con lo advertido atrás, es factible simular a objeto de crear únicamente la apariencia de atribución patrimonial o para disimular la verdadera naturaleza de ella, y en ambos casos se tiene un fenómeno que corresponde a unos lineamientos concretos, que han demandado expresa solución legislativa o jurisprudencial. Como también es dable alcanzar los fines ciertamente buscados con empleo de figura que los excede, a conciencia del exceso, o con la utilización de alguna que por su función prístina no está llamada a satisfacerlos, pero que en su amplitud se presta a este fin, por vía indirecta. En tales casos, (negocios fiduciarios, negocios indirectos) se aprecia una diversidad estructural en los mecanismos negociales, que no se explica simplemente diciendo que en la simulación hay divergencia entre lo querido y lo expresado, en tanto que en el negocio indirecto se quiere realmente lo que se hace, sabiéndolo más intenso o arriesgado que lo que interiormente se desea; o que allá hay incompatibilidad entre la misión típica del negocio y su resultado práctico, mientras que aquí, apenas media disparidad pero no incompatibilidad. El anotado empeño realista lleva a reparar en que la jurisprudencia colombiana ha optado por una misma solución para las varias hipótesis conceptuales, dentro del marco general de la simulación (así, casación marzo 7 de 1939, XLVII, 703/08; septiembre 30 de 1943, LVI, 171/73; febrero 19 de 1946, LX, 126/29), rumbo que permite, sin olvidar los lineamientos típicos de cada fenómeno, otorgar a cada interesado la protección correspondiente a su situación individual, atendida la ajena, dentro de una competente ponderación de posiciones, y con un control drástico de la conducta en los negocios, impidiendo que se traspasen los límites ciertos de la autonomía particular.

En fin, en todos los casos, resulta indispensable la previa determinación de la intimidad del iter *negocial; en otras palabras, acreditar, con los medios idóneos y suficientes, la complejidad de la actuación que se opone a la sencillez ordinaria, como presupuesto para esgrimir derecho derivado de lo inusitado o excepcional, para entonces sí entrar en la ponderación de los intereses contrapuestos y a decidir la prevalencia de aquel que, según los mencionados principios generales, se ofrezcan en superior ubicación.*

En tal sentido, y sólo en él, podrá aceptarse que quien intente extraer ventaja de la existencia de un pacto indirecto, invoque la acción de simulación, entendida entonces, como súplica de declaratoria de la complejidad inaparente del contrato. Pues, técnicamente bastaría la solicitud de pronunciamiento del desvío en que a conciencia se incurrió, para, una vez establecido éste, obtener el proveído concerniente a la obligación de la parte contraria de someterse a la totalidad de lo convenido y, eventualmente, el de su condena al cumplimiento de lo estipulado.

Previas estas aclaraciones y precisiones de orden conceptual, procédese a despachar el recurso, así:

Primer cargo. El actor pidió la declaración de simulación de dos contratos sucesivos, en el pie de ser parte en el primero de ellos y extraño afectado por las consecuencias del acto, en la segunda oportunidad y, consecuencialmente, impetró la reivindicación que correspondía a las anteriores definiciones de su derecho, necesarias ambas a tal resultado.

Alega el censor que la sentencia estimatoria pronunciada por el Tribunal derivó de error de derecho en la apreciación de las posiciones absueltas por ambos demandados, de los recibos que Gallo expidió a Rodríguez, de cuatro declaraciones de testigos y de dos inspecciones oculares. Y sustentando el cargo asevera que el Tribunal extendió a Gallo los efectos confesorios de la declaración de Arango, dedujo de la de éste conclusiones distintas de las lógicamente derivables, tuvo los recibos como principio de prueba por escrito en contrariedad con los datos

que ellos arrojan, aceptó testimonios como prueba de obligaciones de valor que sobrepasa los quinientos pesos, y tuvo en cuenta dictamen pericial que habría servido para acción rescisoria por lesión, pero no para demostrar la simulación de los contratos.

Necesario recordar ahora que el error en el manejo de las probanzas, base del cargo por ulterior transgresión de normas sustanciales, no sólo ha de ser enunciado, sino que debe acreditarse en sí y en su influjo sobre el sentido de la decisión, y que, además, ha de ser debidamente enfocado en sus dos variedades de derecho y de hecho evidente, según el desarrollo lógico de la sentencia, para insistir en que el de derecho consiste en conceder mérito a prueba defectuosa, extemporánea o impertinente, en desconocer el que en ley posee una regularmente producida y conducente, o en atribuirle a alguna uno mayor del que la norma le otorga, en tanto que el de hecho ocurre cuando el juzgador ignora la existencia de una probanza cierta y presente o da por supuesta una que no se allegó, o altera el contenido de una o algunas pruebas, de modo de colocarse contra la evidencia procesal.

Estudiando uno a uno los afirmados yerros de derecho, se tiene que, el Tribunal consideró separadamente las respuestas que los demandados dieron a las posiciones formuladas por el actor y, también individualmente les atribuyó su efecto propio, sin que hubiera proyectado adversamente a Gallo los reconocimientos de Arango. Aconteció sí, como era lógico, que el análisis de la situación de Gallo hubo de llegar previa la necesaria clarificación del contrato antecedente, cuya verdadera orientación dedujo con certidumbre de la confesión de Arango de haberse pactado entonces un mutuo con interés por la vía de la venta con cláusula de retroventa, lo que le permitió el pronunciamiento relativo a ese solo negocio y lo situó en la necesidad de juzgar la actuación de Gallo como tercero adquirente en función de su conocimiento o ignorancia de ese contrato anterior.

Si las respuestas de Gallo en posiciones y los recibos que otorgó a Rodríguez permitían o no deducir las conclusiones de hecho que el Tribunal enunció al considerar esas pruebas, no es asunto que pueda tratarse a propósito de censura por error de derecho, dada la diferente naturaleza de los dos desvíos a que antes se hizo mención. En el evento de discrepancias entre la conclusión judicial y la propia del litigante, y para la hipótesis de que aquéllas rebasen el límite del prudente criterio dentro del que con autonomía se desenvuelve el sentenciador de mérito, la técnica exige formulación de cargo por error de hecho y no de derecho. Pero, además de por estas razones formales, la acusación se desvanece, también en su fondo, al observar dichas posiciones, especialmente las respuestas 5ª a 8ª y asociarlas con los recibos en cuestión, extendidos por concepto de intereses, y advertir que Gallo acepta haber recibido intereses del crédito de $ 18.600, con posterioridad a la expiración del término fijado para la readquisición de la propiedad por retroventa, punto de partida suficiente para tener las mencionadas cartas de pago como principio de prueba por escrito, en cuanto documentos emanados del deudor, que hacen verosímil el hecho litigioso, según la expresión del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, y abren la posibilidad de considerar el resto de elementos de convicción.

Cuanto a los testimonios, lo cierto es que el Tribunal los relaciona y se atiene a ellos únicamente para aceptar la entrega que de la finca se hizo a Gallo en determinada oportunidad, hecho por lo demás establecido con la propia declaración de éste, pero no como demostración de ser simulados los contratos. Clarificación esta que persuade de la improcedencia de la censura al respecto.

Y, en materia de inspección judicial y peritaje, baste relievar que el Tribunal menciona la distancia entre el valor comercial del inmueble y el precio que se le asignó en los contratos impugnados, no como prueba única o suficiente de la simulación, sino como un indicio más de la anormalidad de ellos. Y el recurrente no acierta a puntualizar en qué consistió el error, ni a enderezarlo por vía apropiada.

Conclúyese de todo esto que el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo. Aquí el demandado inconforme trata de oponer la inscripción de los títulos de Arango y de Gallo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, los tratos similares anteriormente celebrados por Rodríguez con otras personas respecto del mismo bien, el contrato de tenencia que celebró con Gallo más tarde y el fallo de lanzamiento que obtuvo luego este demandado en contra del actor de hoy, a las conclusiones del Tribunal, extraídas a partir de confesión y recibos provenientes de Gallo en la ponderación cuidadosa de todo el haz probatorio. Ocurre que la providencia recurrida sí apreció las pruebas a que se refiere el impugnante, que le sirvieron para robustecer su convicción, y que, la sustentación del cargo no demuestra la

contraevidencia indispensable a su prosperidad. Por el contrario, el planteamiento se reduce allí a enunciar el error de hecho y a argumentar contra la declaración de simulación en favor de quien diciendo haber enajenado ficticia o indirectamente, no objetó la inscripción del título y reconoció pública y reiteradamente el dominio de quien derivó derecho del primer adquirente.

Entonces, no destruyéndose la convicción judicial adoptada con los medios esgrimidos por el censor, que acreditan la celebración de los actos aparentes, pero no su veracidad o su univocidad, desvirtuada con las pruebas que el Tribunal señaló, perfectamente compatibles con aquellas, dentro del carácter complejo de la simulación, el cargo cae por su base, descartada toda idea de error de hecho resultante del cotejo entre los dos órdenes de pruebas, y así se desestima.

Tercer cargo. Trátase allí de violación directa de la ley porque, en sentir del recurrente, se dejaron de aplicar los preceptos que señalan los efectos propios de los negocios aparentemente celebrados o ejecutados indirectamente, prefiriendo el empleo de los que corresponden a los tratos que el sentenciador consideró realmente pactados. Y porque se permitió demandar la reivindicación a quien no había definido previa y satisfactoriamente su calidad de dueño.

Al declarar el sentenciador que los contratos en juego habían sido, en su orden, de mutuo a interés y cesión del crédito, en vez de compraventa con pacto de retroventa y venta posterior de lo así comprado, no procedió por confusión de las categorías jurídicas, sino acorde con los pedimentos de la demanda, los hechos en ella consignados y su demostración en el juicio, con interpretación legal estrictamente ceñida a las pautas doctrinarias y jurisprudenciales que en este fallo se refrendan. De modo que no es aceptable la censura por la vía directa.

Y, en lo atañedero a la definición del título como presupuesto para intentar la reivindicación, baste decir que la entrega del bien a cargo de Gallo se decretó luego de tenerlo como adquirente del crédito, pero no del inmueble, y que en una misma demanda se pueden acumular para que se decidan en una sola sentencia, conforme al artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, varias acciones en términos de principal y consecuenciales, subordinado el éxito de estas a la prosperidad de aquella, y agregar que elementales consideraciones de economía y rapidez procesal permiten que en un solo juicio se decida entre las mismas partes el mejor derecho sobre un determinado bien y se ordene su entrega a quien acredite esa primacía, con repudiación de las tesis que invitan a exigir pluralidad de procesos sucesivos, con inoficiosos alcances dilatorios.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 31 de julio de 1964, dentro del juicio ordinario que intentó Marceliano Rodríguez contra Rodrigo Arango y Alfonso Gallo.

Sin costas en el recurso por no aparecer causadas.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

LEGITIMACION

Antecedentes históricos generales de la legitimación como figura iuris. — La filiación en el Código Civil, en las Leyes 57 y 153 de 1887 y en la Ley 45 de 1936. — Hijos legitimados. — La ley establece la legitimación en favor de los hijos naturales comunes de ambos contrayentes, por razón del matrimonio de éstos, que no pueden hacer discriminaciones discrecionales contrarias a los imperativos del derecho familiar. — El acceso a la legitimación por matrimonio posterior de los padres no está circunscrito al reconocimiento, comoquiera que el carácter de hijo natural apareja íntegras las consecuencias que la ley le atribuye. — La legitimación delante de la Ley 45 de 1936. — Sentido de la legitimación ipso jure y de la llamada voluntaria. — La legitimación se consuma por el mero matrimonio en favor de los hijos que para entonces lo fueran ya ciertamente de ambos cónyuges y de quien está en el vientre. — Para los demás, el matrimonio abre la posibilidad de legitimación, que se producirá, referida al momento de aquél, en cuanto dichos hijos establezcan su progenie, cualquiera que sea el momento y la forma en que consigan la plena definición del carácter de hijos naturales respecto de ambos padres, en los términos de los artículos 1º, 2º, 4º y 8º de la Ley 45 de 1936. — En modo alguno puede considerarse el reconocimiento y, menos la legitimación, como una dádiva o gracia paternal. — El hijo se legitima con el matrimonio de sus padres, quiéranlo o no ellos, porque el derecho lo manda. — La jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales. — La jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica; el lograr que el derecho viva, se remoce y ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, poniendo los textos al servicio de una evolución jurídica sosegada y firme. — La filiación natural de los hijos naturales comunes de los contrayentes, anterior en el tiempo al matrimonio, pero susceptible de establecerse más tarde por cualquiera de los medios autorizados, opera como conditio iuris para que pueda darse la legitimación como efecto propio del matrimonio en relación con tales antecedentes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 17 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

(Aprobado Acta número 19 de mayo 16 de 1968).

1. *Antecedentes.* Zoila Rosa Chacón de García y Margot Chacón de Serrano, en demanda propuesta el 6 de julio de 1963 ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bucaramanga, citaron a juicio ordinario a Mery Chacón de Neira, en su calidad de heredera de Tulia Mosquera viuda de Chacón, como hija legítima de ella, para que se declare que las primeras tienen, para todos los efectos civiles, la condición de hijas legiti-

madas de los cónyuges Rodolfo Chacón y Tulia Mosquera, ya fallecidos, por razón de ser hijas naturales de ambos y del matrimonio posterior que estos contrajeron; en subsidio, que tienen esa calidad por haber sido designadas en ampliación del acta matrimonial de sus padres y, en último caso, que son hijas legítimas o legitimadas de los mismos Chacón y Mosquera, por posesión notoria del estado civil, y que, como consecuencia de cualquiera de tales declaraciones, tienen el mismo interés que la demandada en la sucesión de la madre común.

Afirman las actoras que Rodolfo Chacón y Tulia Mosquera hicieron vida marital entre sí desde 1906, frutos de la cual son ellas, nacidas, la primera el 15 de septiembre de 1907 y la segunda el 22 de febrero de 1914, y en la que además se concibieron otros hijos, bautizados todos como legítimos de los susodichos progenitores, quienes, hallándose el varón en peligro de muerte, contrajeron matrimonio católico el 15 de mayo de 1915, acto del cual no vino a sentarse la partida sino el 22 de enero de 1916, por circunstancias ajenas a los interesados; que ya dentro del matrimonio, los cónyuges procrearon a Mery Chacón, hoy de Neira, quien nació el 14 de septiembre de 1920; que tiempo después Rodolfo Chacón, al conocer el acta de matrimonio, obtuvo del Párroco respectivo su ampliación con la constancia expresa, suscrita por el primero, de reconocer entre otros hijos comunes a Zoila Rosa y Margot, para los efectos de la legitimación; que el mismo, al otorgar testamento cerrado el 26 de mayo de 1954, en la cláusula tercera de su memoria declaró que "como con anterioridad a mi matrimonio viví maritalmente con la que es mi esposa, al contrario legitimamos como a nuestros hijos a Zoila, Jesús, Berta, Margarita y Mery Chacón", que fallecido el padre, en su mortuoria fueron tenidas las demandantes como hijas legítimas de él; que muerta Tulia Mosquera viuda de Chacón, en el juicio sucesorio de ella se les desconoció a las mismas ese carácter, teniéndolas inicialmente como herederas, en cuanto hijas naturales, para luego decretar su desplazamiento por Mery Chacón, asignataria de mejor derecho en su condición de hija legítima.

Esta, que acepta tener los mismos padres que sus hermanas accionantes, se opuso desde un comienzo al despacho favorable de sus súplicas, con el argumento de que ellas no fueron legitimadas por ausencia de los trámites exclusivos que para el efecto dispone la ley.

Al cerrar la primera instancia, el juzgado, el 17 de junio de 1964, negó que Zoila Rosa y Margot Chacón hubieran sido legitimadas por el matrimonio de Rodolfo Chacón y Tulia Mosquera, o por la ampliación introducida por aquél en la partida matrimonial, pero aceptó que tienen la calidad de hijas legitimadas o legítimas de Tulia Mosquera de Chacón, por posesión notoria del estado civil, con el efecto de su vocación hereditaria en la sucesión de ésta, en igualdad de interés que la demandada, a quien condenó en costas.

Apelado que fue ese fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el suyo de 7 de octubre de 1964, resolvió confirmar la desestimación antecedente y revocar la declaración final, para absolver del todo a la demandada y condenar en las costas del juicio a sus contendoras.

2. Estas son, en resumen, *las razones de la sentencia del Tribunal:*

Las demandantes, nacidas una en 1907 y otra en 1914, aparecen en las partidas como hijas legítimas de Rodolfo Chacón y Sixta Julia o Tulia Mosquera, pero, como estos se casaron sólo en mayo de 1915, aquellas no pueden alegar esa calidad. La ley otorga la condición de hijos legítimos a los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen entre si sus padres, según las reglas expuestas por el Código Civil, que la concede *ipso iure,* al hijo concebido antes de las nupcias pero nacido luego de ellas (artículo 237), salvo las excepciones que estableció el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, y también a los hijos que uno y otro cónyuge hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos de ley (Código Civil artículo 238).

Las actoras fueron concebidas y nacieron antes del matrimonio de sus padres, luego no están dentro del caso del artículo 237 del Código Civil, y tampoco adquirieron la legitimación *ipso iure* según el artículo 238 *ibídem,* porque si bien tenían ya el carácter de hijas naturales con relación a su madre, no ocurría lo propio en lo referente a su padre, por cuanto no se ha demostrado que él las hubiera reconocido antes de su matrimonio con aquélla.

Descartada la legitimación *ipso iure,* ha de verse si llegaron a adquirir la voluntaria, de acuerdo con el artículo 239 del Código Civil, según el cual, para que ella se produzca es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este *beneficio.* Y, revisada el acta de matrimonio católico traída al juicio, se obser-

va que en el cuerpo de la misma no hay constancia de que dichos contrayentes hubieran designado a los hijos a quienes querían conferir el beneficio de la legitimación. Aparece sí una anotación, con la firma del cónyuge y de un presbítero que dice: "reconocen como hijos suyos para los efectos de la legitimación a Zoila, Jesús, Berta, Margot, Mary y Hernando". Esta nota fue estampada años después de la celebración del matrimonio y no dentro del acta misma matrimonial, para que pudiera tener validez. Y es posterior, porque allí se designa a Mery como legitimada, y ésta nació luego del matrimonio, en 1920; porque incluye a Hernando, que sólo nació en 1931, según se lee en la escritura de reconocimiento que le hizo su padre, como hijo natural, no de Tulia Mosquera, sino de Francisca Torres; y porque el acta está firmada no por el Presbítero que la autorizó, sino por otro, párroco del lugar mucho después del año de 1916 cuando se asentó la partida.

Analizando según la jurisprudencia el valor de las legitimaciones de que dan cuenta las partidas matrimoniales otorgadas por los respectivos curas párrocos sin la firma de los contrayentes, se sostiene que, aun en el supuesto de que en este caso no hubiera sido necesaria la rúbrica de la contrayente, y la legitimación pudiera por ello tener validez con la sola firma del padre, aquí dicha legitimación no aparece en el acta misma sino en una nota marginal posterior, por lo cual no puede tener eficacia.

Como se ha aducido en favor de la causa de las demandantes, la cláusula tercera del testamento, se precisa que esta apenas alude a una legitimación que se creyó había quedado hecha con la mentada nota marginal, que no podía tener efecto legal. Y, en torno al resultado del juicio mortuorio de Rodolfo Chacón, se declara que lo que allí se decidió no hace tránsito a cosa juzgada; que entonces nadie reclamó, y que aquí sí ha habido oposición.

En resumen, dice el Tribunal, no hubo legitimación *ipso iure;* y para que pudiera cumplirse la voluntaria faltó la actuación de Tulia Mosquera en términos de designar a los hijos a quienes quisiera legitimar, pues conforme con el artículo 239 del Código Civil era indispensable que *ambos padres* los designaran en el acta de matrimonio o en escritura pública. La legitimación es un *beneficio* que la ley otorga a los hijos por el matrimonio de sus padres, posterior a la concepción, y los beneficios son de interpretación restricta (así, en cita, Champeu y Uribe, en su tratado de *Derecho Civil Colombiano* y Fernando Vélez en su *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano,* página 242 del Tomo I).

Para descartar la posibilidad de adquisición del estado civil de "hijo legitimado", el fallo expresa:

En nuestra ley no existe la posesión notoria del estado civil de hijo legitimado, no porque el Código no la defina, sino que por la naturaleza misma de las cosas no es posible establecerla, toda vez que si se satisfacen los requisitos exigidos por el artículo 397 del Código Civil, lo que se estará demostrando es la posesión notoria del estado de hijo legítimo, más no de legitimado. Transcribe pasajes del *Derecho de Familia* de Manuel Somarriva, páginas 504 y 381, en favor de tal posición; de fallo de casación civil sobre la prueba supletoria del estado civil, y de Luis Claro Solar (Tomo IV, páginas 92 y 107), y agrega: "Demostrada como está en el proceso la existencia de las pruebas del estado civil de las demandantes, conforme con las cuales aparece definido su estado civil de hijas naturales de su madre Tulia Mosquera de Chacón, no es posible admitir la prueba aducida sobre posesión notoria del estado civil de hijas legitimadas de la misma, porque *no faltan* aquellas pruebas principales para que pueda tener cabida la supletoria, ya que esa prueba supletoria se opone a la prueba positiva de un hecho incompatible con ella y que da fundamento a una presunción contraria más grave, precisa y concordante".

Y, para concluir, el sentenciador comenta la doctrina expuesta por A. Valencia Zea (*Derecho de Familia,* Tomo V, página 275), en favor de la "legitimación mediante sentencia judicial", arguyendo que si la declaratoria judicial de paternidad se ha venido haciendo por orden expresa del inciso 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no existe ordenamiento especial para la declaratoria judicial de legitimación, cuando el reconocimiento de los hijos por su padre natural fue hecho con posterioridad al matrimonio, lo que constituiría una nueva modalidad de legitimación *ipso iure,* justa y puesta en razón, pero no autorizada por el legislador, por lo cual no es posible a los jueces declararla y, trayendo en su respaldo expresiones del mismo Claro Solar (*Explicaciones,* Tomo II, página 379), según las cuales los padres tienen en el instrumento público la facultad de designar los hijos a quienes confieren el beneficio de la legitimación, de modo que si han tenido varios, pueden legitimar a unos y no legitimar a otros; con reenvío, a su turno, a dicho del señor Bello, explicativo del texto que "deja a los padres en libertad de po-

der legitimar sólo a los hijos que ellos crean dignos de este beneficio y no les impone la obligación de legitimar a quienes manchados con acciones infames o prostituidos, los pondrían en la alternativa de no casarse o de introducir en el seno de su familia un germen de inmoralidad y depravación; libertad que tiene ventajas para los padres y puede estimarse como favorable al matrimonio''.

3. *El recurso.* La parte demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, y al sustentarlo formuló tres cargos, todos dentro de la causal primera, el segundo de los cuales, por infracción directa del artículo 238 del Código Civil, dice:

''La norma citada consagra la legitimación *ipso iure* de los hijos naturales a virtud del matrimonio de los padres. Para esta legitimación basta la comprobación del matrimonio y de la calidad de hijo natural del legitimado. Este requisito se logra, a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1936 con mayor facilidad, toda vez que solamente se exige el reconocimiento por parte del padre, pues respecto de la madre se tiene tal calidad por el sólo hecho del nacimiento.

''En el presente juicio no se controvierte la condición de hijas naturales con relación al padre, toda vez que la acción está encaminada a obtener la declaración de maternidad legítima. En ambas instancias se ha aceptado la filiación paterna. Las demandantes se vieron obligadas a incoar la acción de estado enderezada a alcanzar la declaración de hijas legítimas con respecto a la madre, con el fin de que sean reconocidas como herederas en su condición de tales, porque no se ha dado validez al acta eclesiástica de matrimonio en cuanto a la legitimación.

''Esta acción de estado es viable, porque persigue la efectividad de los derechos emanados de un estado civil desconocido judicialmente en el proceso sucesorio.

''En el caso en estudio se tienen dados los dos requisitos que la ley exige para la legitimación *ipso iure*:

a) El reconocimiento del padre fue hecho por testamento cerrado, que obra en juicio, y con relación a la madre se tiene de pleno derecho la calidad de hijo natural por el sólo hecho del nacimiento, y

b) El matrimonio consta en acta visible en autos.

''En conclusión, se tiene que el Tribunal infringió directamente el artículo 238 del Código Civil, que contempla la legitimación *ipso iure* y debió aplicarse a un caso que lo requiere, por estar reunidos los requisitos que la norma exige''.

4. *Considera la Corte:*

I. *Sabidos son los antecedentes históricos de la legitimación como figura* iuris, *que datan del Derecho Romano-cristiano, que al desconocer la validez de cualquier unión heterosexual distinta del matrimonio, atendió a mejorar la condición de los hijos de concubinato, en el evento de que sus padres contrajeran luego nupcias entre sí. Establecida en principio para los ya nacidos y no para los por nacer, extendida luego para abarcar a una a los* progenitos *y a los* procreandos, *reaparece luego limitada a los hijos de padres que al tiempo de la concepción hubieran podido casarse entre ellos, y convive con la legitimación por rescripto del príncipe, para cuando el matrimonio fue imposible, por muerte, ausencia o inmoralidad de la concubina, que procedía incluso a solicitud de los hijos, fundada en el deseo del padre, consignado en su testamento, y corre al margen de la legitimación por oblación a la curia, en pro del hijo de concubinato ofrecido a esta y de la hija casada con decurión. Todo bajo el requisito común de que los hijos fuesen* ex concubinatu *y no* vulgo concepti *o* vulgo quaesiti, *pues sólo los primeros tenían una filiación paterna cierta.*

Siendo así que todos, sin distinción tienen una madre conocida, identificable a través del parto (Quia-mater-semper certa est etiam si vulgo conceperit), *concretada la dificultad a la ascendencia viril, el Derecho Canónico aceptó también la legitimación de los hijos* vulgo concepti *o de unión pasajera, cuya filiación paterna pudo ser legalmente definida, pero la circunscribió, por razones de orden moral-religioso a los hijos de padres libres de estado* (ex soluto et soluta), *no impedidos por otras razones para contraer nupcias entre sí.*

Se recuerda en la materia la Decretal de Alejandro III, reproducida en las Leyes de Partidas, que acentuando la fuerza del matrimonio, lo destaca en su eficacia para legitimar a los hijos que las partes contratantes tuvieron entre sí antes de él.

Tal Ordenamiento de Partidas (4ª L. 1ª, Tomo 13), igual que luego el de Toro (II), en la inteligencia de que hijo natural es el de la barragana y que la barraganía es una licita consuetudo, *estatuyó la legitimación de los alum-*

brados por aquella, por el matrimonio que la misma contrajera con su varón, sin otra exigencia que la de ser hijos de esa unión, es decir, naturales, con estado reducible por vía judicial, en oposición al ancestro romano que preceptuaba la suscripción de instrumento público matrimonial para el efecto (dotilibus instrumentis compositis).

En el Code Civil *francés se establecieron dos condiciones necesarias a la legitimación: que el hijo hubiera sido reconocido por uno y otro contrayente y que estuviera vivo al momento del matrimonio o, si no, que habiendo muerto, dejase descendientes legítimos vivos para esa ocasión. El mismo Código exigía, excluyendo como tenía excluida la investigación judicial de la paternidad, el reconocimiento y, cuanto a la oportunidad de este, que fuera anterior al matrimonio o por lo menos que se hiciera en el acto mismo de su celebración. Regulaciones estrechas que reflejaban un recelo grande hacia la institución y el temor de que los contrayentes "se crearan hijos por consentimiento mutuo", practicando una adopción por vía indirecta.*

La ley francesa de diciembre 30 de 1915 vino a aceptar el reconocimiento post nuptias, *pero subordinado a juicio para verificar que "el hijo gozó de la posesión del estado de hijo común de los dos esposos". Y la jurisprudencia ha juzgado (casación junio 1º de 1942) que "el reconocimiento puede ser reemplazado por el fallo declarativo", que algunos califican de "reconocimiento forzado".*

Tales fuentes son de interés por cuanto el redactor del Código declaró haberse inspirado en ellas, de cuya combinación derivó el texto chileno, según el cual, partiendo de la clasificación de los hijos en legítimos *(concebidos dentro del matrimonio, o antes, pero nacidos en él, o legitimados por el matrimonio posterior de sus padres), e* ilegítimos, *con las variantes de naturales (de padres libres y con aptitud matrimonial, reconocidos por ellos como hijos naturales), de dañado ayuntamiento e ilegítimos propiamente dichos (extramatrimoniales no reconocidos, o reconocidos, pero no como naturales), (artículos 270 a 286 del Código Civil Chileno), consagró la legitimación* ipso iure, *en favor de los nacidos de padres casados entre sí, cuando su concepción hubiera precedido al matrimonio y de los que ellos hubieran reconocido ya para entonces como naturales comunes, y la otorgada "voluntariamente", por declaración en el acta matrimonial o en instrumento público coetáneo o, excepcionalmente otorgado dentro del mes siguiente (artículo 208* ibídem*); previsiones todas ellas construidas sobre la base de que el reconocimiento de hijo natural es un acto libérrimo y voluntario de los padres, que formalmente han de consignar su intención de acoger como hijo natural al reconocido (artículo 271), y es la única vía de acceso que este tiene a dicho estado civil (artículo 274), comoquiera que el hijo ilegítimo seguirá siendo tal y no hijo natural, aun cuando se le reconozca por sus padres, si ellos lo acogen pero no como hijo natural, y sólo tendrá derecho a alimentos, mientras legalmente posea la vocación a ese crédito, deducible también por vía judicial (demanda de reconocimiento, Código Civil Chileno 280, o juicio investigativo, 282, 286).*

Así, prohibida la indagación judicial de la paternidad y derivado el estado de hijo natural apenas del reconocimiento consciente y a propósito, por firma del acta de nacimiento (o de la matrimonial, para la legitimación), o por haberse otorgado instrumento público a ese objeto, o por acto testamentario, la legitimación, circunscrita a los hijos naturales, limitó los efectos del matrimonio a los hijos dotados de esa condición previamente o que la adquirían por expresión de entonces o en instrumento de la misma época. Lo cual dio pie a que redactor y comentaristas del estatuto dijeran que la legitimación era un beneficio puesto por la ley en manos de los contrayentes para que ellos lo aplicaran discrecionalmente. Y, para que la declaración formal de ellos, exigida con fines exclusivos de autenticidad y certidumbre, se ofreciera como acto de expiación de la culpa precedente.

II. *Nuestro sistema legal en materia de filiación arranca del Código Civil en su versión originaria, con arreglo a la cual son "hijos legítimos, los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos posterior a la concepción" (artículo 51), en oposición a los ilegítimos, clasificados en: naturales, "habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción", cuando han "obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o testamento" (Código Civil 52), de dañado y punible ayuntamiento: adulterinos e incestuosos (locución citada), también denominados espurios (artículo 58), y simplemente ilegítimos: "respecto del padre, el hijo natural o espurio que no ha sido reconocido por él, respecto de la madre, el espurio a quien ésta no ha reconocido ni tenido*

por hijo de una manera pública y notoria" (artítulo 57).

El mismo Código prevenía (artículo 318), el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio de sus padres, por ambos o por uno de ellos, "por instrumento público entre vivos", inclusa el acta de nacimiento (artículo 368), "y por acto testamentario"; contemplaba la posibilidad de citación judicial del presunto padre para que bajo juramento dijera si creía serlo (artículo 321), y de demanda para la declaración judicial de paternidad, en caso de concubinato, en los términos de ley (artículos 328 y 329) o de rapto o seducción, con derecho adicional aquí de alimentos a la madre y caducidad de la acción a los diez años (artículo 330), las prevenciones de notificación y aceptación del reconocimiento que se hubiera dado espontáneamente y no por "demanda del hijo o de otra persona en su nombre" (artículo 326); y la expresión de que "los hijos reconocidos a virtud de demanda judicial, y los que prueben hallarse en alguno de los casos de los artículos 328 y 330, adquieren la calidad legal de hijos naturales, como los reconocidos por instrumento público o por acto testamentario" (artículo 332).

Esta actitud liberal del Código, que rebasaba los moldes de sus antecedentes inmediatos, fue recogida por las Leyes 57 y 153 de 1887 (casación mayo 11 de 1948, LXIV, 362), según las cuales se ahondó y concretó la diferencia conceptual entre hijos legítimos e ilegítimos (Ley 57, artículo 6º), y la funcional entre las varias especies de estos: definido el reconocimiento como acto libre y voluntario del padre o madre que lo otorga (Ley 153, artículo 55), se estrechó su ámbito a los hijos que no procedieran de dañado ayuntamiento (artículos 54 y 58), se eliminaron las consecuencias civiles del concubinato, y a la acción para pedir la declaración paterna juramentada (artículo 68) y a la decisión por prueba de rapto o seducción, se les dio alcances exclusivamente alimentarios, limitadas por ello a los incapaces, desprovistas de todo efecto modificatorio del estado civil (Ley 153, artículos 66 a 73; Ley 57, artículo 21). Para así, conforme con el patrón chileno, discriminar entre los hijos extramatrimoniales a los no reconocibles, los naturales reconocidos libremente por sus padres, y los ilegítimos reconocidos por ellos o declarados hijos de ellos, pero sin la condición de naturales, para fines de estricta manutención (casación diciembre 4 de 1967, sin publicar).

La Ley 45 de 1936, con su definición de hijo natural como el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, con calidad establecida en cuanto a la madre por el sólo hecho del nacimiento, y deducible frente al padre por reconocimiento suyo o por declaración judicial de paternidad (artículo 1º), propone la clasificación de los hijos de sangre en dos grandes ramas: los legítimos, concebidos durante el matrimonio de sus padres (artículo 213 del Código Civil), o siquiera nacidos en él (artículo 237) o anteriores al matrimonio, pero cuyos padres contraen luego entre sí nupcias (artículos 238 y 239), y los naturales, clasificación de la que quedan fuera apenas aquellos cuyos progenitores no son conocidos (casación julio 20 de 1947, LXII, 463).

III. *Asimilados los legitimados a los legítimos, con estado que data, para sus proyecciones civiles, de la fecha del matrimonio (Código Civil 245), la legitimación está definida por el artículo 236, en armonía con el 52 y el 246* ibídem, *como el tránsito de la condición de hijo natural a la de legítimo, que se opera respecto de aquellas personas cuyos padres contraen nupcias luego de haberlos engendrado.*

Teniendo presente que la calidad de la filiación depende estrictamente de si los padres estaban o no casados entre sí para cuando fue concebido el hijo, y que éste posee la correspondiente condición civil desde cuando fue engendrado (casación septiembre 20 de 1945, LIX, 929), cierto es que la legitimación constituye un beneficio que la ley establece por motivos de orden social y de política preceptiva en favor de los hijos, por razón del matrimonio posterior de sus progenitores, en el que la intervención de éstos se limita a contraer ese vínculo conyugal, cuyas consecuencias de todo orden están impuestas por las normas; ventaja que opera en favor de los hijos comunes, con la salvedad del adulterio prevenido por el ordinal 1º del artículo 52 de la Ley 153 de 1887, sin que los contrayentes puedan hacer discriminaciones contrarias a los imperativos del derecho familiar, que de ser aceptadas dejarían la determinación y administración del estado civil a discreción de los particulares, aquí, en el fondo, los padres, enfrentados a los intereses del hijo (versus: casación noviembre 30 de 1961).

El hijo que, engendrado antes del matrimonio, nace en él, se encuentra en una posición próxima a la del concebido en este, que hace que se le tenga por legítimo, cobijado por una presunción de que impone su desconocimiento por vías análogas a las trazadas para la repudiación del concebido con mujer casada (Código Civil 237, 247,

214 y siguientes). En los demás casos de legitimación, en que el hijo nació antes de la unión matrimonial de sus padres, plantéanse dos posibilidades:

a) Que él tuviese ya para entonces formalmente definida su calidad de natural frente a éstos (Código Civil 52 y 318), asequible en las formas indicadas en las tres etapas legislativas que se dejaron descritas, y

b) Que el establecimiento de su estado venga más tarde. El artículo 238 del Código Civil habla de legitimación ipso iure *de quienes en el momento del matrimonio tenían ya definida la calidad de hijos naturales de los contrayentes, y el 239* ibídem, *de legitimación voluntaria de quienes sin tener entonces cierto su estado, fueron nombrados en el acta matrimonial por los desposados, o en escritura pública ulterior, con el propósito de legitimarlos.*

IV. *Evocando el proceso de adopción y adaptación del Código Chileno a nuestro país y las modificaciones que la ley colombiana ha sufrido en esta materia, y aun empleando un método de estricta exégesis, habría que considerar un contraste marcado entre las reglas atinentes a la atribución del estado de hijo natural y las de legitimación, particularmente en gracia de la situación, normativa en vigencia, comoquiera que el carácter de hijo natural apareja íntegras las consecuencias que la ley le atribuye (Ley 45 de 1936, artículo 8º), entre ellas la posibilidad de legitimación; que el acceso a aquel estado no está circunscrito al reconocimiento, y que no es dable pensar en distintas categorías de hijos naturales, que el ordenamiento no ha establecido, ni la equidad toleraría, contrarias por ello a su genuina orientación y a la política de equiparación de los humanos a que tienden las sociedades modernas, a que la nuestra no se ha sustraído.*

Háse de agregar que antaño, dentro de una consideración excesiva de la autonomía privada, solíase hablar de voluntad como fuente autonómicamente de efectos jurídicos, y atribuirle a los particulares un poder consiguiente, del que en rigor nunca han gozado, concepción que explica el que se diga que hay una legitimación voluntaria entendida como producto del arbitrio de los padres que luego se casan y señalan a su guisa a qué hijos legitiman y a cuáles excluyen de su nuevo hogar conyugal (casación noviembre 30 de 1961), designando a los destinatarios del "beneficio", tomado como un honor y una distinción, y a los que mantendrán en la condición inferior de ilegítimos, ni siquiera naturales, en términos mucho más restringidos que los de la legislación canónica.

Tal planteamiento, de cuya justeza podía dudarse aún para la época, no tiene valor alguno delante de las nuevas orientaciones jurídico-políticas y de las reformas introducidas al Código y a las leyes que pronto lo modificaron, pues con arreglo a aquellas se impone una consideración completa de la materia y su integración para conformar un sistema pleno y armónico. Con apoyo en la dogmática, no puede olvidarse que la Ley 45 de 1936 abolió la calificación de hijo ilegítimo. Los hijos son hoy, pues, naturales o legítimos. Unos y otros lo son, en principio, por fuerza de las circunstancias en que fueron concebidos. Siendo el nacimiento un hecho ostensible y demostrable directamente y permitiendo colegir de él la época de la concepción, unos y otros hijos tienen definida una posición frente a la madre que los alumbró; el legítimo, además, respecto del padre, por la inferencia experimental vertida en presunción legal de pater is est quem nuptiae demostran *(artículo 213 del Código Civil) (casación diciembre 4 de 1967), y el natural, que bien antiguamente pudo deducir esa situación por una similar regla* (pater est quem cohabitatio demostran), *hoy en cuanto sea reconocido u obtenga declaración judicial frente al legítimo contradictor o a sus herederos. Pero siendo incuestionable que la condición la tiene el hijo desde cuando fue concebido (casación septiembre 20 de 1945, LIX, 929), que es hijo de determinados padres por razón biológica y no porque ellos quieran admitirlo o negarlo, pues el reconocimiento y la declaración judicial subsidiaria de este, no crean el nexo, sino que le dan certeza y solidez ante el derecho (casación diciembre 6 de 1951, LXX, 870; abril 15 de 1953, LXXIV, 655).*

Hijo legítimo, es el propiamente tal, y desde su concepción, en cuanto generado por cónyuges entre sí, y el legitimado, natural de ambos, por el matrimonio posterior de sus padres, y desde esta unión. Hijo natural es el creado por padres que no estaban casados entre sí, con relación a la madre por el sólo hecho del alumbramiento y, frente al padre, en virtud de su reconocimiento o de la declaración jurisdiccional. Entonces, hoy menos que antes, podrá exigirse el reconocimiento materno para considerar a una persona como hija de determinada madre, pues como con adhesión a la tesis del reconocimiento dijo la Corte con base en la legislación anterior, "la ley lo presume en cuanto a los hijos concebidos por ella, siendo soltera o viuda" (casación mayo 31 de 1913, XXIII, 55) y, en verdad, por las ca-

racterísticas propias de la maternidad. El hijo natural, por la ausencia del matrimonio de sus padres, cuenta desde su nacimiento con una madre conocida, y puede definir su posición frente al padre, con el reconocimiento o la decisión judicial, para así tener ciertos a ambos progenitores, con resultados desde la concepción, cualquiera que sea el momento en que se consiga aquella fijeza.

V. *Así las cosas, unificadas las filiaciones legítima y legitimada por el hecho común del matrimonio, siendo los derechos de ambas iguales a partir del mismo, la legitimidad aparece fundada estricta, exclusivamente en el matrimonio y en que los hijos sean de los dos cónyuges, habidos, antes o después de aquel, pero de ambos.*

De modo que lo que vuelve legítimo a un hijo natural es el matrimonio de sus padres (casación mayo 14 de 1914, XXIV, 77; noviembre 30 de 1961), como lo que hace que un hijo sea de suyo legítimo es que lo hayan generado personas casadas entre ellas; lo fundamental es, pues, establecer de qué padre y de qué madre es hijo, que la ley, atendiendo la posición jurídica de los padres para la época de la procreación o para luego, dice la calidad civil que posee el hijo (casación mayo 31 de 1944, LVII, 387; diciembre 4 de 1967). Para lo cual consagra no sólo los supuestos básicos de cada orden, sino también la posibilidad de dilucidar judicialmente la situación: si la legitimidad stricto sensu *se asienta en el matrimonio y en la concepción dentro de este, si la adquirida luego, se basa en el matrimonio y la filiación natural común, combinados (casación septiembre 8 de 1922, XXIX, 241), y ésta, a su turno, en el alumbramiento sumado a la definición de la paternidad, obvio es que quien considere encontrarse en un determinado caso haya de demostrar los elementos constitutivos legales del mismo y de acudir a juicio de estado sólo cuando le sea menester para la definición de uno de ellos, cuya precisión pueda aportarse por esa vía, o para la clarificación del estado que contradice, en orden a la cual, afirmará los hechos o actos antecedentes, de donde surgen las acciones de investigación de la paternidad natural e impugnación de la paternidad legítima, del reconocimiento y de la maternidad.*

La legitimidad y la naturalidad no constituyen negocios o hechos jurídicos; son estados, situaciones provenientes de hechos y de negocios y hechos entrelazados: matrimonio y concepción en él o concepción fuera de matrimonio y nacimiento en él; filiación natural antecedente y matrimonio ulterior; concepción sin matrimonio para entonces ni luego. Aquellos estados se deducen de estos fenómenos, y se afirman o niegan sobre el pie de presencia o ausencia de los mismos. Por ello no tiene fundamento hablar de investigación judicial de la legitimación o de la legitimidad sobrevenida, a consecuencia de la Ley 45 de 1936, como tampoco descartar la acción declarativa sobre la simple falta de norma que la indique específicamente, comoquiera que son los hechos y los actos jurídicos, de los cuales, por disposición legal, emana el estado civil, los que son materia de juicio, para delante de ellos declarar la posición de la persona dentro de la familia.

VI. *Partiendo del nacimiento como dato cierto, que demuestra la maternidad (casación mayo 11 de 1948, LXIV, 362), acreditado por el acta respectiva, cuya autenticidad y pureza se presumen (Código Civil 347 y 392, Ley 92 de 1938, artículo 18), y salva la prosperidad de impugnación del aserto (Código Civil 393 y 335 a 338), la existencia o ausencia de matrimonio define el carácter de la filiación, fijada por la ley con independencia total de lo que los padres deseen, pues se trata de un simple imperativo del derecho.*

Produciéndose la legitimación por un acontecimiento posterior a la concepción o al parto, si el matrimonio precede a éste, surge la inferencia legal de legitimidad de por sí; en tanto que si ocurre luego del alumbramiento, y no teniendo allí la paternidad caracteres ciertos y fijos necesario resulta su esclarecimiento, que bien puede haberse hecho previamente, ocurrir en el acto del matrimonio, o más tarde y para el cual son aptos todos los medios que el ordenamiento ofrece a propósito.

En otras palabras, si en ley el hijo extramatrimonial es hijo natural respecto de la madre desde que fue concebido, pero no del padre sino una vez que éste lo reconoce (único caso de acceso al correspondiente estado en la Ley 153 de 1887 y en el Código de Chile), o que frente al mismo se le declara tal (Ley 45 de 1936, artículos 1º y 4º), la legitimación, que siempre opera por ministerio de la ley, en presencia de los supuestos básicos que ella requiere, no se consuma de suyo por el mero matrimonio sino en favor de los hijos que para entonces lo fueran ya ciertamente de ambos cónyuges y de quien está en el vientre. Pero para los demás, el matrimonio abre la posibilidad de legitimación, que se producirá referida al momento de aquél, factor cardinal de la mutación del estado, en cuanto dichos hijos establezcan su progenie; para lo cual la ley

antigua ofrecía el sólo reconocimiento del hijo como natural (casación julio 23 de 1925 XXXI, 282), y la nueva ley señala además otros medios, aplicables a todas las situaciones y con plenitud de consecuencias (Ley 45 de 1936, 1º, 2º, 4º y 8º); de donde se concluye que el hijo natural, cualquiera que sea el momento y la forma en que consigue la plena definición de ese carácter respecto de ambos padres, desde que alcance esa calidad, resulta legitimado por el matrimonio de ellos, pues la legitimación no está integrada por reconocimiento y matrimonio, sino por filiación natural y matrimonio; y que, lo que a la jurisdicción concierne, en su caso, es declarar la filiación natural respecto a uno o ambos progenitores, y la validez o invalidez del matrimonio, de lo cual se seguirá, según las circunstancias, la legitimidad o la ilegitimidad de la prole, como producto de la presencia o ausencia de esos supuestos de hecho fundamentales.

VII. *En modo alguno puede considerarse el reconocimiento y, menos la legitimación, como una dádiva o gracia paternal, ni tampoco la legitimación por matrimonio, exclusivamente fincada antes en el reconocimiento de hijos como naturales. El reconocimiento es un acto de derecho familiar, con funciones características de definición y fijación de un estado civil y efectos* erga omnes, *primordialmente declarativos, pero también constitutivos, ante todo en cuanto a la preclusión de oportunidad de que otras personas lo practiquen respecto de un mismo hijo, y a la cancelación de la necesidad de intervención judicial; es un acto de autonomía individual, pero no gracioso ni arbitrario; basta la declaración formal de haber procreado, que la ley dirá si el producto de la procreación expresada allá es hijo natural o legítimo, atendidas las circunstancias, pues a ella compete exclusivamente la atribución del estado delante de los hechos en que se funda; y está limitado por exigencias de forma, por su carácter de irrevocable y por el requerimiento de veracidad. La legitimación es simplemente un resultado ordenado por la ley, como consecuencia de una filiación natural cierta y el matrimonio posterior de sus autores.*

De ahí que, poniendo las cosas en su lugar, lo que compete a los padres es reconocer a sus hijos y contraer nupcias entre sí. El hijo se legitima con el matrimonio de sus padres, quiéranlo o no ellos, porque el derecho lo manda. La ley, reitérase, dice cuál es el estado civil de los hijos luego que sus padres contraen nupcias entre sí, quiénes son hijos naturales y cómo pueden deducir esa calidad, como también cuál es el matrimonio propicio a la legitimación (Ley 153 de 1887, artículo 52; Código Civil 52 ... y 237), y manda tener como legítimos a los seres que se encuentran dentro de la hipótesis de legitimación, a quienes atribuye derechos ciertos (Código Civil 245 y 246).

Por manera que, cualquiera que sea el nombre que se dé a la actuación de los padres, lo que el Código configuraba como conducta de ellos, propia para la legitimación, era el reconocimiento de los hijos cuando esta era la única modalidad de consecución del estado de hijo natural, previsión que, forzosamente ha de examinarse a la luz de la preceptiva vigente hoy, que posterior a la redacción del anterior estatuto, abarcó toda la materia de filiación natural (Ley 153 de 1887, artículos 3º, 19, 20 y 25), y en armonía racional y social con ella. De donde, como en la actualidad se accede al estado civil de hijo natural, además de por reconocimiento en las formas dispuestas por la Ley 45 (artículo 2º), mediante declaración judicial (artículos 1º y 4º), medios igualmente eficaces y con unas mismas consecuencias; como hoy no existe la categoría de hijos ilegítimos con padre cierto por reconocimiento, aceptación ante juez o sentencia fundada en presunciones, pero exclusivamente con derecho a alimentos, y como el reconocimiento o la sentencia establece la paternidad natural referida a la concepción, no se alcanza a ver motivo valedero y justificado que funde entre hijos naturales ciertos de padres que luego se casan entre sí discriminación por causa del medio legal que les permite alcanzar aquel estado, para que unos resulten legitimados por el matrimonio y otros sin legitimación, a pesar de este, contrariando así el espíritu de la ley, a poder de sólo análisis gramatical y aislado de unos textos, cuyo sentido y proyecciones deben contemplarse sistemática y vitalmente.

Fuera de ello, es oportuno el precisar de los contrasentidos e incongruencias a que llevaría el atenerse con exclusivismo a la letra de los artículos 238 y 239 del Código Civil a propósito de la legitimación: así se abriría la puerta a un pacto matrimonial con efectos meramente personales y proyectados sobre la prole, el de la legitimación o no legitimación de estos o aquellos hijos precedentes; el hijo declarado natural frente al padre, por demanda propia, quedaría fuera de la posibilidad de legitimación, así la hubiera necesitado porque su padre estuviese incapacitado para hacer el reconocimiento o hubiese fallecido sin realizarlo; no siendo en principio necesario el reconocimiento materno, el único lla-

mado a hacerlo es el padre —marido—, a cuyo arbitrio quedaría la legitimación, es decir, el estado civil de los hijos prematrimoniales, a menos que también se exigiera la intervención de la madre, quien, ad absurdum, *podría sustraerse a la legitimación de un hijo natural ciertamente suyo, habido con quien luego vino a ser su cónyuge, al contemplarse tal requisito, extraño a la ley (Ley 45 de 1936, artículo 1º). Y sin que a explicar tales situaciones sirva el especioso argumento sobre la posibilidad de traer a la familia legítima hijos que se pervirtieron en el curso de la vida, pues los naturales comunes son todos igualmente fruto de la unión de sus padres, lo mismo que los legítimos, integrantes todos de una sola familia, cuyos miembros tienen entre sí unos mismos poderes y deberes y, porque, la calidad civil de las personas no está entregada por la ley a la discreción de los padres, quienes no la pueden desconocer, como tampoco otorgar por complacencia, ya que el ordenamiento se reserva su regulación.*

VIII. *Ello es que dicho estado civil se encuentra rígidamente reglamentado por la ley, que en forma estricta indica los hechos y actos típicos que lo generan, cómo se han de celebrar estos, cuál la manera de deducir y acreditar unos y otros, y los efectos que de él se siguen. El derecho de familia, regulador de las relaciones que se traban entre los sujetos por razón de parentesco y matrimonio, permitiéndoles una indudable y necesaria autonomía, restringe el ámbito de esta, por consideraciones de interés general, de modo de hacer prevalecer los principios sociales básicos, dándole un evidente carácter público a la normatividad, que aquí tipifica las instituciones con un rigor tal, pues a los particulares les compete sólo la iniciativa, estando sustraída de su órbita no sólo la fijación de los efectos, sino la posibilidad de que de una conducta suya, que para el caso es un mero supuesto de hecho, pueda surgir o dejar de presentarse un estado civil, estatuido legalmente.*

IX. *En últimas, habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la práxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales.*

La ley es una creación del espíritu objetivo, que aun cuando producto de determinado cuerpo político constitucionalmente calificado a ese objeto, se independiza de él desde su expedición, al punto de que el influjo de los propósitos que animaron a sus redactores va decreciendo a medida que la norma se proyecta sobre coyunturas cada vez distintas y más lejanas de las de su origen, y de que el intérprete es llamado a proceder con la mente puesta en el legislador, para imaginar cómo habría este regulado la situación nueva si le hubiese sido factible entonces tenerla presente. En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa.

Y así ha procedido la Corte en multitud de oportunidades, de la que es ejemplo, pertinente por referirse a la materia, su admisión del juicio de paternidad natural luego de muerto el legítimo contradictor, desde la sentencia de 1º de octubre de 1945 (LIX, 684 y siguientes), no empece a la consideración adversa amparada en la simple lectura y análisis etimológico de los textos legales respectivos.

X. *La argumentación precedente conduce con espontaneidad a un resultado lógico: tomando los preceptos del Título 11 del Libro I, del Código Civil e integrándolos dentro de todo el sistema de la filiación, como también captándolos en su función social, la legitimación se denuncia como un dictado legal, aplicable a todos los hijos naturales de padres que luego se casan entre sí. Logrado uno de los factores que la informan, el matrimonio, que es el cardinal, la legitimidad opera de inmediato en favor de quienes tengan ya definida la filiación respecto de ambos progenitores, y queda en pendencia para los demás hijos, hasta cuando se defina dicha filiación, necesariamente anterior en el tiempo, aunque susceptible de establecerse más tarde, por cualquiera de los medios autorizados, que opera como* condición de derecho *para que pueda darse ese efecto propio del matrimonio en relación con tales antecedentes (casación diciembre 4 de 1967).*

XI. Zoila Rosa y Margot Chacón, dadas a luz por Tulia Mosquera con anterioridad al matrimonio que esta contrajo con Rodolfo Chacón, y por ende, hijas naturales de la misma, fueron declaradas por el marido como hijas suyas y de Tulia Mosquera, en el testamento cerrado que otorgó en mayo de 1954, conforme con la cláusula 3ª, que se lee en la Escritura 2105 de julio siguiente, por la que se protocolizó aquella memoria. Completada por ellas así la definición de su estado de hijas naturales respecto de ambos padres y satisfechas entonces las exigencias legales de la legitimación, su estado civil es el de hijas legítimas de Rodolfo Chacón y Sixta Tulia o Tulia Mosquera, con efectos remitidos a las nupcias de estos. Y la sentencia que les negó esa condición, diciendo fundarse en los artículos 236 a 239, 245 y 246 del Código Civil, ha de casarse, en cuanto violatoria del artículo 238, por falta de aplicación, derivada de interpretación errónea, como lo denuncia el cargo que así se acoge, circunstancia que releva a la Corte de considerar los demás que se propusieron, de conformidad con el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil.

5. Para el pronunciamiento del fallo de instancia que compete dictar, tiénese que:

I. En autos obran sendas copias de las partidas de bautismo de las demandantes, que las acreditan como hijas naturales de Sixta Julia o Tulia Mosquera; la del matrimonio católico de Rodolfo Chacón con Julia Mosquera, celebrado el 15 de mayo de 1915, sentada el 22 de enero de 1916, que se acompañaron al libelo inicial; la de bautismo de Mery Chacón Mosquera, luego de Neira, nacida del matrimonio de Chacón y Mosquera, que ella adujo al contestar la demanda; copia de la Escritura 2105 de 16 de julio de 1954, de la Notaría 2ª de Bucaramanga, por la cual se protocolizó el testamento cerrado de Rodolfo Chacón, otorgado ante el mismo Notario el 26 de mayo anterior, que este envió por conducto del Registrador de Instrumentos Públicos, a solicitud de las actoras, en el término de prueba, testamento en cuya cláusula tercera su otorgante declara que con anterioridad al matrimonio vivió maritalmente con la que luego fue su esposa, y que al contraerlo los dos legitimaron como hijas de ambos a las dichas demandantes, expresión que constituye un reconocimiento de la paternidad, por uno de los medios consagrados tanto en el Código como en la Ley 153 de 1887 y en la 45 de 1936.

Hállase establecida con copia del juicio sucesoral, Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, la defunción de Tulia Mosquera y la declaración de que en su mortuoria la demandada fue reconocida como heredera en su calidad de hija legítima de aquella, con exclusión de Zoila Rosa y Margot, tenidas sólo como naturales, con inferioridad de posición atendido únicamente el artículo 28 de la Ley 45 de 1936.

Aceptados por Mery Chacón los hechos básicos de la acción y oponiéndose por razones hermenéuticas a su prosperidad, el juzgado denegó la declaración de legitimidad de las reclamantes fundada en el matrimonio posterior de sus padres, pero la hizo en consideración a la posesión notoria del estado civil.

II. Los argumentos que expuso el Tribunal para desechar este último pronunciamiento son acertados:

El estado civil de las personas se prueba principalmente con las copias de las actas del registro civil o los certificados que con vista y base en ellas expiden los respectivos funcionarios, actas en las que se consignan los hechos o actos que informan dicho estado, de origen civil (Código Civil 348; Ley 92 de 1938, artículos 1º y 18; Código de Procedimiento Civil 632) o, en su tiempo, y respecto de los católicos, las certificaciones de los párrocos sobre hechos o actos anotados en las partidas o actas asentadas en los libros parroquiales (Ley 57 de 1887, artículo 22 y Ley 153 de 1887, artículo 79).

A falta de tales documentos, debidamente establecida y justificada, puede acudirse a la prueba supletoria (Código Civil, artículo 395; Ley 92 de 1938, artículo 19): otros documentos autécnicos entre estos hoy, y en su caso, las partidas parroquiales, declaraciones de testigos presenciales de los hechos constitutivos del respectivo estado, y en subsidio de toda otra prueba, la posesión notoria del estado civil.

Claro resulta de ello que la prueba supletoria no es admisible sino cuando falta la principal y esa ausencia está acreditada y justificada.

Además, para el empleo del último de los medios supletivos es necesario tener en cuenta su pertinencia y su conducencia, es decir, determinar previamente si el estado civil en cuestión pudo ser "poseído" y si su establecimiento cabe por tal vía. Pues, en caso contrario, la aportación del conjunto de testimonios fidedignos (artículo 399 Código Civil), resultaría del todo innocua.

III. Aquí, el estado civil, resultante de filiación natural y matrimonio posterior de quienes

la produjeron, había de demostrarse mediante las pruebas del nacimiento, de la paternidad y del matrimonio, todas las cuales están en autos, regularmente producidas, de donde, no hay nada que suplir. Fuera de lo cual, la propia naturaleza legal de la legitimidad por legitimación excluye la idea de posesión notoria del estado, compuesto por varios elementos, esos sí susceptibles de la dicha posesión (de hijo natural y de matrimonio, Código Civil 397, Ley 45 de 1936, artículos 4º a 7º), de cuya reunión emerge aquella, *ope legis*.

Por todo lo cual, siendo de recibo la súplica por el motivo primario e improcedentes las razones subsidiarias, debe revocarse el proveído del *a quo*, para despacharse favorablemente la pretensión con el fundamento que en derecho le compete.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dentro del juicio ordinario de Zoila Rosa Chacón de García y Margot Chacón de Serrano contra Mery Chacón de Neira y, como juzgador de instancia, REVOCA la que pronunció el Juzgado 3º Civil del Circuito de la misma ciudad el diecisiete (17) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y en su lugar,

Falla:

1º Declarar que Zoila Rosa Chacón de García y Margarita o Margot Chacón de Serrano son hijas legítimas de Rodolfo Chacón y Tulia Mosquera, por razón del matrimonio de éstos, con efectos desde entonces, el 15 de mayo de 1915, fecha de la celebración de tal matrimonio.

2º Declarar que Zoila Rosa Chacón de García y Margarita o Margot Chacón de Serrano tienen, como hijas legítimas de Tulia Mosquera viuda de Chacón, la condición de herederas de ésta y la vocación hereditaria que corresponde a su parentesco con la causante.

3º Condenar en las costas de la primera instancia y en la mitad de las de la segunda a la demandada.

4º Sin costas en el recurso de casación.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CONTRATO DE SEGURO

Negocio jurídico. — Ineficacia, validez e invalidez. — Definición y distinción entre las nulidades absolutas y las relativas. — Antijuridicidad e ilicitud. — La nulidad, cualquiera que sea su clase, requiere terminantemente la decisión judicial, con audiencia de quienes fueron parte en el negocio inválido. — Funcionamiento de las causales y los efectos de la nulidad. — Naturaleza de las restituciones mutuas. — Contratos administrativos. — Sus características. — Procedimientos varios para su celebración. — Alcance de la omisión de formalidades administrativas refrendatorias. — nulidad relativa. — Recuento jurisprudencial. — Negocios jurídicos simples y plurales. — Categorías varias. — Contratos conexos o coaligados. — Contrato principal y contrato accesorio. — Nulidad del contrato principal. — Contrato de seguro. — Su definición y naturaleza. — La prestación de seguridad. — Seguro de manejo y cumplimiento. — Seguro de fianza. — Subordinación del seguro a la obligación caucionada. — Causal 1ª de casación. — Distinción entre la violación directa de la norma sustancial por falta de empleo, por indebida aplicación o por errónea inteligencia y, la indirecta, resultante de defectuoso manejo de las probanzas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, mayo 21 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa.*

(Aprobado Acta número 21 de 20 de mayo de 1968).

1. *Antecedentes.* El Municipio de Ibagué y la sociedad "Diesel Motor Limitada" de Cali, hicieron constar por Escritura Pública número 1199 de octubre 4 de 1955 de la Notaría 1ª de aquel circuito la celebración entre ellos de contrato, según el cual la sociedad se comprometió para con la administración a suministrarle a todo costo cuatro equipos generadores de energía eléctrica, incluyendo máquinas, aparejos, construcciones para su instalación, esta en su integridad, adiestramiento de operarios para su manejo y garantía temporal de funcionamiento, obra que debía cumplirse en catorce meses contados a partir del aviso que diera el Municipio de entrega de las licencias de importación de los materiales necesarios, de un 20% del precio ajustado, y de la legalización del contrato, todo por un valor de tres millones quinientos cincuenta mil pesos, pagaderos, setecientos diez mil, o sea el dicho anticipo, "una vez haya quedado legalizado el contrato" y el saldo en cuotas de distinto valor individual, a términos escalonados, hasta por cuarenta y ocho meses, algunas con intereses remuneratorios, tres de las cuales, en suma de ochocientos ochenta y siete mil quinientos pesos, vertidas en otras tantas letras que con aval bancario debía dar el Municipio a los quince días de firmada la escritura, habiéndose obligado allí mismo la sociedad contratista a "constituir caución, en la cuantía que señalara la Contraloría Municipal, para responder del anticipo, por las cuotas posteriores, por la cláusula penal y por la garantía de la obra y demás accesorios".

Dicha declaración estuvo precedida de Acuerdo del Consejo Administrativo Municipal que autorizó al Alcalde y Personero para abrir licitaciones a objeto de contratar las obras urgentes para la solución de las necesidades urbanas de electricidad; licitación privada que concluyó con la adjudicación del contrato sobre la nueva planta de energía eléctrica por parte de la Junta Asesora y de Contratos del dicho Municipio a la mencionada sociedad, según acta de septiembre

30 del mismo año, y de la aprobación que el mismo organismo impartió al negocio el 4 de octubre posterior, seguida de la de la Gobernación del Departamento del Tolima el 5 de los mismos mes y año.

Con posterioridad a esta y en desarrollo de la contratación, el 17 de octubre de 1955, la Compañía Granadina de Seguros S. A. de Bogotá, expidió a favor del Municipio póliza de seguro garantizando hasta el monto de un millón seiscientos cincuenta y dos mil pesos el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Diesel Motor Limitada en el referido contrato, entre el 14 de octubre de 1955 y el de 1957, y el Municipio pagó el 28 de octubre de 1955 el 20% fijado como anticipo, obtuvo aval del Banco del Comercio de las letras de cambio que debían tenerlo las que entregó oportunamente, y giró varias más con exceso sobre lo estipulado.

Luego, como el contrato envolviera operación de crédito externo, con plazo mayor de un año y valor que excedía de US$ 250.000.00, se le sometió a la consideración del Comité Nacional de Planeación, conforme con el artículo 7º del Decreto legislativo número 1050 de abril 14 de 1955, organismo que lo rechazó en sesión del 12 de abril de 1957, motivo por el cual la Alcaldía de Ibagué, en resolución de julio 12 subsiguiente, declaró la caducidad administrativa de aquel y ordenó a la sociedad contratista la restitución del anticipo y de las letras de cambio avaladas, debidamente canceladas y con sus intereses, providencia que notificada por edicto y comunicada tanto a aquélla como a la compañía de seguros, no fue objeto de recurso alguno. Formulada por el Municipio la reclamación de pago del seguro, la aseguradora replicó alegando que el contrato garantizado no se perfeccionó y que, así hubiera modo de pensar en incumplimiento, no se le comunicó oportunamente el siniestro.

Prevalido de tales antecedentes, el Municipio de Ibagué instauró juicio ordinario en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, contra las sociedades Diesel Motor Limitada y Granadina de Seguros S. A., a fin de que se les declare obligadas solidariamente para con él a pagar los $ 710.000.00 del anticipo, con intereses comerciales de su recibo a la devolución; a restituir debidamente canceladas las letras avaladas que se entregaron a la primera, en cuantía de $ 887.500, que no hayan sido descargadas aún por el Municipio, y a pagar lo que éste haya cubierto ya al Banco por dicho concepto o deba cancelar luego y, la sociedad contratista, también los intereses comerciales, más un 5% a cargo de la aseguradora, conforme con el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, a partir del pago por la entidad administrativa y hasta el reintegro; y una y otra demandadas, a pagar $ 350.000.00 e intereses, por concepto de multa.

En sucesivas súplicas subsidiarias, el libelo prescinde de la solidaridad de los deudores, solicita pronunciamiento sobre la exigibilidad de la obligación de la aseguradora, con o sin subrogación en los derechos del acreedor, eventualmente limitada a la suma máxima del amparo y sus intereses y, por último, la decisión circunscrita a la sociedad contratista.

La litis se trabó con la citación personal de la compañía de seguros y de curador *ad litem* de la empresaria de la obra, designado luego de su emplazamiento por ausencia, y concluyó en el primer grado con sentencia que declaró la nulidad absoluta del contrato por defecto de solemnidades relacionadas con el Derecho Público, absolvió a la aseguradora de los cargos que le formuló la parte actora y condenó a la contratista a devolver el anticipo pecuniario y las letras recibidas, con intereses legales desde su recibo hasta su restitución.

Apelado tal proveimiento por el Municipio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con salvamento de voto de uno de los miembros de la Sala de Decisión, confirmó el 21 de abril de 1966 el decreto de nulidad, revocó la absolución de la aseguradora, y en vez de ella y adicionando la condena, ordenó a ambas compañías demandadas, solidariamente, reintegrar la suma percibida a buena cuenta, con sus intereses legales del 27 de octubre de 1955 al día de la restitución, a la aseguradora con recargo del 5% por virtud del artículo 25 de la Ley 105 de 1927; a una y otra devolver o cancelar las letras avaladas, y a la empresaria de la obra, además, las no avaladas; denegó las restantes solicitudes, y condenó a las demandadas a pagar la mitad de las costas de primera instancia.

2. *La sentencia recurrida.* Ese fallo reitera el concepto en curso sobre la nulidad absoluta de la negociación, derivada de la falta de la solemnidad prevenida por el citado artículo 7º del Decreto 1050 de 1955, atinente a "la naturaleza del acto y no a la calidad o estado de las personas que en él intervinieron", de donde resulta la confirmación del correspondiente aparte de la providencia apelada, que complementa para ceñirla mejor a lo demandado.

Entra luego a examinar la situación de la aseguradora, indagando sobre la suerte del contrato accesorio habida consideración de la nulidad del

principal y tomando como punto de partida la estipulación de aquél montada sobre el compromiso que la sociedad Diesel Motor Limitada asumió en este de constituir caución para responder de anticipo, contados posteriores, cláusula penal, etc., del que deduce que la compañía Granadina sí aseguró esa responsabilidad del contratista: de modo que, si bien por secuela de la comentada invalidez no cabe pensar en incumplimiento y sus efectos, ha sí de decretarse el reintegro de lo dado, en la inteligencia de que por el mismo motivo de afirmarse la eventual devolución de anticipo y demás cuotas por causa de la nulidad del contrato estos fueron riesgos asumidos por la aseguradora, a quien se remuneró por ello.

Estudia a continuación conocidas salvedades o atenuaciones del principio *quod nullum est nullum producit efectum,* en orden a insistir en la posibilidad de que el contrato accesorio opere no obstante la nulidad del principal, y a considerar que aquí el deber de la aseguradora se cristaliza precisamente por causa de aquélla y de la garantía extendida a la restitución de lo pagado, cualquiera que fuese el motivo del deber de reintegro. Y descarta cualquiera aplicación de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* en el entendido de que todos los interesados están parejamente afectados por el vicio de forma, sin posibilidad de extraer ventaja de su propia culpa a objeto de crearse derechos o exonerarse de obligaciones.

Cuanto a la responsabilidad de dicha aseguradora en las prestaciones desprendidas del pronunciamiento de nulidad, el Tribunal estima que aquella se extiende al anticipo con el recargo legal del 5% y a las letras avaladas, cuestiones consignadas en el contrato de obra, que se incorporó directamente al de seguro, mas no a los restantes instrumentos, dado que no estaban previstos allá y, por ende, son materia exclusiva del primero, dentro de una modificación limitada a quienes fueron en él partes; como tampoco a la multa, por no concebirse el incumplimiento de un acto nulo.

Concluye la decisión con el estudio de las defensas de la misma demandada, precisando que la nulidad del contrato principal no acarrea de por sí la del accesorio, aquí de suyo válido y vigente en el sentido de que abarcó el deber de restitución de lo que se hubiera entregado a cuenta de aquél; que no es de recibo la excepción de contrato no cumplido, puesto que el problema en juego es el de la validez y no el de la ejecución del trato, fuera de que acaeció el riesgo asegurado; y que, cualquiera que sea el mérito de la resolución administrativa de caducidad, el contrato entre el Municipio y la Diesel Motor Limitada es nulo por el puntualizado defecto de forma, de modo que habiendo tenido el litigio un desenvolvimiento diverso del que se le trazó en la demanda, dada la declaración de invalidez propuesta por la defensa, aquella decisión se muestra innocua, pues las prestaciones deducibles a cargo de las demandadas se asientan en el retorno de las cosas al estado primitivo anejo a la nulidad, o sea que la aseguradora resulta responsable no por supuesto incumplimiento de la contratista, puntualizado en la resolución de la Alcaldía, sino por haber asegurado manejo y reintegro de los dineros dados a ella dentro de la ejecución del contrato captado por el seguro.

3. *El recurso.* Contra dicha sentencia recurrió en casación tan sólo la compañía Granadina de Seguros, quien le formula tres cargos, así:

Primer cargo. "Violación de los artículos 1517 del Código Civil y 646 del Código de Comercio".

Declarada judicialmente la nulidad del contrato celebrado entre el Municipio de Ibagué y Diesel Motor Compañía Limitada, las cosas han quedado restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo. Esta es la consecuencia inmediata que previene el artículo 1746 del Código Civil, porque la nulidad, en general, más que una verdadera sanción es una medida de protección de determinados intereses y la mejor manera de lograrla es borrando jurídicamente el contrato, para que se borren de la misma manera todos sus efectos. Pero, la declaración de nulidad no produce los efectos indicados simplemente *ex nunc,* sino *ex tunc,* esto es, desde la fecha del mismo contrato nulo. Lo cual quiere decir que el mencionado contrato, al ser declarado nulo, fue borrado jurídicamente, sin que pueda decirse, después de esa declaración, que ha tenido existencia en algún momento. Apenas han podido quedar pendientes entre las partes las restituciones mutuas de que habla el inciso 2º del artículo 1746 del Código Civil, pero estas restituciones no derivan del contrato, sino de la declaración de nulidad, ya que con tal declaración no subsiste obligación alguna de carácter contractual, sino simplemente la legal de restituir las cosas o el precio recibidos, si no ha sido ilícito el objeto o la causa con que se haya contratado. Consecuencia de ello es que no ha habido posibilidad de cumplir o de dejar de cumplir el contrato, pues desaparecido éste, ha desaparecido también la posibilidad de su cumplimiento o incumplimiento, y desapare-

cido el interés en el cumplimiento, también ha desaparecido el riesgo de su incumplimiento. De ahí que ese interés del Municipio en el cumplimiento, que fue lo asegurado por la Compañía Granadina contra el riesgo de incumplimiento, se hubiera borrado con la declaración de nulidad y con ella también la cosa asegurada y el riesgo. Quiere ello decir que no ha habido cosa asegurada, que no ha tenido objeto el contrato de seguro, pues al quedar aquel contrato como si no hubiese existido, no ha habido posibilidad de cumplirlo y no se ha asegurado nada, lo cual hace inexistente el contrato de seguro, en lo que coinciden los artículos 1517 del Código Civil y 646 del de Comercio, que en su orden exige la existencia de un objeto y de una cosa asegurada al tiempo del contrato. No habiendo existido tampoco el riesgo tomado por el asegurador, falta otro elemento esencial del seguro, según el aparte primero del artículo 646 del Código de Comercio, que exige que las cosas aseguradas se hallen expuestas a perderse por el riesgo que tome sobre sí el asegurador, precepto éste que en tal forma fue transgredido una vez más.

Segundo cargo. "Violación del artículo 2406, numeral 3º del Código Civil".

Al tenor de la póliza, la compañía de seguros aseguró "el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Diesel Motor Compañía Limitada, de acuerdo con el contrato que consta en la Escritura número 1199 de 1955". De allí se infiere que el seguro contratado es de los que llaman los expositores "seguro de fianza", situación corroborada por el actor al invocar los artículos 2364, 2366 y 2367 del Código Civil y hablar de la "fianza de la Compañía Granadina" en su libelo de demanda. Este seguro es sustancialmente distinto del de manejo, ya que los contratos se especifican o por su objeto o por su causa y que el artículo 2º de la Ley 225 de 1938 separa el objeto del seguro de fianza, garantía de cumplimiento, del objeto del seguro de manejo, garantía de correcto manejo de fondos o de valores que se confíen a los empleados públicos o a los particulares. El seguro contratado por Diesel Motor Compañía, entonces, no fue de manejo, sino de fianza, pero sin que por ello pueda decirse que sea accesorio de aquel contrato cuyo cumplimiento garantizó, pues el contrato de seguro tiene su propia entidad jurídica y es principal, sólo que produce obligaciones que resultan rigurosamente accesorias a las obligaciones garantizadas, de modo que la garantía no puede menos de correr la suerte de la obligación garantizada, y por eso, cuando ésta se extingue, se extingue necesariamente la garantía. El seguro aquí tenía una función de simple garantía de las obligaciones derivadas para la Diesel Motor Compañía del contrato celebrado con el Municipio de Ibagué. Esa fianza no cubría obligaciones derivadas de la nulidad del mismo contrato, pues tales, que se llaman "restituciones mutuas", se derivan entonces de la ley misma y no del contrato que se declara nulo; no tienen su fuente en el contrato borrado jurídicamente, sino en la declaración de nulidad, como obligaciones simplemente legales, que no fueron objeto del seguro contratado. Así, arguye el recurso, el Tribunal cometió un error evidente al apreciar la póliza expedida por la compañía aseguradora, porque no tuvo en cuenta la función de simple garantía del cumplimiento del contrato que tenía el seguro, ni entendió cómo esa función de garantía subordinaba el seguro a la suerte del contrato, y porque no tuvo en cuenta que las obligaciones garantizadas eran solamente las emanadas del contrato y no las emanadas de la declaración de nulidad, para, por ello, considerar vigente el seguro en cuanto a una obligación que, después de la declaración de nulidad del contrato, no se deriva ni puede derivarse de este mismo, sino de dicha declaración. Error de apreciación de la póliza, por el cual se violó el artículo 2406 del Código Civil al no considerar extinguida la fianza por la extinción de la obligación principal a causa de nulidad.

Tercer cargo. "Violación de los artículos 1509, 1525 y 2380 del Código Civil".

El Decreto legislativo número 1050 de 1955 forma parte del Derecho Público de la nación, protege el orden público económico y no intereses privados. Tal norma estableció o exigió una autorización previa, y no una aprobación posterior, del Gobierno Nacional para ciertos contratos, a la que estaba sometido el celebrado por el Municipio de Ibagué con Diesel Motor Compañía Limitada, que no obstante lo cual, se otorgó sin ella, cayendo así en ilicitud de objeto, según el artículo 1519 del Código Civil, al violar normas de Derecho Público. La razón de ser de la nulidad de dicho trato no radica, pues, en simple omisión de solemnidades necesarias a su validez, sino en la dicha contrariedad, causa de ilicitud. Por ello, conforme con los artículos 1525 y 1746 del Código Civil, el Municipio no puede repetir contra Diesel Motor Compañía Limitada lo que le entregó en virtud de ese contrato, toda vez que no puede darse o alegarse ignorancia de aquella disposición. Y si esta compañía no está obligada a restituir el anticipo, ni las letras de cambio por los contados siguientes, tampoco es demandable ni obtenible esa devolución de parte de la

compañía aseguradora, so pena de defraudar la prohibición del citado artículo 1525 del Código Civil, de desconocer que el seguro cubría las obligaciones derivadas del contrato, pero no las derivadas de la declaración de nulidad del mismo, como son las restituciones mutuas en los casos en que no hay objeto o causa ilícita, y de privar a esa parte del derecho que le otorga el artículo 2380 del Código Civil de proponer al acreedor cualquiera excepción inherente a la obligación afianzada.

4. *La Corte considera:*

I. *El acto de autonomía privada, llamado de por sí a tener prevalencia jurídica, adquiere plena virtualidad a condición del ajuste cabal de la conducta a las prescripciones normativas. Al completarse el recorrido de la definición del tipo negocial empleado por los particulares para proveer a una determinada especie de colaboración intersubjetiva, la figura alcanza existencia jurídica, palpándose entonces su dinámica en el efecto compromisorio o vinculante para sus autores, que le es característico y da aptitud para los resultados prácticos en que seguidamente se proyecta la vinculación típica. Acto social, el negocio jurídico está sometido a las prescripciones legales que atienden a su identificación, regularidad y competente valoración, de modo que sólo se tenga por tal y dote de consecuencias a un comportamiento serio, con respaldo en su significación objetiva y en su corrección singular.*

Gozando el individuo de competencia dispositiva de sus intereses y habiéndola de ejercer a través de los moldes sociales, preferentemente dentro de los legalmente denominados y disciplinados, el ordenamiento, a más de recoger las constantes del tráfico para darles consistencia normativa, en su política regulativa subordina en algunas oportunidades el valor de aquellos actos a su versión en determinadas formas o solemnidades, a la vez que de ordinario exige un grado básico de aptitud de conciencia y de libertad en quienes intervienen, y proscribe los conatos de transgresión de las normas imperativas, estatuidas, antes que para salvaguarda particular, en pro del mantenimiento de un equilibrio general, asentado en el designio de preservación del orden social establecido, arraigado a su turno en una ética básica para su desarrollo.

En tal sentido, el vigor del negocio jurídico se mueve dentro de los hitos extremos de eficacia e ineficacia, con una rica variedad de estados intermedios, reflejo de la multitud de situaciones que ofrece la actividad práctica. Por ello, las desviaciones de aquel poder en que incurran los miembros sociales están respondidas con reacciones de distinta índole, a tono con la magnitud y trascendencia del descarrío, según el designio legislativo, que provee a la sanción adecuada, en dando a una de la salvación del acto dispositivo y de impedirle todo efecto que pudiera desembocar en mengua de los preceptos fundamentales, orientadores o restrictivos de la dicha autonomía.

El artículo 1502 del Código Civil enuncia los requisitos generales de validez de la declaración, que en cada materia singular se desarrollan con relación a la figura, en ocasiones, adicionados o modificados a tono con las circunstancias, dentro de una modelación completa, que, en cuanto jurídica, se proyecta en la indicación de los efectos que acompañan al comportamiento, conformes o disconformes con la función específica del acto o con esta y la intención cierta de los particulares que lo realizaron, con un tratamiento que, dada la naturaleza de creación del espíritu objetivo que distingue al negocio jurídico, no permite comparaciones naturalistas o su consideración como simple suma o compendio de elementos, puesto que siendo una conducta típica, todo se informa en las mencionadas precisión, delimitación y atribución de resultados, dentro del marco de circunstancias en que el acto se produce, el juego armonioso de factores objetivos y particulares, que garantiza la seriedad de la actuación, responsabiliza a su autor y protege la justa confianza depositada en aquella por los demás sujetos.

Cuandoquiera que no pueda hacerse la identificación de la figura iuris, *porque no alcanzó a completarse su constitución en el mundo del derecho, cualquiera que llegue a ser su manifestación empírica, no puede hablarse de negocio, y las consecuencias que el fenómeno pueda traer consigo no serán atribuibles a aquél, que no alcanzó a ser, sino al concreto supuesto de hecho que resulte de lo acontecido, a cuyo tratamiento atiende la ley sin reparar en las reglas atañederas a la autonomía privada, allí intrascendente. En cambio, si el acto llega a estructurar una entidad jurídica, pese a mayúsculas deficiencias o irregularidades en su constitución, existe ya como expresión negocial de necesaria ponderación, de la que se predica validez o invalidez, eficacia o ineficacia, y cuyos resultados, por precarios que sean, tienen en él su origen y razón de ser, aun cuando hayan de desaparecer pronta y totalmente. Así se explica que de ordinario el*

negocio inválido sea susceptible de "ratificación", convalecencia o conversión.

Ineficaz, en términos globales, es el negocio carente de las consecuencias propias de la autonomía privada en general o de aquellas características de la figura. En tal acepción, la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad (casación junio 15 de 1892, VII, 261; junio 7 de 1904, XVII, 128; marzo 15 de 1941, L, 802/3; septiembre 15 de 1943, LVI, 125; julio 19 de 1946, LXVI, 351; julio 2 de 1963, no publicada aún).

Inválido es el negocio aquejado de graves defectos congénitos, radicados en el acto en sí: en su contenido, en su orientación, en los intereses dispuestos o en los sujetos que los celebran. La reacción legal golpea aquí al propio compromiso, condenándolo a su destrucción. El pronunciamiento judicial, indispensable, quebranta el nexo irregular y, por su virtud, al caer la vinculación particular, se disuelven los efectos finales que ella sustentaba. De ahí el poder liberatorio de la nulidad y la necesidad de que lo ejecutado se retrotraiga, sin otras salvedades que las propias impuestas por la realidad o que la norma estatuya por razones de orden superior. Es así, en la descomposición del negocio y en la de sus efectos, como se aprecian las repercusiones de la medida represiva, que se endereza a suprimir la relevancia que trae consigo la conducta dispositiva, que subsiste mientras no venga el decreto en contrario del juez (casación junio 7 de 1904, XVII, 128).

La ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura, aquellos que responden a su función práctico-social, cimentados en el compromiso, pero que no se confunden con él; alteración en múltiples aspectos: por estipulación particular que refiere tales efectos a acontecimientos futuros, ciertos o aleatorios, en forma de condición, término o modo; por determinación legal, que los subordina en su iniciación o en su permanencia a determinados factores contingentes (condicio iuris) *; o por fuerza de una impugnación de parte o de un extraño legitimado para ello, factores exógenos, pero referidos al negocio, en íntima conexión con él, que influyen decisivamente en su marcha, sin afectar su validez, circunscritos en su operancia a los resultados prácticos de la reglamentación de intereses (casación diciembre 4 de 1967, sin publicar todavía).*

Discriminada la nulidad en su entidad específica como una concreta medida legal, propia del negocio jurídico en el derecho privado, eliminatoria de sus efectos, los puramente vinculantes o negociales, se ofrece como sanción rezumante de la particular naturaleza dinámica del fenómeno en cuestión, con sabor represivo y eliminatorio a la vez, que emerge de la necesidad de negar o limitar los alcances de los negocios contrarios al derecho, como la aptitud más apropiada para tales contingencias, de donde su entidad, mejor que de irrelevancia del comportamiento, denegación y supresión de la trascendencia que posee, con lo que se garantiza el imperio fundamental de la legalidad en las relaciones particulares resultantes de la iniciativa privada.

Según la redacción del artículo 1740 del Código Civil, "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes". Tradicionalmente, al poner en juego esta disposición con el artículo 1502 citado, inadecuadamente se han solido explicar validez y eficacia del negocio jurídico en función de agregado de elementos y requisitos legales, cuya ausencia o vicio determinaría la falta de la operación a su nulidad, asimilada ésta a todo género de ineficacia; e inclusive se ha llegado a concebir el negocio como una yuxtaposición mecánica de dichos factores, cayendo en un círculo vicioso al fundamentar la validez en la ausencia de motivos de nulidad y explicar esta por la presencia de los factores característicos de la reacción (casación agosto 26 de 1947, LXII, 675).

La invalidez no es una creación lógica, sino legal; es una categoría iuris *concebida y disciplinada por el ordenamiento, que se aplica frente a ciertas disposiciones en que las partes incurran en su afán dispositivo (casación mayo 13 de 1968), ante la actuación de los agentes adviértese: su desentendimiento en los casos de inexistencia de la figura; su patrocinio de los negocios completos y regularmente conformados, y su activa repudiación de las conductas que le son contrarias.*

Tomando entonces el negocio jurídico nulo como un acto anti jurídico, han de distinguirse las diversas maneras de antijuridicidad, ya que no puede aceptarse la pretensión apriorística de identificar en todo caso lo antijurídico o contra-

rio a derecho con lo ilícito. Usualmente la doctrina clasifica las normas atinentes a la disciplina del negocio en reglas de autorización y reglas de prohibición y, observando que en la contrariedad de ambas hay germen de invalidez, circunscribe el ámbito de lo ilícito a la violación de las últimas. En las dos oportunidades trátase de cánones imperativos, cuyo deber ser está garantizado con aquella medida ablativa de efectos, sólo que dentro de la plenitud de la regulación, se previenen tanto la posibilidad de elusión del cumplimiento de las cargas de legalidad como la rebeldía frente a los dictados referentes al contenido o a la finalidad práctica preestablecida, y la tentativa soslayada de paralizar su vigencia, entidades distintas, aun cuando reciban desde el punto de vista de la invalidez negocial un mismo trato (casación mayo 31 de 1938, XLVI, 566/74; agosto 28 de 1945, LIX, 424/33).

Así, pues, un negocio nulo bien puede ser ilícito o no serlo, según el fundamento de la invalidez, importando la diferenciación a propósito de las consecuencias restitutorias de la nulidad (Código Civil 1746 y 1525), de la admisibilidad de pedimento indemnizatorio (v. gr. 1515; 2343, 2º; 148 ibídem*), o de la represión penal de la conducta y, antaño, dentro de la vigencia del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, también para apreciar la viabilidad de la acción y de la excepción de nulidad (casación abril 20 de 1938, XLVI, 294/305; agosto 17 de 1944, 525/34).*

*Clasifica el Código Civil en el ya citado artículo 1740 las nulidades en absolutas y relativas y agrega en el 1741 que las primeras son las producidas por ilicitud de objeto o de causa, por la omisión de algún requisito o formalidad prescrito para valor del acto en consideración a la naturaleza de este, y por la intervención personal de un absolutamente incapaz, en tanto que "cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa"; la Ley 50 de 1936, artículo 2º, al reglamentar el funcionamiento de la absoluta autorizó su invocación por todo el que tenga interés en que se declare y "por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley" y su pronunciamiento oficioso por el juez, "cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato", y permitió el saneamiento de la invalidez "por la ratificación de las partes, cuando no es generada por objeto o causa ilícitos y en todo caso por prescripción extraordinaria" (Ley 50 de 1936, artículo 1º); y el propio Código, artículo 1743, establece que la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, siendo saneable en corto tiempo y "por la ratificación de las partes", de lo cual se predican los vicios de la voluntad (Código Civil 1750) y la falta de formalidades de protección o habilitantes (*ibídem *1741 y 1745, con la excepción del 1744), como causales de aquélla.*

Nuestro estatuto se concreta a la distinción entre las nulidades absolutas y relativas, o sea entre un acto de iure *privable de efectos frente a todos,* ex officio *o a solicitud de interesado (casación febrero 15 de 1940, XLIX, 70), ("pues no se trata de una acción popular y exige interés en quien la invoca", casación febrero 12 de 1936, XLIII, 547/51), y aquel que es invalidable apenas en tutela de determinados intereses, relativa a ellos (Código Civil 1749), y por tanto, únicamente esgrimible por el sujeto individualmente calificado. Para luego, disponer en general el saneamiento y consolidación del negocio nulo por el transcurso de ciertos términos sin que la nulidad haya sido judicialmente deducida, y permitir el acto complementario de convalidación o "ratificación", formal o por conducta concluyente, según las circunstancias (Código Civil 1752 a 1756), sin otro obstáculo expreso que el de la ilicitud (Ley 50 de 1936, artículo 2º; casación septiembre 30 de 1960, XCIII, 696).*

Pero, dentro de la prescripción normativa, la nulidad, cualquiera que sea su clase requiere terminantemente la decisión judicial, con audiencia de quienes fueron parte en el negocio inválido, pronunciamiento que comporta, háyase o no solicitado expresión al respecto, la ruptura del vínculo y la decadencia de todos los efectos finales a que él daba vocación y, cuando se haya ejecutado o empezado a practicar, la retrotracción de las cosas al estado que tenían con anterioridad al negocio (casación junio 27 de 1918, XXV, 373, "prestación consecuencial, que no requiere reconvención"; junio 28 de 1919, XXVII, 212: "restitución de iure *en razón de la sentencia"; diciembre 1º de 1923, XXX, 226; julio 26 de 1927, XXXIV, 208; octubre 24 de 1936, 1918, 588; octubre 23 de 1941, LII, 602; septiembre 21 de 1942, LIV bis, 83/84; marzo 9 de 1948, LXIV, 58; marzo 30 de 1948, LXIV, 88; octubre 31 de 1951, LXX, 494; marzo 10 de 1936, XLIII, 560/62; junio 25 de 1937, XLV, 267; septiembre 20 de 1938, XLVII, 225/29: "efecto legal y natural de toda declaración de nulidad"; diciembre 1º de 1938, XLVII, 453; mayo 6 de 1941, LI, 259/66: "la entrega viene de suyo"; febrero 24 de 1939, XLVII, 71/77: "producida la causa no puede menos de producirse el efecto"; noviembre 16 de 1945, LIX, 783/86 y noviembre 28 de*

1946, LXI, 466: "la orden de ser restituidas las partes al estado anterior es objeto ipso facto *del juicio"; junio 7 de 1950, LXVII, 655; abril 17 de 1952, LXXII, 655; febrero 17 de 1958, LXXXVII, 50; marzo 9 de 1960, XCII, 377; junio 28 de 1960, XCII, 988); de suerte que el regreso a la situación originaria es algo inherente a la nulidad, en todos aquellos eventos en que para cuando se le decreta se han cumplido ya actos de ejecución de lo estipulado contra derecho, dentro de la función negativa, característica de la medida ("con concepto retroactivo que emana de su propia naturaleza y no precisamente del precepto legal", casación noviembre 23 de 1928, XXXVI, 108), que no deja de aplicarse sino cuando lo impide la indestructibilidad de los hechos (casación julio 25 de 1936, XLIII, 739; abril 26 de 1955, LXXX, 55), o cuando la ley castiga al sujeto negocial que entregó a sabiendas de la inmoralidad de la prestación, con la irrepetibilidad de lo dado (Código Civil 1525)* melior causa possidentis; in pari causa turpitudinis cessat repetitio), *o cuando aquella circunscribe la devolución a la concurrencia de determinada utilidad reportada por una persona especialmente protegida (Código Civil 1747, casación noviembre 23 de 1928, XXXVI, 108; septiembre 20 de 1938, XLVII, 225/29; diciembre 1º de 1938, XLVII, 447/68; octubre 23 de 1939, XLVIII, 730/32; septiembre 8 de 1953, LXXVI, 292); o directamente ordena la perduración de ciertos efectos, en aras de intereses más elevados (v. gr. Código Civil 149, 1820, 4º, 2083 y 84: teoría de la apariencia, casación mayo 18 de 1955, LXXX, 344; mayo 5 de 1961, XCV, 839/41; noviembre 7 de 1967, sin publicar).*

La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado preferentemente en puntualizar las causa-ley y los efectos de la nulidad. Interesa aquí, escudriñar el funcionamiento de tales consecuencias, consignadas como han quedado, y a tal propósito insistir en la lógica correlación que ofrece el ordenamiento entre validez e invalidez, y en la entidad de esta, para anotar que en materia negocial la competencia entre los particulares y el ordenamiento está dividida y compartida a modo de que aquellos dispongan de sus intereses, con atribuciones para plasmar el contenido propio de su determinación dentro de la pauta legal, en tanto que a este corresponde la recepción de dicha conducta y su dotación de los efectos típicos y de los que concuerden mejor con la orientación individual; por lo cual a la ley le está atribuida la determinación de efectos del negocio, como también el aniquilamiento de los mismos y, según se dice también, el mandato de producción de efectos indirectos e, inclusive, negativos, todos derivados de lo acaecido, esto es del negocio.

*Por todo ello es evidente que las restituciones mutuas que han de seguir al decreto de nulidad, previstas por el artículo 1746 del Código Civil para las hipótesis de actos nulos ejecutados o en ejecución, en torno a lo dado a virtud de ellos, como obligaciones que son, responden al negocio celebrado y a la posterior declaración de su invalidez, emergen inmediatamente con ocasión de ella, pero sólo se entienden en función del antecedente negocial ineludible, ya que la nulidad, en sí y en sus proyecciones, emana de la ley para ser aplicada al negocio, rompiéndolo, impidiéndole desarrollar su fuerza y, cuando fuere menester, haciendo regresar a sus autores al terreno primitivo, impartiéndoles órdenes que son consecuencia del mismo negocio y efectos negativos o indirectos suyos (*versus, *casación julio 23 de 1936, XLIII, 739).*

De ahí que ciertas expresiones doctrinales que, al realzar el empeño normativo de desaparición de las consecuencias del acto nulo, llegan a indicar que éste equivale a la nada y ha de mirarse como inexistente (casación abril 20 de 1938, XLVI, 294/305: "el acto absolutamente nulo no ha tenido de verdad existencia y vida en ningún momento. Es un fenómeno que no tuvo nacimiento y jamás ha podido producir efecto entre las partes ... No puede aceptarse que creó una relación de derecho siquiera defectuosa y que esta hizo nacer recíprocas prestaciones ... Pero ante la realidad del hecho consumado, es de imperiosa necesidad reconocerle una existencia provisional y efímera durante esa etapa"), tienen cuando más un alcance de exagerada invitación a deshacer lo actuado o exaltación del alcance retroactivo, de la drástica medida judicial, que tropieza, conforme se dejó consignado, con conocidas excepciones, pues la invalidez no obedece a un esquema abstracto, fruto de consideraciones lógico-dogmáticas, sino que es producto de una regulación normativa, que no ignora ni niega las realidades fácticas, que por cierto afronta con variada provisión de los intereses opuestos.

II. *Amplia y prolongadamente se ha estudiado en doctrina sobre las características del contrato que celebra la administración con los particulares, con frecuencia en el empeño de plasmar una categoría autónoma, incluso provista de jurisdicción exclusiva (C. de E. julio 16 de 1959, Au. LXI bis, 100; diciembre 11 de 1961, LXIII, 569; casación marzo 10 de 1951, LXIX, 457; abril 24 de 1952, LXXI, 753; noviembre 22*

de 1951, LXXII, 735; marzo 28 de 1958, LXXXVII, 668; noviembre 4 de 1959, XCI, 1269; marzo 9 de 1961, XCV, 338; Decreto-ley Nº 528 de 1964, artículo 20). Lo cierto es que la negociación en que participan los entes públicos recibe una disciplina propia, sin que por ello pierda su fisonomía contractual o dispositiva común, enmarcada dentro de la teoría general desarrollada por el derecho privado, enriquecida por los ineludibles matices publicistas de interés común, de modo que el análisis de las figuras exige simultáneamente referencias a una y otra rama del ordenamiento, con una necesaria distinción entre la actividad administrativa propiamente dicha y la actuación negocial, por cuanto los actos y contratos en comentario se celebran y ejecutan con la intervención de una parte cuya calidad es objeto de una estricta vigilancia y defensa, traducida en requisitos de distinta índole, ante todo formal, regulados por el Derecho Público que orienta la actividad de la administración, así limitada externamente en términos que influyen sobre el mecanismo contractual, a propósito de trámites previos, individualización de los sujetos calificados para obrar a su nombre y de aquellos con quienes va a contratar, determinación de los tipos negociales factibles, autorizaciones previas y refrendaciones, procedimientos contables y de empleo de dineros, precios, garantías, determinadas cláusulas, etc. (C. C. A. Capítulo XXI; Decreto 1782 de 1954; Leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966; casación septiembre 6 de 1935, XLII, 594; mayo 9 de 1938, XLVI, 483/85; agosto 5 de 1946, LXI, 258/61; febrero 25 de 1948, LXIV, 261; noviembre 8 de 1955, LXXXI, 946/53; auto C. de E. noviembre 9 de 1967).

Es incuestionable que el contrato con la administración, cualquiera que sea su índole, cuenta con una disciplina peculiar, derivada no de la naturaleza de la operación, sino de la presencia del ente administrativo. El Derecho Público opera allí, aunque no en la actividad contractual propiamente dicha, sino en la administrativa que la precede y, en forma ocasional, en la que pueda realizarse luego de otorgadas las partes. Ese ordenamiento regula la conducta de la administración, por lo cual, los defectos o vicios que eventualmente se den en el procedimiento interno de su parte, sólo vienen a repercutir sobre la validez del negocio en favor y a instancia de ella, del sujeto público contratante en cuya tutela, y hasta en cuya ventaja podría decirse, están prescritos los trámites, formas y controles (S. C. UI. noviembre 30 de 1936, XLV, 102), pues es el que se trata entonces de proteger a semejanza de lo que ocurre con los incapaces, pero con la mayor intensidad y vigor que demanda la presencia de un definido interés público, y en atención a él. Se aquilata así la adecuada y oportuna distribución de intervenciones de los dos regímenes, público y privado.

La fase contractual, regulada en sus proyecciones por el Derecho Privado, está, pues, antecedida en un conjunto de actividades internas de la administración, sujetas al Derecho Público, iniciadas por la determinación de celebrar el trato, plasmada esta en la selección del procedimiento que va a emplearse (licitación pública o privada, contrato directo, concurso, etc.), la formulación detallada del pliego de cargos y del proyecto de contrato (casación junio 5 de 1914, XXIII, 139), todo ello como actitud unilateral, que finaliza en la adjudicación del negocio a un determinado proponente o, en su caso, en la aceptación por el particular de la oferta que se le dirigió, momento en el cual se entiende celebrado el trato y concluida ya aquella etapa, salvo que en la ley, en los reglamentos o en los antecedentes se disponga ad substantiam *una determinada formalización documental u otro trámite, que convertiría los acuerdos en preparatorios o* pacta in contrahendo, *simples o condicionales (auto S. N. G. marzo 10 de 1961, XCV, 357/8). De lo contrario la adjudicación tendría el valor de contrato definido, pendiente para la realización de sus efectos tan sólo de aprobaciones o dictámenes, de legalidad (S. C. Consejo de E. agosto 2 de 1967) o de mérito-procedimiento y oportunidad (casación septiembre 30 de 1925, XXXII, 79), requeridos a objeto de revisar la conducta de los funcionarios, dentro de una intensa y excepcional* autotutela del sujeto público, *y sometido tal contrato a la suscripción de documento que consigne las declaraciones de las partes, con mérito probatorio, formalidad iterativa para futura memoria y para conjurar eventuales litigios o facilitar su solución.*

Celebrado el contrato, en su caso, desde la adjudicación, las partes quedan vinculadas, al punto de que su retractación puede motivar ejecución in natura *y, acción indemnizatoria, de ordinario prevista en forma de multas. Existe ya, pues, como entidad jurídica, válida o inválida en términos absolutos o relativos y, en esta hipótesis, con la vista puesta en el trámite administrativo precedente, que así influye en favor exclusivo de la entidad pública, en cuya defensa y protección se encuentra establecido (sentencia noviembre 30 de 1936, ya citada). Si por leyes, decretos o reglamentos, el contrato ha de someterse a controles posteriores, estatuidos como garantía del interés colectivo, la aprobación o*

visto bueno que le impartan otros funcionarios distintos de los que concluyeron el negocio no es requisito de validez de la contratación en sí, sino simplemente condición legal de su ulterior eficacia (condicio iuris), *aprobación que vendría a remover el obstáculo pendiente para la ejecución del pacto, hasta entonces en suspenso. Subordinada la realización de las prestaciones y su exigibilidad a la mencionada conducta expresiva de mayor* autotutela, *cabe advertir que en ocasiones se produce por anticipado en comienzo de ejecución o a un cumplimiento pleno, susceptibles de resolución en caso de veto o improbación, actitud esta autónoma y unilateralmente asumida por la administración,* inaudita altera parte, *sujeta a los recursos de orden administrativo previstos contra tales determinaciones. Entonces, en el terreno contractual, el particular tendrá derecho a que se abonen los costos del suministro de elementos y trabajo que hayan beneficiado a la entidad administrativa, para lo cual se tomarán en cuenta las razones que movieron a la ejecución anticipada del trato, que podrían ser de urgencia o de conveniencia general. También puede acontecer que la administración, movida por este interés, se comprometa a anticipos y aun los cubra antes de que el contrato haya sorteado los controles últimos. En ambas hipótesis, plasmada ya de atrás la negociación, su refrendación es condición legal de eficacia, factor externo cuya espera mantiene pendientes los efectos finales, cuya denegación los impide definitivamente haciendo entonces inútil el negocio y repercute sobre ellos, en el evento de que se hayan producido prematuramente en todo o en parte, ahora con sentido resolutivo, dando lugar a los abonos y restituciones previstos en el derecho común.*

Así las cosas, el defecto de formalidades administrativas refrendatorias no puede ser tenido de por sí como causal de inexistencia o de nulidad absoluta del contrato otorgado entre la administración y un particular, como prima facie *pudiera imaginarse y ha llegado a sostenerse sin un detenido examen del problema, salvo que expresamente la ley consagre tal secuela (en contrario: providencias de julio 28 de 1894, XI, a 27: "contrato nulo"; junio 5 de 1914, XXIII, 139: "contrato* ad referendum*"; octubre 1º de 1920, 28, XXVIII, 221; septiembre 6 de 1935, XLII, 601: "Situación en camino de realización y no acto perfecto"; mayo 9 de 1938, XLVI, 483: "sin la forma administrativa el contrato es nulo"; S. C. UI., febrero 17 de 1939, XLVIII, 184: "proyecto o precontrato, acto imperfecto"; septiembre 20 de 1945, LIX, 1126: "no hubo verdadero contrato"; junio 7 de 1950, LXVII, 656: "no puede ser nulo porque no ha nacido a la vida jurídica"; febrero 3 de 1956, LXXII, 182: "requisito* ad substantiam actus*"; octubre 24 de 1957, LXXXVI, 861: "requisito administrativo de existencia"; diciembre 16 de 1958, LXXXIX: "nulidad absoluta y no inexistencia"; octubre 2 de 1951, LXX, 675; abril 21 de 1954, LXXVII, 510; casación octubre 11 de 1962: "nulidad absoluta por falta de formalidades especiales establecidas en interés general"; N. G., abril 22 de 1965: "el consentimiento no se forma sino con el lleno de todas las formalidades", y así, C. de E. junio 27 de 1966).*

Y menos podría admitirse que el susodicho defecto de forma hiciera ilícito el contrato como violatorio del Derecho Público de la nación, a los términos del artículo 1517 del Código Civil. Tal desatención a los dictados peculiares del comportamiento de los funcionarios podrá ser advertida y reprochada por los superiores a quienes compete supervigilar la legalidad del procedimiento y decidir sobre la oportunidad y conveniencia de la operación, tanto para rechazar el contrato como para deducir responsabilidad al dependiente. O, más tarde, a instancia de la propia administración, según su prudente arbitrio, servir para recabar declaración judicial de nulidad relativa, pronunciable sólo ante su oportuna iniciativa (noviembre 30 de 1936 y casación febrero 24 de 1939, XLVII, 657/77; agosto 20 de 1945, LIX, 871/72; septiembre 4 de 1946, LXI, 56/57; octubre 21 de 1946, LXI, 559/60). Y, por lo mismo, la falta de aprobación o el veto que oponga el control administrativo a un contrato pactado, ya esté en ejecución o cumplido, no compromete su validez sino su sola eficacia, factor que opera como falla de una condición suspensiva y, excepcionalmente, como el advenimiento de una resolutoria, condiciones no ab intu, *como serían las dispuestas por las partes, sino legales o* iuris, *que, respectivamente, paralizan para siempre el desarrollo negocial o deshacen lo actuado (Código Civil 1544 y siguientes), e impiden exigir el cumplimiento anticipado o autorizan para demandar devolución de lo pagado prematuramente (*ibídem, *1542), como secuela del régimen legal del negocio y corolario de éste.*

III. *El examen de las conexiones posibles entre los negocios jurídicos lleva a clasificarlos en simples y plurales, y a detenerse en las relaciones planteadas entre las varias categorías y la magnitud e intensidad de su interdependencia, atendiendo al orden en que se producen, al lazo*

de continuidad que los vincula, a su estructura y a la finalidad práctica o económico-social de que están imbuidos (casación mayo 31 de 1938, XLVI, 566/74). Los contratos conexos o coaligados constituyen una variedad de la cualificación negocial, en la que es factible encontrar entidades dispositivas distintas que se influyen en forma de principal y accesoria, subordinada o auxiliar, hasta llegar a plantearse una interacción más o menos intensa de las vicisitudes individuales en las figuras que se acompañan, de que es ejemplo la díada compuesta por el contrato de obligación y el contrato de garantía, donde hay un ligamen de dependencia funcional y unilateral (casación mayo 27 de 1942, LV, 316/20).

El artículo 1499 del Código Civil se refiere a este problema en términos genéricos al indicar que "es principal el contrato cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". Y la doctrina ha precisado los alcances de la conexión aquí formulada, indicando que cada figura iuris *tiene características propias, requisitos independientes y alternativas exclusivas, al propio tiempo que, dada la conexión funcional, ocurre la repercusión de ciertas contingencias singulares en un ámbito más extenso y profundo; de manera que la calificación de principal o accesorio, subordinado o auxiliar, corresponde a una relación de finalidades prácticas.*

A tal propósito se pone de relieve que compuesta la obligación de débito y responsabilidad, como elementos consustanciales, ello no obsta a la existencia de la sola garantía a cargo de alguien (casación mayo 13 de 1968), que en ese sentido resulta en vinculación accesoria, en forma que la extinción de la deuda determina la inoficiosidad de la garantía y su perención consiguiente; al propio tiempo que el desaparecimiento de esta sólo puede afectar el lazo principal, demeritándolo, y en ocasiones con alcances dirimentes, si en la contratación se consignó esa seguridad como presupuesto indispensable de ella.

Demás está decir que la invalidez de cada una de las varias contrataciones así coaligadas estriba en sus propios vicios y no se transmite a la complementaria, comoquiera que la sanción es individual y no pasa a los actos que con fundamento en el negocio nulo se hayan celebrado luego o incluso con anterioridad (casación junio 13 de 1944, LVII, 398/99; julio 24 de 1946, LX, 761). Sin embargo, el óbice que la nulidad del contrato principal implica para el desencadenamiento de los efectos finales y el mandato que conlleva de retorno integral de las partes al statu quo ante, *se traducen en afectación del negocio subordinado, pero dejando a salvo su validez. Y, comoquiera que la preceptiva de la nulidad, antes que desconocer la realización cumplida, la tiene presente y provee a liquidarla, en ese proceso destructivo bien puede funcionar la garantía que se haya establecido para el amparo de los efectos del negocio nulo, incluidos los indirectos y los negativos. Y, cuando la vicisitud del acto principal cuestiona únicamente sus efectos finales, el funcionamiento de la garantía es más nítido y cierto, comoquiera que entonces las prestaciones recíprocas entre las partes están indudablemente atribuidas al negocio principal, que habiendo funcionado en forma anómala o bajo condición resolutoria, comprometió la responsabilidad adicional y ajena.*

IV. *El contrato de seguro, convención ajustada entre una compañía con autorización gubernamental concedida al efecto y un particular, por virtud del cual, aquella, en razón del pago de una prima asume temporalmente el cubrimiento de ciertos riesgos que está corriendo o podía sufrir el propio asegurado, un tercero o una cosa en que aquel tiene un definido interés, y se compromete a pagar una cantidad cierta de dinero o el monto del daño sufrido hasta la concurrencia de un valor preestablecido, en caso de suceder el siniestro durante la vigencia del pacto, a más de las conocidas características de solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (Código de Comercio, artículos 638, 634 y 665), ostenta una modalidad obligacional explicativa del funcionamiento integral de la figura: respondiendo el seguro a un propósito de trasladar las consecuencias adversas del azar, precaverse contra necesidades futuras y contingentes y contar con indemnización total o parcial de un daño previsible, el asegurado obtiene de suyo con la celebración del contrato una utilidad, consistente en una tranquilidad y seguridad de que la necesidad contemplada será provista o de que el accidente temido lo dejará indemne, aun cuando sea sólo en parte; no disipa así el peligro, pero sí procura sustraerse a sus efectos dañinos, y por ello alcanza un bienestar personal, un descargo, en fin, una garantía que lo aligera, en cuanto asegurado, de inquietudes y preocupaciones, que es precisamente la misión que cumple el seguro. Esto significa que la* prestación de seguridad *es la primaria, ineludible y mayor característica del asegurador, única de no darse el siniestro; la de*

tutelar el interés del asegurado en la conservación del bien, ya que no evitando las posibilidades de pérdida, otorgando confianza, en lo que se ha venido en denominar "actitud de cooperación virtual" del asegurador para con el asegurado, con el mayor margen de actividad que suministra a este el desahogo que en otra forma no conseguiría. De ahí que si no hay riesgo no se configura la entidad jurídica, pues al no haber interés asegurable falta un presupuesto de validez de ella, y al cesar el riesgo o desaparecer el interés termina el contrato, habiendo de deducirse de lo pagado por prima el valor correspondiente al período que cubrió el amparo (Código de Comercio 646, 660, 681).

En fin, la clasificación tradicional de las prestaciones en de dar, hacer y no hacer (Código Civil 1495, 1605 a 1613 y 1615) y su complementaria posterior en de conducta o de medios y de resultado (casación mayo 31 de 1938, XLVI, 566/74), no traducen en su integridad el cuadro de posibilidades de contenido de la relación jurídica obligacional, que también puede verterse en un deber de seguridad, como en el caso del asegurador que a fuer de contraprestación inicial hacia el asegurado le ofrece la posibilidad de fiar en la garantía suministrada, ya que la prima no se cubre para percibir la indemnización, sino a cambio de la tranquilidad actual de no padecer el daño pese a que ocurra el siniestro o surja la necesidad: obligación que en este evento se concreta o cristaliza en la indemnización.

V. *El seguro, contrato de por sí autónomo, puede asumir una función de garantía de un crédito, del comportamiento de un deudor de obligación de manejo y empleo de bienes extraños, o de uno de resultado respecto de una obra simple o compleja. En tales oportunidades, riesgo e interés asegurado se encuentran referidos a la relación matriz, cuyo decurso influye sobre el desarrollo del seguro, que sin dejar de recorrer su propio camino, aparece en buena medida determinado por el desenvolvimiento de la relación a que adhiere, en términos similares a como ocurre con las garantías, sobre todo las personales, cuya disciplina es aplicable entonces por analogía.*

La Ley 225 de 1938 estableció el seguro de manejo y cumplimiento y el Decreto 1348 de 1939 reglamentó el primero. Por él, dice el artículo 2º de la ley, se garantiza el correcto manejo de fondos o valores cualesquiera que se confíen a empleados públicos o particulares, en favor de las entidades o personas ante quienes ellos sean responsables, con posibilidad de su extensión al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones legales o contractuales, o la recta administración y custodia de los bienes entregados, según el artículo 3º.

Sobre ese pie, al referirse la doctrina al llamado "seguro de fianza", en que intervienen el asegurador como garante, el asegurado en su condición de acreedor y el deudor en cuya conducta radica el riesgo, discrimina las categorías de manejo, manejo y cumplimiento y de sólo cumplimiento o de fianza propiamente dicha, con la puntualización de la variedad de los riesgos y del interés asegurado. Indudablemente la distinción no es absoluta y entre las especies hay numerosos rasgos homogéneos y una marcada tendencia a su combinación, que impone a las partes la carga de precisar los riesgos, y abre la vía a la comprensión de todos, en fuerza de la disposición del artículo 660 del Código de Comercio. Fundamental allí es la integración del seguro al contrato principal o a la relación extranegocial a que adhiere, y la inserción de las cláusulas de aquel o la trama de deberes de esta dentro del contenido del seguro, con la posibilidad de restricciones o variantes que sólo afecten a la garantía. De manera que, en este caso, el seguro viene a ser una estipulación o contrato en favor de un tercero (Código Civil 1506); el riesgo consiste en el alzamiento del deudor, su malversación o su incuria, o sencillamente en la insatisfacción del acreedor por actos u omisiones imputables a aquél o de los que éste deba responder; y el interés asegurado, es la prestación del deudor y, a través de ella el objeto sobre el cual recae; o sea que allí se otorga una responsabilidad complementaria de la del deudor, extendida a la solutio *debida, pormenorizada en la gama de deberes establecidos a su cargo.*

Así, sin desconocer la incuestionable diferencia específica entre los dos tipos de garantía, bien pudiera decirse que el seguro de que se trata es una fianza limitada (Código Civil 2370), pues implica derecho a la subrogación del asegurador que pagó en los derechos del acreedor asegurado (Ley 225 de 1938, artículo 4º; Decreto 1348 de 1939, artículo 7º; Código Penal artículo 677; Código Civil 2395), preferencia de este en la persecución sobre los bienes del deudor en caso de que el seguro no cubra la totalidad de la deuda (Decreto 1348, artículo 7º in fine*); beneficio de excusión si se le hubiere reservado (Ley 26 de 1922, artículos 16 y 17); la posibilidad para el asegurador de oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales inherentes a la obligación principal (Código Civil 2380) y descargos o atenuaciones por actos del mismo que comprometan o*

dificulten su acción posterior de reembolso a la entidad subrogataria (ibídem *2381*) *amén de las defensas que deriven del propio contrato de garantía; y, cardinalmente la de incumplimiento o inejecución en que de sus propias obligaciones haya incurrido el acreedor en su vínculo con el deudor, que dispensa de la responsabilidad adicional* (in adimpleti non est adim plendum).

La subordinación del seguro a la obligación caucionada hace que él se extinga en todo o en parte a causa de la extinción de ésta (Código Civil 2406, 3º), coyuntura en la cual es preciso estudiar hasta donde la ejecución del contrato de seguro creó situaciones irreversibles, como también las particularidades de ejecución y extinción de la deuda, que pueden haber envuelto definitivamente la garantía y vinculado al asegurador al pago de las resultas de un siniestro menor o mayor, dentro de la extensión asegurada, insistiendo a propósito en que, salvas las exclusiones consignadas en la póliza, ha de entenderse que el amparo se extiende a los riesgos plenos del interés asegurado y que éste se da y expone desde que se puso en movimiento la relación obligatoria, no obstante que su eficacia se halle pendiente o haya de resolverse negativamente.

VI. *En forma inveterada y constante, la Corte se ha pronunciado sobre los requisitos de formulación y sustentación de los cargos que contra la sentencia de mérito se introduzcan por la causal primera, para exigir distinción entre la violación directa de la norma sustancial por falta de empleo, por indebida aplicación o por errónea inteligencia y, la indirecta, resultante de defectuoso manejo de las probanzas. Así se exige indicar a más de las normas, el sentido de la transgresión imputada (noviembre 24 de 1893, IX, 122; octubre 30 de 1906, XVIII, 31; diciembre 15 de 1911, XX, 354; septiembre 4 de 1933, XLI, 536; mayo 19 de 1937, XLV, 119; marzo 30 de 1944, LVII, 138; noviembre 15 de 1945, LIX, 775; marzo 15 de 1946, LX, 145; abril 26 de 1946, LX, 401; octubre 30 de 1946, LXI, 398; agosto 29 de 1947, LXII, 735; mayo 30 de 1949, LXVI, 101; abril 24 de 1951, LXIX, 545; febrero 20 1942, LXXI, 88/89; febrero 29 de 1952, LXXI, 142; marzo 7 de 1953, LXXIV, 335; mayo 4 de 1953, LXXV, 9/10; junio 9 de 1953, LXXV, 295/96; junio 19 de 1953, LXXV, 339; junio 30 de 1953, LXXV, 407; julio 7 de 1953, LXXV, 518; octubre 1º de 1953, LXXVI, 69; septiembre 24 de 1953, LXXVI, 363; febrero 18 de 1954, LXXVII, 42; marzo 21 de 1954, LXXVII, 591; octubre 28 de 1954, LXXVIII, 994; noviembre 26 de 1954, LXXIX, 146; diciembre 16 de 1954, LXXIX, 289; octubre 19 de 1955, LXXXI, 446; noviembre 9 de 1956, LXXXIII, 773/74; noviembre 21 de 1956, LXXXIII, 854; marzo 14 de 1957, LXXXIV, 324; marzo 28 de 1957, LXXXIV, 422; febrero 5 de 1958, LXXXVII, 22; noviembre 24 de 1958, LXXXIX, 498; junio 11 de 1959, XC, 625; octubre 20 de 1960, XCIII, 723/24; enero 24 de 1961, XCIV, 494; agosto 18 de 1961; julio 31 de 1962; septiembre 6 de 1963; enero 29 de 1964, CVI, 44; abril 17 de 1964, CVIII, 100; agosto 11 de 1964, CVIII, 179; noviembre 2 de 1964; julio 2 de 1965; octubre 21 de 1965; octubre 26 de 1965; abril 15 de 1966; marzo 31 de 1966; noviembre 2 de 1966; diciembre 4 de 1967), pues habida cuenta de la naturaleza formal del recurso de casación, establecido para la ruptura de fallos ilegales, en aras del correcto empleo de las disposiciones pertinentes a los hechos sometidos a la decisión y, por ende de su competente entendimiento, no es apto para una revisión total del proceso, oficiosa o apenas con la ayuda de una impugnación genérica, sino que sólo admite un específico juicio de valor a la luz exclusiva de precisas acusaciones que limitan estrictamente su ámbito.*

Por el mismo motivo, el ataque por quebranto indirecto, a más de la puntualización de los medios probatorios no advertidos o captados en contrariedad con su dicción escueta, o valorados en desacuerdo con el mérito que les atribuya la ley instrumental, es preciso agregar la demostración del yerro, la indicación del influjo decisivo que este haya tenido en el fallo y su repercusión en el empleo inadecuado o en la paralización de las normas sustanciales.

Y, cuando la raíz del problema se remonta a la interpretación de un negocio jurídico sobre cuya calificación, contenido y alcances se debate, autorizada la impugnación del concepto de instancia, tanto por errores de hecho evidente o de derecho en la captación del acto (casación agosto 19 de 1935, XLIII, 352/57; junio 19 de 1936, XLIV, 63/66; diciembre 12 de 1936, XLIV, 674/84; marzo 18 de 1943, LV, 298/99; octubre 16 de 1943, LVI, 221; marzo 14 de 1946, LX, 111/114; noviembre 21 de 1950, LXVIII, 561; junio 25 de 1951, LXX, 19; septiembre 21 de 1954, LXXVIII, 641; marzo 17 de 1955, LXXIX, 661/62; marzo 24 de 1955, LXXIX, 801; marzo 3 de 1962, XCVIII, 318/25; junio 17 de 1964, CVII, 311), como por quebranto de las reglas de hermenéutica, si a consecuencia de aquellos o de este se infringe una ley sustancial (casación febrero 23 de 1961, XCIV, 536/60), le es forzoso

al impugnante señalar no sólo el resultado, sino el cómo se llegó a él, con la descripción y demostración de la falla interpretativa.

VII. Ajustando las anteriores consideraciones al recurso sometido a la presente decisión, se tiene:

Como de inmediato lo apuntó el opositor, ninguno de los cargos precisa el sentido de la violación de que se acusa la sentencia; el recurrente se contrae a la cita de los preceptos que en su opinión fueron violados y argumenta en pro de su tesis, sin la debida indicación de en qué sentido y por qué concepto pudo cometerse la infracción, que, en el segundo cargo, asoma como indirecta, pero desprovista de la necesaria referencia al recorrido que le hubo de determinar.

Mas, si cupiera pasar por alto tal deficiencia, en la materialidad del asunto, aun enfocado este por las disposiciones enunciadas en la demanda, no se aprecia el descarrío en que cayera el Tribunal:

Declarada la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Municipalidad de Ibagué y la compañía Diesel Motor Limitada, por falta de su aprobación de parte del Comité Nacional de Planeación, y sin que quepa aquí pronunciamiento sobre la procedencia de la medida así adoptada a solicitud de la compañía aseguradora de la ejecución de aquél, era indispensable la orden de volver las cosas dispuestas allá entre las partes a su estado inicial, con las consiguientes restituciones mutuas de lo entregado por causa de él; y la cancelación de este compromiso del particular frente a la administración había de poner fin a la garantía que para la ejecución del mismo se otorgara. Pero la nulidad del contrato asegurado no se trasladó al de seguro, pues la invalidez es individual e intransmisible, y el pacto último en sí no ha sido objeto de reproche por tal concepto. El seguro terminó su misión, vino a resultar inoficioso; concluyó al extinguirse la obligación caucionada (Código Civil 2406, 3º) o, lo que es igual, con la extinción de los riesgos (Código de Comercio 681, 3º). Pero si la destrucción de los efectos del negocio por el decreto de nulidad no pudo desconocer lo actuado, que debe deshacerse y que queda en pie si ello no es factible, trocándose entonces la virtualidad de la invalidez de *ex tunc* en *ex nunc*, mucho menos podría esa orden ignorar la responsabilidad extraña aneja, no sólo para declararla cesante, sino aun para examinar su ejercicio anterior y, por tanto, al comprobar que la garantía no sólo se otorgó, sino que con fundamento en ella se ejecutaron prestaciones que la presuponían indispensablemente, hubo de reconocerse la existencia de un interés evidente asegurado: el de la cumplida práctica de las prestaciones y, al deber estas devolverse, el del reintegro de lo entregado anticipadamente, conversión negativa de aquélla.

Asegurado el cumplimiento de un contrato, la garantía se otorga para preservar el resultado favorable a que obedece la contratación; y, si en gracia de las cláusulas contractuales se da un dinero a buena cuenta del precio, en virtud de la previa caución del cumplimiento pleno de las obligaciones a cargo del operario, en la póliza de seguridad se declara incorporado el dicho contrato, y los hechos tienen lugar dentro del tiempo de vigencia de la garantía, mal pudiera afirmarse que la nulidad del trato de obligación, por su operancia retroactiva, haga desaparecer, en la misma forma, interés y riesgo, o sea que lo que tuvo ocurrencia y categoría jurídica y quedó consumado sin destructibilidad, se entienda artificialmente sin existencia, borrado sin dejar huella. A ello se oponen los hechos mismos y la naturaleza de ejecución sucesiva propia del seguro. Por lo cual cabe insistir tanto en la índole y las proyecciones estrictas de la declaración de nulidad sobre el acto inválido como en los linderos de la independencia y la subordinación de los contratos coaligados y, en ambos casos, en la entidad propia de los negocios de ejecución sucesiva enfrentados a un evento de invalidez o de simple ineficacia; para por este medio verificar que en ejecutándose prestaciones de la administración en ejercicio del contrato garantizado, hubo un interés cierto de ella, asegurable y asegurado y, pendiente entonces el cumplimiento del contratista y la restitución de lo recibido por él, hubo también un riesgo determinado y evidente, que se tradujo en siniestro con consecuencias no excluidas de la póliza, prueba de un contrato de seguro válido, que simplemente se terminó al ocurrir un evento impeditivo de su continuidad y sin proyecciones liberatorias sobre un pasado firme.

A esto cabe agregar que, fuera de que no se ha indicado ni establecido en la demanda la contraevidencia en que cayera el Tribunal en su estudio de la póliza de seguro, ésta no expresa la exclusión del riesgo por cuyo acaecimiento se cobra ahora, en la medida del daño, la indemnización tarifada; de suerte que no media una posible extensión arbitraria del amparo, que dentro de su normal funcionamiento está adherido a la obligación matriz y la respalda en todas sus contingencias, incluso en sus distorsiones eventuales, no ignorables, y que forman parte de la predi-

cada álea de la figura, máxime cuando en el contrato principal se exigió garantía para responder del anticipo y por las cuotas posteriores, garantía que a poco se constituyó sin reservas.

Por último, ni en el contenido, ni en la presuposición cierta y conjunta del contrato de la administración, se ha denunciado cláusula que contravenga al Derecho Público interno o a la moral reconocible e imperante. La irregularidad que condujo al pronunciamiento de invalidez, no acusada en casación, consistió, como está dicho, en la ausencia de aprobación final del negocio por motivos de oportunidad o conveniencia, falla en el trámite administrativo distinto del proceso contractual en sí, que aun cuando se asintiera en su naturaleza de causal de invalidez absoluta, en momento alguno podría llevarlo al terreno de lo ilícito. No se ha dado, pues, en los términos expresos del Código, ni causa ni objeto ilícitos, como para que el contratista pudiera sustraerse al deber restitutorio y consecuencialmente a la satisfacción de la garantía la aseguradora que amparó el resultado de la obra impulsada por ese pago. Y todo esto sin necesidad de dilucidar si la administración pública es un sujeto apto para cometer los desafueros que acordes con los planteamientos del impugnador la inhabilitarían para volver por el interés contractual negativo (casación abril 20 de 1938, XLVI, 294/305), o si contratista y asegurador podrían "alegar ignorancia de las disposiciones referentes al servicio público" (S. N. G. septiembre 6 de 1935, XLII, 601). Como tampoco se palpa la fundamentación de la censura por supuesta privación al garante del derecho de oponer las defensas derivadas de la obligación principal, siendo que en instancia se llegó al punto de reconocerle la de nulidad de esta por ausencia de formalidades administrativas en la operación, y que, de otra parte, el derecho de excepción de deudor y de asegurador no va más allá del poder enervante que de por sí tenga el medio empleado.

No proceden, pues, los cargos.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiuno (21) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966), en el juicio ordinario incoado por el Municipio de Ibagué contra Diesel Motor Company Limited y Compañía Granadina de Seguros S. A.

Costas en el recurso a cargo de la sociedad recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

JUICIO ESPECIAL PARA QUE POR EL JUEZ SE OTORGUE UN INSTRUMENTO

En qué consiste la inconsonancia. — La disposición del artículo 1030 del Código Judicial, no es trasladable al juicio especial de que trata el artículo 971 del mismo estatuto. — Exigencias de la causal 1ª de casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 5 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 25 de 29 de mayo de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 3 de diciembre de 1963, en el juicio ordinario seguido por Alicia Moreno de Bobadilla, frente a Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón.

I

Antecedentes

Entre las partes de este juicio habíase ajustado una promesa de contrato en cuya virtud Alicia Moreno de Bobadilla se obligó a vender a Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón, y éstos a comprar a la primera, dos inmuebles situados en la calle 8ª de la ciudad de Neiva, consistentes en un local distinguido en sus puertas de entrada con los números 3-57 y 3-59 y un lote de terreno a continuación del local anteriormente referido comprendidos por los linderos que el documento de la promesa indica, en el que se determinaron el precio pagadero por los prometientes compradores, la forma de su pago y el plazo en el cual debía otorgarse la escritura pública que consumase la compraventa prometida (folios 65 y 66, cuaderno 1).

Con apoyo en tal promesa, Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón, alegando no haberse ella cumplido por parte de Alicia Moreno de Bobadilla, propusieron contra ésta la acción de que trata el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, para que se le requiriese en orden al otorgamiento de la respectiva escritura pública, de acuerdo con el escrito de promesa, y para que en el caso de desobediencia al requerimiento, fuese el acto otorgado por el juez (folios 9 a 11 *ibídem*). Fallada adversamente en el primer grado esa solicitud, a virtud de alzada de los peticionarios fue revocada por providencia del Tribunal de Neiva, que en su lugar resolvió de conformidad con las sobredichas súplicas del libelo de requerimiento (folios 54 a 57 vuelto *ibídem*).

En cumplimiento de este proveído, el juez de primera instancia ordenó requerir a la Moreno de Bobadilla para el efecto indicado (folio 58 vuelto, *ibídem*) y luego, con fundamento en estar acreditada su ocultación, designóle un curador *ad litem,* con quien se surtió la diligencia de tal requerimiento (folios 62 vuelto a 64 *ibídem*).

Así las cosas, atendiendo con lo acordado en la misma diligencia, el curador *ad litem* procedió, mediante la Escritura número 212 de 16 de febrero de 1961, de la Notaría 1ª de Neiva, a vender por parte de Alicia Moreno de Bobadilla, a Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón, los dos referidos inmuebles sobre que había versado la aludida promesa de contrato (folios 67 a 71 *ibídem*).

II

El presente litigio

Con base en estos antecedentes, Alicia Moreno de Bobadilla entabló el presente juicio ordi-

nario contra Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón, en impetración de las siguientes determinaciones:

1ª Que la actora no estaba obligada a suscribir escritura pública de venta de los bienes en referencia, a favor de los demandados, ni podía ser requerida para que suscribiera tal título, ni el juez tenía facultad legal para otorgar semejante instrumento y menos para requerir al curador *ad litem* a efecto de que lo suscribiera en nombre de la nombrada Moreno de Bobadilla, y que, en consecuencia, es nula y sin poder obligatorio para ella la citada Escritura número 212 de 16 de febrero de 1961, por la cual el pretendido curador *ad litem* de la misma dijo transferir a los demandados los susodichos bienes de propiedad de aquélla;

2ª Que los demandados deben restituir a la demandante la posesión material de los mismos bienes; y

3ª Que aquéllos incurrieron en mora de cumplir la promesa de compraventa, y que, en consecuencia, sea ésta declarada resuelta, condenándolos a pagar a la actora los perjuicios que le causaron con tal incumplimiento.

Subsidiariamente solicitó declaraciones y condenas que en sustancia, son reiteración de las súplicas principales, pues que versan sobre la carencia de facultades, así en el juzgado que conoció del juicio de apremio, para designar curador *ad litem* a la actora, como en el mismo curador para otorgar la venta de que trata la Escritura número 212 de 16 de febrero de 1961; sobre nulidad absoluta de la misma escritura; y sobre que el registro de la hijuela que se le hizo a la actora en la sucesión de Carmen Alvira Tavera no quedó cancelado por el de la Escritura número 212, siendo, por lo tanto, Alicia Moreno de Bobadilla la actual propietaria de los bienes, los que deben serle restituidos materialmente por los demandados.

En su contestación éstos negaron la mayor parte de los hechos alegados por la actora, se opusieron a todas las súplicas de la demanda y propusieron la excepción de cosa juzgada.

Además, adujeron contra la actora libelo de reconvención, para que se le condenase, por incumplimiento de sus obligaciones, a pagar a los reconvinientes la cantidad de $ 10.000.00, valor de la cláusula penal estipulada en la promesa de compraventa, y también a pagarles la cantidad de $ 19.200.00 valor del arrendamiento del local que ella prometió venderles y debía entregarles, el 2 de agosto de 1959, obligación que no cumplió. Esta demanda de mutua petición fue replicada por la reconvenida, quien negó en su mayoría los hechos allí afirmados y se opuso a sus pretensiones.

Con producción de pruebas de uno y otro lado, tramitóse la primera instancia, a que recayó fallo por el cual, considerando imprósperas las pretensiones de ambas partes, el juzgador "se abstiene de acceder, sin costas para ninguna de las partes, a las súplicas contenidas tanto en la demanda principal como en la de reconvención"; y apelado este pronunciamiento por la demandante y los demandados, fue confirmado "en todas sus partes" por la sentencia del Tribunal de Neiva, de 3 de diciembre de 1963, de que se ocupa ahora la Corte, a virtud del recurso de casación interpuesto por la actora.

III

Consideraciones de la sentencia recurrida

Luego de reproducir *in integrum* el fallo del *a quo,* procede el Tribunal a verificar si la sentencia recaída en el juicio de apremio, proferida por el Tribunal y ejecutoriada el 25 de noviembre de 1960, hizo tránsito a cosa juzgada, o si por el contrario podría revisarse en juicio ordinario. A este propósito y refiriéndose al argumento de la actora sobre que la procedencia de la acción se deriva del artículo 1030 del Código Judicial en relación con el 990 de la misma obra, afirma el sentenciador lo siguiente: "El artículo 473 dice en su inciso 2º: 'Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley'. Nada dice ella de la viabilidad de esta acción ordinaria ante una sentencia ejecutoriada que se haya ventilado por el procedimiento del Título XXXI del Código Judicial. Luego, al no disponerlo expresamente la ley en este caso, la sentencia que finalice este procedimiento tiene autoridad de cosa juzgada material". Y en apoyo de esta conclusión, se remite a la doctrina de la Corte sentada en sentencia de casación civil de 27 de marzo de 1958.

Pasando luego a ocuparse de la petición subsidiaria sobre declaración de nulidad de la escritura otorgada por el curador *ad litem* de Alicia Moreno de Bobadilla, nulidad que la actora ha pretendido deducir de diversas causas, hace el sentenciador las siguientes observaciones:

Que en lo relativo al procedimiento seguido en la designación de curador *ad litem* a la señora

Moreno de Bobadilla a efecto del requerimiento para que otorgase la escritura de venta a los triunfadores en el juicio especial, nada tiene que decir el Tribunal, por tratarse de actuaciones que tuvieron lugar en un juicio diferente, que no es revisable por la vía ordinaria y sin que las nulidades procedimentales que hubieran podido ocurrir en él sean susceptibles de declaración en otro juicio;

Que, aunque el juez en la acción de apremio incurrió en superfluidad al nombrar curador *ad litem* a quien estaba representada por mandatario, punto no revisable ahora, es lo cierto que para la facción de la Escritura número 212 sí se cumplió el requisito del artículo 2595 del Código Civil en lo referente a la individualización de los otorgantes o de sus representantes, y en tal acto notarial la otorgante estuvo apersonada por su representante legal, cuya investidura emanaba de una actuación judicial firme, no sujeta a ulteriores revisiones;

Que en lo tocante a los reparos formulados por la actora sobre variación sustancial del texto de la promesa al traducirse ésta por el curador a escritura pública, en detrimento de aquélla y excediendo las ordenaciones del fallo, se tiene que nada de ello ocurrió, siendo explicable que la redacción de la cláusula relativa a la forma de pago no se ajustase ceñidamente a lo pactado, por cuanto habían ocurrido hechos que modifican el acuerdo contractual en razón de pagos parciales y de gastos inherentes al otorgamiento de la escritura; y

Que el reparo de que los bienes objeto del contrato contenido en la Escritura número 212 de 16 de febrero de 1961, se hallaban embargados cuando ella se registró, es improcedente porque, en el caso, "los bienes estaban trabados en juicio ejecutivo que adelantaban Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón contra Alicia Moreno de Bobadilla, quienes desistieron de los juicios acumulados precisamente para hacer posible el registro de la escritura, dando así muy clara expresión de su consentimiento".

Por último, en cuanto a los pedimentos de la demanda de reconvención, el Tribunal estimó que debían desecharse, porque el relativo al cobro de la cláusula penal ya había sido denegado en el juicio especial de apremio, cuya decisión no es revisable; y el referente al pago del valor del arrendamiento del local prometido en venta, no ofrece razón que lo justifique, porque entre las partes no existió contrato alguno de arrendamiento, ni en el de promesa se pactó que, en caso de mora y a título de perjuicios, se indemnizase con un valor igual al que se probara que podía devengar el local arrendado.

Es así como concluyó la sentencia, objeto de este recurso, diciendo que "En atención a las anteriores observaciones y a las muy juiciosas y jurídicas del *a quo*, que el Tribunal Superior las encuentra ajustadas a derecho", "*confirma* en todas sus partes" la decisión apelada.

IV

El recurso extraordinario

El libelo de casación —contestado en oportunidad por la parte opositora— dice proponer contra el pronunciamiento del Tribunal dos cargos por la causal primera y uno por la segunda, el último de los cuales se estudiará en primer lugar por razón de orden lógico.

Cargo por la causal segunda. Está formulado así: "La sentencia no resolvió en ninguna forma la petición tercera principal de la demanda por la cual se pedía que se declarara que Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón incurrieron en mora de cumplir lo pactado en la promesa de compraventa celebrada entre ellos por una parte y Alicia Moreno de Bobadilla por otra el dos de junio de 1959, en Neiva, promesa que obra en autos, y que en consecuencia se declarara resuelta dicha promesa y se condenara a los demandados a pagar los perjuicios causados a Alicia Moreno de Bobadilla por el incumplimiento, por parte de ellos, de la promesa mencionada".

Sostiene así el recurso que esta petición era principal y podía demandarse conjunta o separadamente con las otras, como la de revisión de la sentencia de apremio, por lo cual la negativa de la revisión no significaba que hubiera de entenderse negada la acción de perjuicios por mora en el cumplimiento de la promesa.

De donde concluye que la sentencia no tuvo en cuenta las pretensiones oportunamente deducidas por la demandante, dando así lugar a la segunda de las causales de casación.

La Corte considera:

Entiéndese como vicio de inconsonancia la desarmonía por falta de correspondencia entre lo decidido y lo litigado. Constituyéndose la materia del juicio por las pretensiones de los litigantes que estructuran la acción y la excepción, tiénese que para que frente a las mismas un fallo sea incongruente es preciso que lo que él resuelve caiga en el campo de una de estas tres hipótesis,

a saber: que otorgue más de lo pedido por el actor (ultra petita); *que resuelva sobre lo que no fue impetrado por éste* (extra petita); *que omita el decidir, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo* (minima petita). *Y por la naturaleza misma de las cosas, resulta apodíctico que la sentencia totalmente desestimatoria de una demanda repugna la tacha de incongruencia, porque precisamente la denegación de sus pretensiones es uno de los extremos a que se somete el litigante al poner en movimiento el poder jurisdiccional del Estado, llamado a decidir sobre el mérito de las mismas.*

Es también verdad averiguada en esta materia, la de que la incongruencia ha de encontrarse en lo resolutivo del fallo.

Ahora bien, como está visto en la exposición del litigio, el juez de primera instancia desestimó en todo "las súplicas contenidas tanto en la demanda principal como en la de reconvención"; y luego, el Tribunal confirmó "en todas sus partes" la sentencia del inferior.

Siendo ello así, quiere decir que la decisión recurrida, como denegatoria de todas las pretensiones deducidas por las partes en este litigio, no admite la tacha de incongruencia.

El cargo es inane.

Cargos por la causal primera. Bajo este epígrafe el recurso presenta las siguientes censuras:

A. Cuando, tratándose de la ejecución del hecho debido, dispone el inciso 3º del artículo 990 del Código Judicial que si el acreedor lo prefiere puede solicitar que el hecho se ejecute por un tercero, siguiendo el procedimiento especial señalado en los artículos 971 a 974 *ibídem*, ello demuestra que éste no es sino "un trámite dentro del juicio ejecutivo", de cuyas características participa. Vale decir que la ejecución por el hecho debido es un caso que se comprende dentro del juicio ejecutivo. Entonces, se impone como conclusión lógica, la de que las normas de éste cobijan a aquél y que, por lo tanto, el precepto del artículo 1030 *ibídem* es aplicable a la sentencia que pone fin a la acción en el dicho procedimiento especial, la que "equivale a la de pregón y remate, o en su caso a la de excepciones, pues en donde hay la misma razón debe haber la misma disposición". Y "no hay ninguna razón para que la sentencia en ese procedimiento especial no sea revisable en juicio ordinario, como es revisable la sentencia cuando se trata de las obligaciones de pagar una suma de dinero, de entregar una especie o cuerpo cierto, o de entregar especies indeterminadas de un género. Pues no se ve el motivo para declarar que una de esas obligaciones o de esos tipos de obligaciones, es excepcional y privilegiado".

De donde concluye la acusación así: "Por consiguiente, la sentencia al negar la revisión solicitada violó por no haberla aplicado, en virtud de una interpretación errónea del artículo 990 del Código Judicial y de la Ley 66 de 1945 artículo 1º, la norma contenida en el artículo 1030 del Código Judicial, que es ley sustantiva".

B. El planteamiento de esta última censura está reducido a expresos que, al negarse el Tribunal a declarar la invalidez de la Escritura número 212 de 16 de febrero de 1961, otorgada en la Notaría de Neiva, por la cual el doctor Guillermo Pinedo Ramos dijo vender el derecho de dominio que Alicia Moreno de Bobadilla tiene en los inmuebles especificados en tal escritura, "no tuvo en cuenta y por consiguiente no aplicó el inciso segundo del artículo 318 del Código Judicial, que es norma sustantiva en cuanto regula la representación del demandado. Dicho inciso dice: 'Es válida la actuación en que intervenga curador por ignorarse la existencia del apoderado'. Lo que está diciendo que la actuación en que interviene curador no ignorándose la existencia del apoderado, no es válida y por consiguiente es nula, y no tiene capacidad de obligar al demandado". Ello atañe a normas de orden público que son garantía de derechos individuales. De manera que en el caso se negó la declaración de invalidez de la mencionada escritura, "con el pretexto de que no podía revisarse actuaciones de otro juicio, de lo cual no se trataba, pues lo que se atacaba era el contrato escriturario otorgado por una persona carente del derecho de representar a la persona, en cuya representación dijo actuar. La actuación del juicio de apremio podía ser o no ser revisable, pero ello no significaba que el contrato celebrado por el doctor Pinedo Ramos fuera válido, ya que su título de representante no emanaba de fuente legal, sino de una grave contravención a la ley".

La Corte considera:

Primero. Si la censura aducida bajo la letra "A" no tuviera que ser desechada de plano, en cuanto la cita del artículo 1030 del Código Judicial, como única disposición vulnerada, no serviría para integrar cargo en forma, sin la indispensable referencia de los preceptos de derecho sustancial que consecuencialmente hubiesen sido infringidos, es lo cierto que aún en la hipótesis de que el reparo mereciese atención tendría que ser rechazado por improcedente.

En efecto, la acusación se basa exclusivamente en que el Tribunal violó el artículo 1030 del Código Judicial, al denegar la revisión de la sentencia que puso fin al juicio especial seguido por Adán Rendón Gallo y Hermelinda Cortés de Rendón contra Alicia Moreno de Bobadilla, para que ésta fuese requerida a otorgar en favor de aquéllos la escritura pública de la compraventa prometida y para que, si así no lo hiciera en el plazo respectivo, la otorgase en su lugar el juez.

Pero el mencionado *artículo 1030, según el cual "la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria", es un texto peculiar del juicio ejecutivo común, motivo por el cual y dado su carácter exceptivo de la cosa juzgada material, no admite aplicación por analogía a casos no comprendidos en la misma norma:* exceptiones sunt strictissimae interpretationis. *Aserción que esfuerza el artículo 473* ibídem, *cuando, luego de sentar el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, enseña que "entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial,* cuando así lo disponga la ley" *(se subraya); y en ninguna de estas hipótesis se encuentra colocada la acción que se debate. Quiere, pues, decir que la disposición del sobredicho artículo 1030 no es trasladable al juicio especial sobre autorización para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor, de que trata el Título XXXI del Código Judicial y del que hace parte el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, normativo éste de la hipótesis de que el hecho debido consista en "la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación". Porque este juicio y el ejecutivo común (Título XXX* ibídem*), no obstante ser ambos de naturaleza compulsiva, son dos juicios distintos, de modo que lo consagrado como excepcional para el uno no puede extenderse por el intérprete al otro; y porque si esa hubiera sido la intención del legislador, éste lo habría dispuesto expresamente, cual lo prescribió para el juicio especial de venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados (Título XLII* ibídem*), al determinar en el artículo 1197 que "son aplicables a este juicio las disposiciones sobre el ejecutivo, en cuanto no se opongan a su naturaleza especial".*

En este sentido hubo de decir la Corte en sentencia de casación de 27 de marzo de 1958, a que con plena razón se remite el Tribunal, lo siguiente: "... la aplicación por analogía es de todo punto inadmisible en materia de textos que regulan casos de excepción, porque entonces se busca incluir en la norma excepcional supuestos de hecho claramente situados fuera de su órbita ...

"Si en conformidad con doctrina de la Corte es revisable por vía ordinaria la sentencia pronunciada en juicio especial hipotecario, el punto de apoyo es claro para la incidencia de la interpretación extensiva de la norma, puesto que si el artículo 1197 del Código Judicial hace aplicables a ese juicio las disposiciones sobre el ejecutivo, y dentro de éstas se encuentra el 1030 que expresamente excluye de la cosa juzgada las sentencias de excepciones y de pregón y remate y las hace revisables por la vía ordinaria, no puede haber duda acerca de que en forma implícita, pero notoriamente clara, la regulación excepcional comprende la sentencia que se dicte en el juicio de venta de los bienes hipotecados.

"Pero habría que emplear el inadmisible criterio de analogía para sostener que es revisable en juicio ordinario la sentencia proferida en el procedimiento para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas. No existe para el caso ningún texto que permita interpretación extensiva, equiparable al que rige dentro del juicio hipotecario" (LXXXVII, páginas 507 y 508).

Segundo. Por lo que hace a la censura presentada bajo la letra "B", se observa que pretende descansar toda sobre el quebranto por falta de aplicación, que se alega, del artículo 318 del Código Judicial en cuanto dispone que "es válida la actuación en que intervenga curador por ignorarse la existencia del apoderado", texto cuya infracción se hace derivar de haberse denegado la súplica de invalidez de la Escritura número 212 de 16 de febrero de 1961, mediante la cual el curador *ad litem* de Alicia Moreno de Bobadilla vendió a los prometientes compradores Rendón Gallo y Cortés de Rendón los bienes de que allí se trata.

Aparte que el cargo, en la hipótesis de que fuera viable, tendría que haber sido propuesto, no por falta de aplicación, sino por indebida aplicación del precepto procesal de que se trata, ya que el Tribunal tuvo por válido el contrato consignado en la mencionada escritura, es lo cierto que la censura carece de forma que la haga atendible en casación.

Porque, dada la naturaleza de la causal primera de este recurso extraordinario, en cuya virtud se abre el campo a la confrontación de la sentencia acusada con las normas de derecho sustancial que se pretendan infringidas, ya directa-

mente o sea con independencia de error en la ponderación de los medios probatorios, ya indirectamente a causa de yerros de hecho o de derecho en la apreciación de los mismos medios, es indispensable que el recurrente cite los preceptos sustanciales que considere violados, indicando el sentido del supuesto quebranto. De donde resulta que, cuando el derecho de esta especie, cuya infracción se alega, depende no de una norma aislada sino de la conjunción o engranaje de varias, es preciso que se determinen todas éstas de modo que su relación constituya una proposición jurídica completa.

También es verdad averiguada, que "sólo es sustancial la norma declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo, en cuya virtud el titular activo de la relación respectiva está investido de poder jurídico para hacer valer la situación a su favor que esa norma consagra" y que "es así, en orden al reconocimiento, tutela y eficacia de los derechos de tal especie, como se encuentran establecidos los procesos y el sistema probatorio, cuyas reglas en cuanto se limitan a este servicio tienen apenas un carácter instrumental, a diferencia de los preceptos sustanciales que llevan en sí su propio fin, esto es la consagración de los llamados derechos subjetivos" (providencia Sala de Casación Civil, 15 de abril de 1966, en juicio de Francisco Eladio Ramírez, contra Luis E. Quintana A., aún no publicada en la *Gaceta Judicial*).

Ahora bien: El intento de acusación que en este punto se contempla no satisface tales requisitos. Tratándose de censurar la decisión denegatoria del pedimento de declaración de nulidad del referido contrato de venta, por defecto de personería en la parte vendedora, el acusante estaba obligado a plantear el ataque con la relación en debida forma de los preceptos de la ley sustancial rectores de semejante materia, que en su concepto hubieran sido violados. Pero nada de esto hizo, sino que dejando desmantelado el cargo, se limitó a fundarlo en un texto legal tocante, no con la personería civil, sino con la representación en juicio o *legitimatio ad processum*, impotente, por sí solo, para obrar con eficacia en este aspecto del recurso.

No prosperan, pues, los reparos.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de diciembre 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, Enrique López de la Pava, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández, Arturo C. Posada, Conjuez.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

CONTRATOS

Cuándo puede ser motivo de casación la interpretación de un contrato hecha por el Tribunal. — En la compraventa de inmuebles es obligación del vendedor efectuar la tradición de la cosa vendida.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., junio 10 de 1968.

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

Antecedentes

1. Por hijuela que se expidió en el juicio mortuorio de Telésforo González y que fue inscrita el 17 de noviembre de 1927, se adjudicaron a la cónyuge sobreviviente Tulia Arévalo de González, a título de gananciales, varios bienes, entre los cuales figuran "los derechos y acciones equivalentes a la duodécima parte del terreno denominado 'Plano de las Manas', 'Calderas' o 'Corinto' y hoy 'La Trinidad', ubicado en jurisdicción de Usme, que se hallan en común y proindiviso con los demás partícipes en él", y cuyos linderos generales se indican en la misma hijuela.

2. Por la Escritura número 3220, extendida en la Notaría Segunda de Bogotá el nueve de septiembre de 1920, la nombrada señora Tulia Arévalo y su segundo marido Arcesio Arévalo transfirieron, a título de venta, a Pedro Eslava "los derechos y acciones equivalentes a la duodécima parte del terreno denominado 'Plano de las Manas', 'Calderas' o 'Corinto' y hoy 'La Trinidad', ubicado en jurisdicción de Usme, que se hallan en común y proindiviso con los demás partícipes en él" y cuyos linderos generales se expresan en el mismo instrumento. Los vendedores declararon quedar "obligados a ratificar esta venta tan pronto como obtengan la respectiva licencia judicial".

3. Por la Escritura número 4334, corrida ante el Notario Primero de Bogotá el 28 de noviembre de 1952, se hizo constar: primero, que la exponente Tulia Barbosa es la misma persona que ha sido conocida con el nombre de Tulia Arévalo viuda de González; que esta señora recibió en adjudicación, dentro de la mortuoria de su primer marido Telésforo González, un derecho o cuota parte indivisa equivalente a la duodécima parte de un predio ubicado en jurisdicción de Usme y llamado "Plano o Llano de las Manas", "Corinto", "Calderas" o "Trinidad"; que tanto el causante González y su esposa Tulia Arévalo como luego ésta y los herederos del primero ejercieron la posesión sobre una extensa zona de terreno comprendida dentro de los linderos generales del referido predio de "Plano o Llano de las Manas", zona que se ha considerado como equivalente a los derechos que en tal fundo tenía la sucesión nombrada. Segundo, que por las Escrituras números 2230 y 2518, extendidas en la Notaría Tercera de Bogotá, el 24 de agosto y el 21 de septiembre de 1951, respectivamente, la misma Tulia Arévalo o Barbosa vendió a Prudencio Tolosa, José Salomón, José Telésforo y Demetrio González el derecho de duodécima parte que le había sido adjudicado en el fundo "Plano o Llano de las Manas", así: la mitad de ese derecho para Tolosa, un cuarto del mismo para José Salomón González y el otro cuarto, por partes iguales, para José Telésforo y Demetrio González, y que la propia vendedora Arévalo aclara y ratifica la venta hecha a José Salomón por la citada Escritura número 2230. Tercero, que los mentados José Salomón, José Telésforo y Demetrio González, transfieren, a título de permuta, a Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya Monroy, por iguales partes, la mitad del derecho de duodécima parte que les corresponde y tienen en la finca llamada "Plano o Llano de las Manas", mitad que está especialmente vinculada a dos lotes de terreno que hacen parte del mismo

fundo, que tienen el uno 205 fanegadas y el otro 90 fanegadas y que se distinguen por los linderos que allí mismo se expresan; que esta mitad del derecho mencionado la hubieron por compra hecha a Tulia Arévalo o Barbosa, de acuerdo con las escrituras que se han indicado; que los permutantes González se opligan a iniciar dentro del plazo máximo de seis meses y a ventilar a sus expensas el juicio de división de la comunidad existente sobre el predio "Plano o Llano de las Manas", o el juicio de pertenencia sobre los dos lotes de terreno en que está radicada la mitad del derecho que transfieren, y que "harán inmediatamente entrega real y material a los permutantes Ruiz y Olaya y los pondrán en posesión de los lotes atrás alinderados". Cuarto, que en cambio de la mitad del derecho que reciben, los contratantes Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya transfieren, al mismo título de permuta, a los señores José Salomón, José Telésforo y Demetrio González, en la proporción de la mitad para el primero y de sendas cuartas partes para los otros dos, el derecho de dominio que tienen sobre tres lotes de terreno ubicados en el barrio de Las Cruces o San Isidro, del área urbana de esta ciudad de Bogotá, lotes que tienen los linderos que allí se especifican; que sobre estos lotes existe una hipoteca por valor de $ 5.000.00 a favor de Arturo Jiménez, gravamen que los señores Ruiz y Olaya se obligan a cancelar en el término de seis meses; que estos mismos permutantes "han recibido a su satisfacción los lotes y mejoras que los permutantes González B. les transfieren", y que las partes contratantes aprecian en $ 20.000.00 el valor de los bienes que cada una de ellas transmite a la otra.

El litigio

El 10 de junio de 1955 los señores Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya Monroy demandaron ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá a los señores Tulia Arévalo o Barbosa, José Salomón, José Telésforo y Demetrio González para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que los demandados no han dado cumplimiento a sus obligaciones.

"Segunda. Que debe quedar resuelto el contrato de permuta celebrado con mis poderdantes y a que se refiere la Escritura número 4334, de 28 de noviembre de 1952, de la Notaría Primera de Bogotá.

"Tercera. Que las cosas deben volver al estado en que antes se hallaban y los demandados deben restituir a mis poderdantes las fincas entregadas a ellos por éstos, libres de ventas, embargos, demandas, hipotecas, etc., provenientes de actos o contratos celebrados por los demandados.

"Cuarta. Que deben cancelarse tanto el contrato de permuta citado como los respectivos registros.

"Quinta. Que los demandados deben pagar el valor de los perjuicios sufridos por mis poderdantes y el valor de las costas del juicio.

"Sexta. Que los demandados han obrado de mala fe y así deben ser considerados para todos los efectos legales".

Los hechos de la demanda se refieren a la celebración del contrato de permuta que se consignó en la Escritura número 4334 de 28 de noviembre de 1952, recuerdan las declaraciones hechas allí por la señora Tulia Arévalo o Barbosa, la transferencia de medio derecho de duodécima parte que los demandados González les hicieron a los actores, las obligaciones que los mismos González contrajeron y otros pormenores de dicho contrato, y agregan en seguida: "Posteriormente a esa escritura vinieron a enterarse mis poderdantes de que los señores González tenían arrendadas la mayor parte de las fincas ofrecidas o que aparecen entregando a otras personas que todavía las ocupan y que alegan la propiedad de las mejoras que respectivamente ocupan los arrendatarios".

Los últimos hechos expresan textualmente:

"Diez. Contra los vendedores o permutantes Tulia Barbosa o Arévalo viuda de González, José Salomón, José Telésforo y Demetrio González, por razón de ese contrato y de otras ventas que habían ya hecho a otras personas, existe o cursa un sumario por falsedad y estafa, que fue dado por los señores, doctor Manuel Cubides Romero y Mauricio Londoño, sumario que cursa en el Juzgado Octavo Superior de este Distrito Judicial y por el cual se hallan detenidos los actuales demandados.

"Once. Contra mis poderdantes y otros promovieron juicio ordinario los citados, doctor Manuel Cubides Romero y Mauricio Londoño, quienes alegan ser dueños exlusivos de la mayor parte de la finca y que en esa mayor parte quedan incluidas las tierras ofrecidas o dadas a mis poderdantes, y hacen otras afirmaciones entre las cuales me llaman la atención estas que aparecen demostradas:

"Primera, que Tulia Arévalo o Barbosa de González le vendió toda su cuota parte a Pedro Eslava, por Escritura número 3220 de 9 de septiembre de 1929;

"Segunda, que, a pesar de eso y de estar vigente la citada venta, hicieron otras ventas a otros;

"Tercera, que por Escritura número 1411 de 22 de julio de 1953, de la Notaría 6ª de Bogotá, todos ellos —los actuales demandados— reconocieron o confesaron no tener nada, pues ya habían vendido a Pedro Eslava. Luego nada vendieron o permutaron a mis clientes.

"Doce. Mis clientes también se consideran engañados porque, aun en el supuesto de haber recibido algo, fue mucho menor de lo que les mostraron y prometieron ante numerosos testigos honorables.

"Trece. Los demandados no han seguido el juicio a que quedaron obligados, ni han levantado o hecho levantar el plano convenido.

"Catorce. Los demandados tenían arrendadas las tierras a otras personas que no las han querido desocupar, alegando mejoras y otras cosas.

"Quince. Por razón del contrato cuya resolución se busca hoy, mis poderdantes han sufrido muy graves perjuicios".

De los demandados sólo el señor Salomón González presentó un memorial en que afirma que los demandantes Ruiz y Olaya propusieron y ventilaron antes un juicio de entrega de las tierras en que están radicados los derechos que les fueron transferidos y que en tal juicio se ordenó y llevó a cabo esa entrega, quedando así completamente terminado el negocio que reza la Escritura número 4334.

Dice además, que fueron los mismos Ruiz y Olaya quienes incumplieron el contrato, pues que no pagaron el crédito hipotecario de Arturo Jiménez y que éste promovió por ello un juicio ejecutivo.

La primera instancia del negocio culminó con la sentencia de 19 de mayo de 1961, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la parte actora.

La sentencia acusada

Surtido el segundo grado por apelación de la misma parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, profirió la sentencia de 30 de octubre de 1962, por la cual se revocó la decisión apelada y en su lugar se dispuso:

"1º Declarar resuelto el contrato de permuta celebrado por José Salomón, José Telésforo y Demetrio González con Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya, contenido en la Escritura número cuatro mil trescientos treinta y cuatro (4334), otorgada el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

"Queda vigente la ratificación hecha por Tulia Arévalo o Barbosa viuda de González, hoy de Arévalo, a favor de los mencionados señores González, en el instrumento precitado.

"Cancélese el registro del contrato de permuta referido y tómese nota de la presente sentencia al margen de la matriz de dicha escritura.

"2º Condénase a los demandados José Salomón, José Telésforo y Demetrio González a restituir a los demandantes Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya los bienes que de éstos recibieron, identificados por las lindes expresadas en el nombrado instrumento público. Y a éstos a restituir a aquéllos las cosas que de ellos recibieron, identificadas por las lindes contenidas en la precitada escritura pública.

"3º Condénase a los demandados González a pagar a los demandantes los perjuicios que les causaron por el incumplimiento de las obligaciones que aquéllos asumieron en el contrato de permuta. Regúlense por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"4º Condénase a los demandados González a pagar a los demandantes las costas de la primera instancia del juicio. Sin costas en la segunda.

"5º Absuélvase a la demandada Tulia Arévalo o Barbosa viuda de González, hoy de Arévalo, de los cargos que se le formularon en la demanda.

"6º Cancélese la inscripción de la demanda".

La motivación de la sentencia expone las obligaciones que los litigantes contrajeron por el contrato de permuta que se consignó en la Escritura número 4334, de 28 de noviembre de 1952, y que es objeto de la acción resolutoria que en este juicio se ventila; alude a los fundamentos del fallo de primera instancia y recuerda que la señora Tulia Arévalo o Barbosa le vendió a Pedro Eslava por Escritura número 3220, de nueve de septiembre de 1929, los mismos derechos que más tarde transfirió a los demandados González por

las Escrituras números 2230 y 2518, de 24 de agosto y de 21 de septiembre de 1951, respectivamente, y que los dichos González permutaron luego con los demandantes Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya.

Hechas estas anotaciones, la sentencia continúa exponiendo así sus propios fundamentos:

"Las disposiciones relativas a la compraventa se aplican a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato, considerándose cada permutante como vendedor (artículo 1958). Del contrato de permuta o del de venta nacen obligaciones personales, la principal de las cuales es transferir el dominio (artículo 1849). No es la compraventa, sino la tradición el modo de transferir la propiedad. Para hacerla válidamente se requiere que el tradente tenga la facultad de transmitirla (artículo 740), porque de no ser el verdadero dueño, nada adquiere quien con él contrata, en virtud de la regla de que nadie da lo que no tiene. El vendedor de una finca raíz de que no es dueño, no puede transferir el dominio al comprador y éste no lo adquiere por el mero registro de la escritura de venta.

"La venta de cosa ajena es válida y por ello el vendedor queda obligado a efectuar la tradición, y si no la efectúa, viola las prestaciones nacidas de ese contrato bilateral, y por ende queda sujeto a la acción alternativa consagrada de modo general por el artículo 1546 y por el 1930 en cuanto a la compraventa.

"Y como Tulia nada transfirió a los González, éstos tampoco lo hicieron válidamente a favor de Pablo E. Ruiz y Verónica Olaya.

"A su vez los últimos incumplieron con la obligación de redimir del gravamen hipotecario los lotes que permutaron con aquéllos.

"Mas debe destacarse que quienes primero incurrieron en mora fueron los demandados González, porque, no habiéndose estipulado plazo para la tradición del dominio, ésta debía efectuarse el mismo día del contrato recogido en la Escritura número 4334, por mandato del artículo 1929 del Código Civil.

"La obligación de redimir el gravamen hipotecario podía cumplirse dentro de los seis meses posteriores a la fecha de la permutación. La mora de éstos se produjo al vencimiento de ese plazo.

"Es más, a la fecha de la permutación los González estaban en imposibilidad jurídica de cumplir con la obligación que asumían de hacer la tradición válida de los lotes que dieron en cambio, puesto que fueron adquirentes a *non domino*.

"En presencia de esta imposibilidad y por cuanto los González incurrieron en mora antes que su contraparte, se impone decretar la resolución demandada por los últimos (sic), con fundamento en los textos 1546 y 1930 de nuestro ordenamiento civil".

Por último, haciendo referencia a las prestaciones mutuas que se adeudan las partes, expresa el fallo que las cosas deben volver al estado que tenían al tiempo de celebrar la permuta, que los frutos de los bienes cambiados se compesan y que los González están obligados a pagar perjuicios a los demandantes, perjuicios cuyo valor debe ser regulado al ejecutarse el fallo.

Las conclusiones anteriores no se extienden a la señora Tulia Arévalo o Barbosa, porque ella no fue permutante, y en consecuencia se la debe absolver de los cargos de la demanda.

El recurso de casación

Los tres demandados González interpusieron recurso de casación contra el fallo del Tribunal, pero sólo José Telésforo lo formuló mediante la demanda respectiva.

Con respaldo en la causal primera, este recurrente le hace a la sentencia dos cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo. Consiste en la violación de los artículos 1546, 1610, 1880, 1884, 1894 y 1955 del Código Civil.

Sobre esta censura dice la demanda de casación: "La sentencia del Tribunal de Bogotá que es materia del presente recurso de casación, es violatoria de la ley sustantiva por la interpretación errónea que hace en su motivación de los efectos principales y del alcance de las obligaciones asumidas por los permutantes González en el contrato de permuta expresado en la Escritura número 4334, de 28 de noviembre de 1952, de la Notaría Primera de Bogotá, error de derecho que estimo evidente y flagrante violación de los artículos 1546, 1955, 1880, 1884, 1894 y 1610 del Código Civil".

Continúa el recurso expresando que, fuera de la obligación principal contraída por los permutantes González de transferir y entregar a los demandantes Ruiz y Olaya la mitad de la duodécima parte del derecho de dominio sobre el globo general llamado "Llano o Plano de las Manas", en común con los otros derechos, la sentencia considera también como obligaciones

derivadas de la permuta en mención, con influencia determinante en la resolución del contrato, las relativas a los pactos accesorios que apenas generan obligaciones de hacer y cuyo incumplimiento no da lugar a la acción resolutoria que establecen los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, sino que sólo engendran las acciones personales que consagra el artículo 1610 *ibídem*. Tales pactos son los concernientes a la obligación de promover y ventilar el juicio de división de la comunidad o el de declaración de prescripción adquisitiva del dominio y la de hacer la mensura y el levantamiento del plano de los lotes de terreno en que se radicó el derecho enajenado.

Según el recurso, la sentencia admite que los contratantes Ruiz y Olaya se obligaron a sufragar la mitad de los gastos de mensura de uno de los lotes de terreno, pero sucede que en autos no figura la prueba de que estos señores hubieran cumplido tal pacto. Y en cuanto a la obligación alternativa de promover el juicio de división de la comunidad o de declaración de prescripción adquisitiva del dominio sobre las porciones de terreno enajenadas por los González, hay que aceptar la tesis de que la prueba del incumplimiento de esta obligación corría a cargo de los demandantes y que éstos ninguna demostración adujeron a este respecto.

Además el sentido literal y claro de los referidos pactos accesorios es el de que el objeto de la obligación de entregar no consistía en transferir a los señores Ruiz y Olaya el dominio y la posesión material de las porciones de terreno en que se radicó el derecho cedido, pues que, hallándose ellas en comunidad, sólo por medio de la partición era posible situar y localizar en determinada zona ese derecho abstracto que fue objeto de la permuta. La determinación de esas porciones en el contrato apenas tuvo carácter provisional, desde luego que ella quedó subordinada a las resultas del juicio de partición.

Por otra parte, la obligación alternativa contraída por los González de entregar las zonas de terreno adquiridas por ellos mediante prescripción, aunque fuesen diferentes de las señaladas en el contrato, pone de relieve el error evidente del Tribunal al interpretar el contenido de la obligación principal de los mismos permutantes González, circunscrita a transferir el dominio del derecho cedido por Tulia Barbosa o Arévalo. Nadie ha decidido que los González están imposibilitados para obtener en su favor la declaración judicial de pertenencia sobre las dos porciones de terreno en que se vincularon los derechos que fueron objeto de la permuta.

Segundo cargo. Se hace consistir en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 1546 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias violadas se citan los artículos 632 del Código Judicial y 1759 del Código Civil.

Afirma el recurso que en este proceso figura copia del acta de la diligencia de entrega de unos terrenos a los señores Ruiz y Olaya practicada por el Juez Municipal de Usme, comisionado por el del Circuito de Bogotá, entrega que se hizo en ejecución del fallo proferido en el juicio que sobre cumplimiento de la permuta promovieron los citados señores antes de instaurar la presente acción resolutoria. Esa copia hace plena fe, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 632 del Código Judicial y 1759 del Código Civil. "Pero aceptando —dice el recurso— que tal copia no fuera atendible o estimable por el juzgador dada la forma antiprocesal como fue agregada al proceso, no puede dejarse de tener como una presunción o indicio convincente que, relacionado o conexionado con las demás pruebas del juicio sobre el mismo cumplimiento del contrato por parte de los demandados González, arroja el valor de plena prueba sobre ese extremo litigioso y acerca de la entrega material consiguiente de los terrenos, hecha por los González".

Fuera de esto, en la cláusula quinta de la escritura de permuta dejaron expresado los contratantes Ruiz y Olaya, que "han recibido a su satisfacción los lotes y mejoras que los permutantes les transfieren". Los testimonios de Eduardo Calderón, Cantalicio Torres y Antonio Cruz Camacho, traídos por la parte demandante, no desvirtúan la cláusula transcrita, sino que, por el contrario, confirman la entrega de los terrenos que los González les hicieron a los mismos Ruiz y Olaya. El recurso sostiene que la sentencia no tuvo en cuenta estas pruebas y añade: "Al analizar y estimar en conjunto las citadas pruebas documentales y testimoniales que el Tribunal se abstuvo de tener en cuenta, estoy seguro que la honorable Corte hallará totalmente infundada la conclusión afirmativa del Tribunal de Bogotá, referente al incumplimiento total y definitivo del convenio de permuta litigioso, que lo llevó a acoger y decidir la acción resolutoria del mismo contrato, que hoy no existe en cabeza de los actores, y que, de existir, no está probada en el juicio".

Concluye el recurso diciendo que, de acuerdo con estos razonamientos, la sentencia dejó de aplicar el inciso segundo del artículo 1546 del

Código Civil al no denegar, por carencia de acción, como ha debido hacerlo, las súplicas formuladas en la demanda inicial de este juicio.

Consideraciones de la Corte:

I. La sentencia estimó que el contrato de permuta, al igual que el de compraventa, genera la obligación de transferir el dominio de las cosas permutadas, y, recordando que Tulia Arévalo o Barbosa había vendido en 1929 a Pedro Eslava los derechos que tenía en la comunidad formada sobre el predio llamado "Plano o Llano de las Manas", concluyó que la misma Arévalo o Barbosa nada enajenó en 1951 a los demandados González y que a su turno éstos tampoco pudieron transferir derecho alguno a los permutantes Ruiz y Olaya, desde luego que no habían adquirido ninguno en la comunidad mentada. Por tanto, dichos señores González incumplieron, desde el propio día de la celebración de la permuta, la referida obligación de transferir a los señores Ruiz y Olaya el dominio sobre las porciones de terreno que se especificaron en la Escritura número 4334, de 28 de noviembre de 1952, y ese incumplimiento es por sí sólo bastante para decretar la resolución del sobredicho contrato de permuta. Este razonamiento constituye la base primordial del fallo acusado.

El recurso le atribuye a la sentencia el quebranto de varios preceptos sustanciales por dos causas, la primera de las cuales consiste en la interpretación errónea de los efectos principales del contrato de permuta y del alcance de las obligaciones contraídas por los permutantes González. Dice a este respecto que, de acuerdo con el sentido literal y claro de los pactos accesorios, el objeto de la obligación de entregar no consistió en transferir a los señores Ruiz y Olaya el dominio y la posesión material de las porciones de terreno en que se radicó el derecho cedido, ya que, haciendo ellas parte de un globo mayor, la determinación de las mismas quedó sujeta a las resultas del juicio de partición. Añade que el contenido de la principal obligación contraída por los González se redujo a transferir el derecho adquirido de Tulia Barbosa o Arévalo y que la sentencia erró al entender que tal obligación consistió en transferir el dominio sobre las porciones de terreno en que se radicó aquel derecho.

La Corte tiene establecida la doctrina de que, *en general, es función privativa del juzgador de mérito interpretar un contrato y fijar el alcance de sus cláusulas mediante el descubrimiento de la intención y propósitos de las partes, cuando entre éstas se han suscitado discrepancias sobre su cabal inteligencia o sobre su verdadero objeto, y que esa interpretación puede ser "motivo de casación, con base en el inciso primero del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos o, con base en el inciso segundo del ordinal 1º del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico" (sentencia de marzo 24 de 1955 —LXXIX— 2151, 797).*

Por otra parte, y como también lo ha expuesto la Corte, con respaldo en el artículo 1880 del Código Civil, el contrato de compraventa impone al vendedor, entre otras obligaciones, la de hacer tradición de la cosa vendida, o sea la obligación de transferirle al comprador el dominio de dicha cosa mediante el modo de la tradición (sentencia de septiembre 15 de 1955 —LXXXI— 2157, 133). Este principio es aplicable al contrato de permuta por mandato del artículo 1958 del Código Civil.

Examinado el primer cargo a la luz de estas doctrinas, se concluye que ningún error jurídico cometió la sentencia al atribuirle a la permuta de que en este negocio se trata el afecto de generar la obligación de transferir el dominio sobre los bienes permutados y al sostener que los contratantes González incumplieron esta obligación, desde luego que, habiendo Tulia Arévalo o Barbosa vendido antes su derecho en la comunidad de "Plano o Llano de las Manas", nada tenía ella para transferirles a los citados González, y que, por tanto, éstos tampoco pudieron transferir derecho alguno a los señores Ruiz y Olaya sobre la mentada comunidad, según lo prescrito por el artículo 752 del Código Civil. Fuera de lo cual cabe anotar así mismo que la inscripción de la venta hecha por la nombrada señora Arévalo a los González, no canceló el registro de la enajenación anterior que dicha señora le hizo a Pedro Eslava, como lo dispone el artículo 789 *ibídem*. El fallo se funda en el referido incumplimiento de los González, y el recurso no ha destruido este fundamento, que permanece incólume y que es suficiente para respaldar la misma sentencia.

Arguye también el recurso que el pacto de que los permutantes González debían promover y ventilar por su cuenta el juicio de división de la comunidad o de declaración de pertenencia de las porciones de terreno en que se radicó el

derecho enajenado, revela que la obligación de transferir el dominio quedó sujeta a los resultados de esos juicios. Este argumento deja traslucir la idea de que la obligación sobredicha se subordinó a una condición suspensiva. Sin embargo, en la Escritura número 4334, de 28 de noviembre de 1952, se lee con toda claridad que Tulia Arévalo o Barbosa dijo haber recibido en adjudicación dentro de la mortuoria de su primer marido Telésforo González un derecho de duodécima parte en la comunidad formada sobre el predio llamado "Plano o Llano de las Manas" y que vendió ese derecho a Prudencio Tolosa, José Salomón, José Telésforo y Demetrio González por las Escrituras números 2230 y 2518 de 24 de agosto y de 21 de septiembre de 1951. También aparece en aquel instrumento que los compradores González transfirieron a su vez, a título de permuta, a Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya la mitad del aludido derecho de duodécima parte, y no sólo esto, sino que vincularon ese derecho a un cuerpo cierto, o sea a dos porciones determinadas por linderos particulares, las cuales hacían parte de la comunidad mencionada, y se obligaron a promover la partición de la misma comunidad o a pedir la declaración de pertenencia de las porciones expresadas, con el fin de cumplir así la obligación de saneamiento, amparando a los adquirentes Ruiz y Olaya en el dominio y en la posesión pacífica de los propios lotes de terreno. Ninguna condición aparece allí estipulada, de manera que la transferencia que los González dijeron hacer a los citados Ruiz y Olaya fue un acto puro y simple y no un acto condicional. El argumento en cuestión carece, por tanto, de solidez.

El recurso acusa también la sentencia de violar los artículos 1546 y 1610 del Código Civil, a causa de haber incumplido los demandados González la obligación accesoria de promover la partición de la comunidad o de pedir la declaración de pertenencia de las mentadas porciones de terreno, no obstante que los actores no demostraron ese incumplimiento, debiendo hacerlo, y que tal supuesto incumplimiento no da origen a la acción resolutoria, sino a las acciones que consagra el artículo 1610, citado. Este reparo carece por completo de fundamento. La sentencia enunció en general las obligaciones contraídas por las partes permutantes, incluyendo entre ellas la asumida por los González de pedir la partición o la declaración de pertenencia, pero no hizo ninguna alusión al presunto incumplimiento de esta última obligación para respaldar la resolución del contrato. El fallo se funda exclusivamente en el incumplimiento de la obligación principal de transferir el derecho de dominio sobre los bienes permutados y no en la supuesta inejecución de la obligación de pedir la división de la comunidad o la declaración de pertenencia.

Estas consideraciones demuestran que el primer cargo carece de fundamento.

II. En el segundo cargo se imputa a la sentencia el quebranto del artículo 1546 del Código Civil, a consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas.

Dice el recurso que en autos obra copia auténtica del acta de la diligencia de entrega de unos terrenos a los demandantes Ruiz y Olaya, que esa copia hace plena fe, conforme a lo prescrito por los artículos 632 del Código Judicial y 1759 del Código Civil, y que aunque ella no pudiera ser tenida en cuenta por la forma antiprocesal como se allegó a la litis, tiene por lo menos el valor de un indicio que, en conexión con las demás pruebas, acredita esa entrega de las porciones de terreno a los mismos Ruiz y Olaya. Añade que la sentencia no tuvo en cuenta unos testimonios y la declaración de los propios demandantes, hecha en la escritura de permuta, de haber recibido a su satisfacción los terrenos dichos, cometiendo así un error de hecho.

Este reparo resulta a la vez ineficaz e infundado. Es ineficaz porque, aún en el supuesto de que estuviesen probados los yerros de derecho y de hecho que se denuncian, ello no sería suficiente para destruir el fundamento de la sentencia, consistente en la falta de cumplimiento de la obligación de transferir el dominio de las tierras vendidas. Y es infundado, porque la copia del acta de la diligencia de entrega, como lo anota el fallo, no fue debidamente aducido al proceso y no podía ser tenida en cuenta para ningún efecto probatorio. Si no obstante su informal aducción a la litis, fuera posible admitir esa copia como prueba, aún de carácter indiciario, como lo dice el recurso, sería precisamente para desvirtuar la declaración que los señores Ruiz y Olaya hicieron en la escritura de permuta de haber recibido las porciones de terreno especificadas en el mismo instrumento.

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 treinta de octubre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este jui-

cio ordinario sobre resolución de un contrato promovido por Pablo Emilio Ruiz y Verónica Olaya contra José Salomón, José Telésforo y Demetrio González.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

(Este fallo fue discutido y acordado por la Sala en su sesión del 29 de mayo próximo pasado, como consta en el Acta número 25).

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

PRUEBA INDICIAL

Límite de la autonomía de los Tribunales en su estimación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 14 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Aprobación: Sesión de 7 de junio de 1968, Acta número 29).

Se define el recurso de casación interpuesto por el actor en el presente juicio contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 11 de diciembre de 1965.

Antecedentes

La señora Libia Marín de Salazar citó en juicio ordinario a su cónyuge Camilo A. Salazar y a Blanca Ramírez Londoño, para que previos los ritos legales correspondientes se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es absolutamente simulado el contrato de compraventa celebrado entre Camilo A. Salazar como vendedor y Blanca Ramírez como compradora, que figura en la Escritura número 981, otorgada el 12 de abril de 1962 en la Notaría 3ª de Cali, por medio de la cual el primero dijo vender a la segunda el inmueble determinado en el hecho tercero de la demanda.

"Segunda. Que el dominio del inmueble materia del contrato a que se refiere tal escritura, se declare absolutamente simulado y vuelva al patrimonio de Camilo A. Salazar.

"Tercera. Que se ordenen las restituciones legales por parte de la demandada Blanca Ramírez Londoño a favor del mencionado Salazar, y

"Cuarta. Que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, que haga la cancelación del registro de la Escritura número 981 ya citada, quedando, en consecuencia, vigentes los registros que sobre dicho inmueble estaban a favor de Camilo A. Salazar antes del registro de aquella escritura; y que, en consecuencia, de las anteriores declaraciones se declare que queda vigente el embargo decretado por el señor Juez 4º Civil del Circuito de Cali que le fue comunicado al Registrador por Oficio número 7 del 17 de enero de 1962".

Como hechos fundamentales de la acción se destacan los siguientes:

a) Libia Marín Vergara contrajo matrimonio católico con Camilo A. Salazar el 8 de mayo de 1938 en Manizales; de ese matrimonio se procrearon y viven dos hijas legítimas llamadas Hernelly y Lucy.

b) A petición de Libia Marín de Salazar el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, por auto de 17 de enero de 1962 decretó el embargo preventivo del inmueble que se anota en la demanda.

c) Libia Marín de Salazar presentó demanda de separación de bienes contra su esposo el día 24 de enero de 1962 ante el mismo Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali.

d) El demandado Camilo A. Salazar contestó la demanda el 14 de febrero de 1962.

e) El inmueble objeto del juicio estaba gravado con hipoteca a favor de Alfonso Arboleda por la suma de $ 80.000.00, según consta en la Escritura pública número 3534 de 3 de agosto de 1960 de la Notaría 2ª de Cali.

f) El acreedor hipotecario confirió poder al mismo abogado que estaba representando a Camilo A. Salazar en el juicio de separación de bienes para que "inicie y lleve hasta su terminación el juicio hipotecario contra Camilo A. Salazar con base en la Escritura número 3534, demanda que se presentará tanto por vencimiento

del plazo, como por haber sido el bien hipotecado perseguido en juicio por tercero como aparece del certificado expedido por el registrador".

g) El acreedor hipotecario, Arboleda, presentó la respectiva demanda hipotecaria contra Salazar el 3 de abril de 1962 y allí se solicitó la cancelación inmediata "del embargo que con acción personal obtuvo Libia Marín Vergara de Salazar contra Camilo A. Salazar, mediante el Oficio número 7 de 17 de enero de 1962 que se ha dejado relacionado".

h) El juzgado del conocimiento del juicio hipotecario por auto de 10 de abril de 1962 decretó el embargo del inmueble hipotecado y dispuso que ese embargo "pone fin al decretado por acción personal por el Juez 4º Civil del Circuito en las medidas preventivas de que se ha hablado"; el mismo 10 de abril se libró el Oficio número 169 al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

i) El 12 de abril de 1962 Camilo A. Salazar notificado ya de la demanda de separación de bienes y sabedor del embargo del inmueble de que se habla otorgó escritura de venta del dicho inmueble a Blanca Ramírez Londoño, la cual se hizo constar en la Escritura número 981; al día siguiente, es decir, el 13 de abril de 1962, Camilo A. Salazar se notificó de la demanda hipotecaria, habiendo recibido el traslado legal pertinente; y ese mismo día el demandante en el juicio hipotecario, su apoderado y el demandado presentaron petición conjunta al juzgado para que "declare terminado el juicio por pago efectivo de las obligaciones demandadas" y que "se ordene el desembargo del inmueble embargado".

j) "La petición de que habla el hecho anterior apenas fue acogida por auto de fecha 24 de abril de 1962 aceptando el desistimiento y ordenando la cancelación del embargo comunicado por el Oficio número 199 de 10 de abril de 1962. Esta orden se comunicó al registrador por oficio de fecha 26 de abril de dicho año; el mismo 13 de abril los contratantes de la compraventa mencionada anteriormente, obtuvieron que el juzgado del conocimiento del juicio hipotecario dirigiera el Oficio número 207 de fecha 13 de abril de 1962 al registrador de Cali comunicándole que 'por auto de fecha de hoy se decretó la cancelación del embargo que le fue comunicado a usted por Oficio número 199 de 10 de los corrientes. En consecuencia, ruégole cancelarlo' ".

k) "El 13 de abril de 1962 el juzgado del conocimiento del juicio hipotecario no dictó el auto a que se acaba de hacer referencia, ni ningún otro en dicho juicio".

l) El mismo 13 de abril se canceló por el registrador el embargo decretado en el juicio hipotecario y al día siguiente, o sea el 14 de abril se registró la Escritura número 981 otorgada apenas dos días antes. "Habiendo obtenido los contratantes o alguno de ellos, este registro y la copia respectiva de la escritura en tiempo récord que no es el normal u ordinario para obtener dicha copia en la Notaría, ni para obtener dicho registro en la Oficina de Registro de Cali".

ll) Los demandados Camilo A. Salazar y Blanca Ramírez Londoño hacen vida marital desde hace muchos años y de esta unión extramatrimonial han nacido y viven dos varones llamados Jaime y Hernando Javier Ramírez y una niña de pocos meses, reconocidos todos estos por aquél como sus hijos naturales.

m) Salazar ha tratado y presentado siempre a Blanca Ramírez y a sus hijos naturales como a su esposa e hijos legítimos a sus familiares y amigos de él.

n) "Salazar sostiene del todo, pagándole casa, alimentación, vestuario y todos los gastos necesarios a su subsistencia, inclusive gastos de educación para los hijos en edad escolar, a Blanca y a los hijos de ésta".

ñ) Blanca Ramírez Londoño no ha tenido solvencia económica que le hubiera permitido pagar de contado la suma de $ 80.000.00 de que habla la Escritura número 981 y al otorgarse ésta no hubo intención ni consentimiento alguno por parte del vendedor de transferir el dominio, ni tal vendedor recibió precio alguno, y, por parte de la pretensa compradora no hubo intención ni consentimiento alguno de adquirir el dominio, ni de pagar precio alguno, pues el precio que figura en la escritura dicha no es real ni efectivo, y, en todo caso, es muy inferior al verdadero y comercial del referido inmueble.

o) La verdadera intención de los contratantes fue la de sacar aparente y simuladamente del patrimonio del vendedor y por tanto del patrimonio de la sociedad conyugal Salazar-Marín, el inmueble mencionado, "para que éste no llegue a engrosar la masa partible al disponerse la distribución respectiva decretada que fuese la separación de bienes de que se habla, defraudando así los derechos de la cónyuge y los fines de la ley".

p) Blanca Ramírez Londoño no ha ejercido actos de administración ni acto alguno a que da derecho el dominio.

q) Salazar adquirió el inmueble sobre que versa el juicio conforme a adjudicación que se le hizo en la sucesión de Eliseo Mejía y la construcción fue levantada a sus expensas, según se deduce de la Escritura número 5293 de 20 de octubre de 1959.

En la contestación de la demanda Salazar se opone a que se hagan las declaraciones impetradas por el actor; admite el apoderado que Salazar ya estaba enterado de la demanda hipotecaria promovida por Arboleda y que precisamente para arbitrar medios económicos y poder pagar, necesitaba vender el bien hipotecado.

Acepta, así mismo, que Salazar y Blanca Ramírez hacían vida marital en la forma anotada en la demanda; acepta también que Salazar provee a los gastos de Blanca y de los niños a que se refiere el hecho 22 de la demanda y agrega: "ese hecho acredita simplemente que el señor Salazar es un hombre responsable, que cumple con los deberes de padre con sus hijos tanto legítimos como naturales".

Declara que Blanca Ramírez sí tiene solvencia económica ... los $ 80.000.00 que pagó de contado los hubo en la siguiente forma: tenía $ 20.000.00 en dinero; quien suscribe este memorial le facilitó $ 40.000.00 con garantía hipotecaria sobre el mismo edificio objeto de la compraventa, según consta en la Escritura pública número 1217 de 27 de abril de 1962, otorgada en la Notaría 3ª de Cali; y los otros $ 20.000.00 los obtuvo en otros préstamos. En los bancos de Cali reposan los cheques correspondientes a ese pago de $ 80.000.00.

El juez *a quo* pronunció fallo estimatorio que recurrido por la parte actora fue revocado por el Tribunal en todas sus partes en la sentencia objeto del presente recurso extraordinario.

El fallo acusado

El Tribunal principia por reconocer que Libia Marín de Salazar tiene interés jurídico para demandar la simulación absoluta del contrato de compraventa de que se ha venido hablando, proposición que sustenta en varias consideraciones doctrinarias, con citas jurisprudenciales al respecto.

Luego entra el fallador a estudiar los diversos indicios en el orden expuesto en la demanda, que señala en varios numerales de los cuales merecen destacarse los siguientes que dicen relación al ataque formulado por el recurrente.

El Tribunal declara que no constituye indicio el hecho de que un mismo abogado hubiera actuado como apoderado de Salazar en el juicio de separación de bienes promovido por Libia Marín y al mismo tiempo en el juicio hipotecario que Alfonso Arboleda le promovió a Camilo Salazar, pues considera que el dicho apoderado "podía lícitamente actuar como representante de Salazar en uno y otro proceso, pues no hay propiamente oposición entre ellos ... no es dable por tanto, extraer de la situación que se ha descrito, como indicio grave y preciso como antecedente del acto simulatorio. El indicio tal como aparece, es falaz y propenso a demostrar varias alternativas, tan pronto tiende a acreditar un principio de convenio ilícito, como un negocio correcto y serio".

El Tribunal declara que no configura un indicio de simulación el hecho de que el juez que conoció del juicio hipotecario, al levantar el embargo del juicio de separación para darle prevalencia al decretado con acción real, hubiera aplicado erróneamente el artículo 1198 del Código Judicial.

Dice el fallador: "No hay error de parte del juez cuando en su decisión reconoce el valor prevalente de un embargo con acción real sobre uno anterior cumplido con base en una acción personal carente de preferencia. Tal decisión no comporta error alguno, sino la adecuada aplicación del artículo 1198 del Código Judicial".

Bajo la letra d) expone como hecho indicial anotado por el actor el siguiente: "Otorgamiento de la Escritura 981 del 12 de abril de 1962, después de estar presentada la demanda hipotecaria y en vigor el embargo producido en el juicio de separación de bienes". Con este hecho, continúa el Tribunal, se pretende denunciar el verdadero significado de los actos previos de la enajenación, que no es otro sino el de una confabulación para sustraer el bien de las expectativas de la liquidación de la sociedad conyugal. No tiende a probar por sí solo la simulación, sino una face (sic) antecedente que cualifica la posterior enajenación en su verdadero sentido. Pero el hecho es falaz (sic) porque si el señor Salazar aspiraba a sustraer el inmueble de la secuela de la separación, bien podía optar o por simular absolutamente la venta o por celebrarla realmente. De ambos modos aseguraba el mismo fin: salvar la integridad de su patrimonio de los efectos de una liquidación realizada en juicio en el cual se opuso. El acto de otorgar la escritura en vísperas de las cance-

laciones por pago y del desistimiento del hipotecario, acusa una diligencia demostrativa, en primer término, del ánimo de sustraer el inmueble de la separación de bienes. En este punto, pierde su mérito el hecho esgrimido como indicio. Porque el primer sentido en que fluye el acto es hacia la demostración del propósito de que el bien no hiciera parte de la liquidación de la sociedad conyugal. Comoquiera que estaba pendiente la posibilidad de que el embargo se renovara, el señor Salazar cumplía actos eficaces que iban dirigidos a evitar esa sentencia. Al realizar la enajenación, la celebraba con ánimo real o simulado. El indicio, pues, prueba la primera fase (sic), la voluntad de que el bien no hiciera parte del acervo partible; con respecto a la segunda, el hecho debe complementarse con otros para realzarlo en esa significación".

En la letra e) registra el siguiente indicio traído por el actor: "la notificación del auto admisorio de la demanda hipotecaria al señor Camilo Salazar, se hizo precisamente el 13 de abril de 1962, es decir, al siguiente día de otorgada la citada Escritura 981". Este aspecto el Tribunal lo comenta en la siguiente forma: "Es parte del anterior indicio. Prueba principalmente la voluntad de sustraer el bien de la masa social, pero se desdobla en una alternativa —venta real o simulada—, que impone completarlo con otros indicios que acrediten inequivocadamente la simulación".

La letra f) "Desistimiento del hipotecario el 13 de abril de 1962 y petición de desembargo ese mismo día".

El Tribunal estima que este hecho es una práctica usual de los litigantes y que "la conducta de las partes en este particular, es enteramente normal y tiende a integrarse en el propósito dicho de evitar que al inmueble se vincule el resultado de la liquidación".

En la letra g) habla sobre "la forma como se obtuvo el desembargo a que se refieren varios hechos de la demanda".

Dice el Tribunal: "El juzgado que conocía del hipotecario sin haber dictado auto respectivo, libró al registrador el 13 de abril de 1962 el oficio mediante el cual cancelaba la inscripción del embargo surtido en el juicio. Esta actuación irregular del juzgado, continúa el fallador, no puede imputársele a las partes. Son errores graves que cometen los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes y por los cuales deben responder. Por su puesto que tal medida no causó agravio a ninguno de los interesados en el juicio hipotecario, pues se limitó a ejecutar su voluntad y ni en esa oportunidad ni en otra posterior manifestaron su inconformidad. El hecho así consumado, carece de una íntima relación con la simulación y su prueba".

El aparte h) se refiere a la "extraordinaria velocidad" con que se actuó para obtener copias de la Escritura 981 y su registro. El Tribunal explica esta afirmación del actor de la siguiente manera: "Si se tiene como evidente el riesgo de que en cualquiera oportunidad, una vez regresado el bien raíz al campo del libre comercio, podían adoptarse por la señora Marín de Salazar medidas que lo inmovilizaran en cabeza de su esposo, es natural suponer que el interesado en sustraerlo, cumpliera los actos pertinentes con suma diligencia y prontitud. Empero, la simulación como convenio que disfraza en un acto aparente otro oculto que prevalece, no está probado por este indicio".

La letra l). "La compradora es concubina del señor Salazar y madre de sus hijos naturales". Al comentar este hecho el sentenciador dice que: "El estado concubinario que sería un indicio grave de la existencia del acto simulado, no fue establecido . . . estado que consiste en una relación habitual en la que los concubinos cohabitan y aparecen ante el público como marido y mujer. Este dato importante para los fines del juicio, aparece ignorado por falta de prueba. Figura la probanza sobre la existencia de dos menores hijos del demandado Salazar en la otra litis consorte, señora Blanca Ramírez Londoño, pero el indicio pierde su fuerza cuando se omitió establecer el concubinato".

Letra i) "Falta de capacidad económica de la compradora". Sobre este aspecto el fallador se extiende en el examen de los diversos elementos de convicción que a su juicio no prueban la falta de capacidad económica de la compradora, y al estudiar esta situación anota entre otras cosas lo siguiente: ". . . el crédito hipotecario a favor de Arboleda y a cargo de Salazar es real y existía con anterioridad al juicio de separación de bienes. Al sucederse el embargo de los bienes pertenecientes al demandado y promoverse el juicio hipotecario, Salazar hubo de pagar la deuda. Ese pago fue real y contemporáneo con la enajenación que desde el 12 de abril de 1962 había hecho Salazar a Blanca Ramírez L.". Explica el apoderado de los demandados que al hacer la escritura de venta "en esa oportunidad el vendedor declaró recibir en dinero la suma de $ 80.000 y al día siguiente se canceló la deuda y se presentó al juzgado el memorial de desistimiento". Continúa el fallador: "Ahora bien. El mismo

apoderado explica que intervino en la consecución de $ 40.000.00 para la señora Ramírez y consiguió los dichos $ 40.000.00 con la señora Emma Prieto R. bajo (sic) la base de que se le otorgaría una hipoteca sobre el edificio, una vez fuera desembargado". Y agrega: "Este dato no ha sido desvirtuado y tiene fundamento probatorio en la copia de la Escritura número 1217 de 27 de abril de 1962 de la Notaría 3ª de Cali. El dicho del abogado es serio, como quiera que la señora Prieto Rodríguez lo faculta para recibir los intereses, el capital, negociar el crédito, etc." El fallador le niega carácter indicial al hecho de que Salazar figurara en la misma escritura como deudor solidario de la Prieto Rodríguez, dados los términos en que está concebida la Escritura número 981: el abogado estimó que era necesario para garantía de Emma Prieto R. que Salazar figurara como deudor solidario. Estos razonamientos y pruebas no permiten considerar que el indicio invocado, tenga carácter de grave y pruebe en ese grado la simulación.

Concluye el fallo transcribiendo el artículo 665 del Código Judicial y declara que en el caso *sub lite* "no media concurrencia de indicios de la naturaleza consagrada en la ley, para fundar la certidumbre de la simulación absoluta impetrada. Los indicios examinados tienden a probar otras situaciones anteriores al acto cuya simulación se dilucida, como el propósito de evitar que el inmueble hiciera parte de la masa social que debe dividirse entre los cónyuges, y los hechos que concretamente se dirigían a establecer la simulación —concubinato, falta de capacidad económica, etc.—, no se probaron".

La impugnación

Con apoyo en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, el censor formula contra la sentencia cuatro cargos, todos ellos por violación indirecta, por errores de hecho, señalando como infringidos los artículos 1765, 1781, ordinal 5º del Código Civil, 1849, 1502 y 1524 *ibídem*.

Primer cargo. En la motivación del primer cargo el recurrente expresa que el sentenciador no tuvo en cuenta la existencia de indicios graves, claros, precisos y conexos entre sí que obran en el expediente y que no fueron apreciados en la sentencia acusada. Indicios que señala así:

"1. Confesión de los demandados sobre sus relaciones concubinarias, que hace presumir vínculo de afecto entre ellos".

Para fundamentar este ataque el censor manifiesta que la parte demandada admitió en la contestación del libelo, que los demandados Camilo A. Salazar y Blanca Ramírez Londoño hacen vida marital desde hace muchos años, y de esta unión extramatrimonial han nacido y viven dos varones y una niña de pocos meses, reconocidos por Salazar como sus hijos naturales.

"Reposa, dice el autor del recurso, en autos la prueba plena del vínculo afectivo entre los demandados y sus relaciones concubinarias. A pesar de ello, el Tribunal dijo en la sentencia que ese estado concubinario sería un indicio grave de la existencia del acto simulado, que no fue establecido".

Transcribe la parte pertinente de la sentencia que antes se ha dejado insertada bajo la letra i) y al comentarla dice que: "el Tribunal no acertó a ver la confesión de los demandados respecto al concubinato, pese a que aparecía clarísima en la contestación de la demanda ... Hubo así, clásico error de hecho, cuando el Tribunal dio por inexistente una prueba, que sí existía. De la importancia de ese error puede juzgarse por las palabras del Tribunal, cuando dijo: 'El estado concubinario sería un indicio grave', y cuando calificó al concubinato como 'dato importante para los fines del juicio' ".

2. "Anteriores negocios entre los demandados en circunstancias poco usuales dentro de la vida comercial". Este hecho lo fundamenta el censor en la Escritura pública número 2687 de 20 de junio de 1958 que contiene una venta de Salazar a Blanca Ramírez Londoño y a los hijos naturales de éstos por la suma de $ 45.000.00 de los cuales sólo $ 20.000.00 dijeron ser pagados de contado, cuando el avalúo catastral del inmueble era de $ 75.000.00.

3. ... La venta se hizo sin garantía real por el resto del precio.

4. "Poder general conferido, después de la compraventa, por la compradora al vendedor". "El Tribunal no examinó —dice el censor— otro indicio importante, presente en autos, que hace presumir razonablemente la simulación. Es el carácter de mandatario general, adquirido después de la compraventa cuya realidad es discutible, que tiene Salazar respecto a su concubina Blanca Ramírez Londoño (cuaderno 1 folios 16 y 17)" ... "Todo ello permite inferir que, efectivamente el poder general conferido a Salazar no es en realidad sino parte o complemento de un acto de confianza".

"El Tribunal, concluye en este aparte el impugnante, no vio, pues, estos indicios, pese a haber sido demostrados en el expediente. Todos tienen en su concepto, el carácter de graves, precisos, claros y guardan entre sí íntima conexión como que el haber vendido a la concubina, con quien antes se habían celebrado contratos muy onerosos, el no exigir garantía real por un crédito considerable, y el haber recibido de ella mandato general, son aspectos complementarios de una misma maniobra tendiente a defraudar a la actora. Por ello el Tribunal violó indirectamente el artículo 1849 del Código Civil, aplicándolo en forma indebida, ya que calificó de 'compraventa' un acto en el que no había voluntad de vender ni de adquirir, ni precio real que sirviera de enlace al concurso de voluntades, y por falta de aplicación en forma indebida de los artículos 1502, 1524, 1781 ordinal 5º y 1766 del Código Civil".

Segundo cargo. Lo hace consistir el censor en error de hecho por falta de apreciación de las pruebas relativas a determinados indicios, lo que llevó al Tribunal a la violación indirecta por falta de aplicación del artículo 1781, ordinal 5º y 1766 del Código Civil y por aplicación indebida de los artículos 1849, 1502 y 1524 del Código Civil.

Señala como motivación del cargo el que se hubieran dejado de apreciar ciertos aspectos de hecho "que con toda claridad obran en el expediente". Entre ellos cita:

a) "La actuación del apoderado de Salazar en servicios de intereses aparentemente opuestos, fue sólo una maniobra para defender a Salazar y conseguir sacar el bien inmueble del haber de la sociedad conyugal". Sostiene que Salazar estaba al día en su obligación hipotecaria con Arboleda "puesto que los intereses efectivamente pagados corresponden sólo al interés normal del préstamo durante un mes". Afirma el censor que la finalidad del juicio hipotecario no fue otra que la de facilitar la burla de los derechos de la esposa legítima, como efectivamente sucedió. Estima que esta doble actuación del abogado, constituye un indicio de simulación que el Tribunal no tuvo en cuenta.

b) "Insolvencia de la compradora". En el expediente obra un indicio, expresa el autor del recurso, de extrema gravedad acerca de la insolvencia de la presunta compradora: sus contradicciones y las contradicciones de su apoderado sobre el origen de los $ 80.000.00 que sirvieron de cuota inicial para adquirir el inmueble a que nos hemos referido.

Sobre este tema el censor se extiende en orden a pretender demostrar el error del Tribunal al apreciar las contestaciones dadas por la Ramírez en la absolución de posiciones, lo mismo que lo afirmado por su apoderado. Insiste el recurrente en considerar como indicio grave el hecho de la falta de garantía por el resto del precio pactado en la escritura de venta.

Tercer cargo. Lo hace consistir el censor en error de hecho, por falta de apreciación de las pruebas relativas a un indicio, lo que llevó al Tribunal a la violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 1849, 1502 y 1524 del Código Civil, 1781, ordinal 5º y 1766 del Código Civil por aplicación indebida.

Motiva el ataque afirmando que: "El Tribunal hizo un análisis indiciario particularizado, sin analizar el grupo de indicios como un sólo todo, con lo que incurrió en notorio error de hecho. En efecto, cuando los indicios no tienen el carácter de necesarios, es decir, cuando ellos no llevan, aisladamente considerados, a una conclusión inevitable, toda su fuerza como elementos de convicción deriva de las relaciones mutuas, del conjunto de circunstancias que, tomadas en conjunto, permiten deducir un hecho desconocido". Al especificar los varios hechos indiciarios anotados y refiriéndose al comentario que antecede expresa el censor: "Esta serie de hechos, que se hallan probados en el expediente y que el Tribunal no negó, tienen entre sí tales vínculos que, de haber sido considerados como parte de un solo todo, y no como indicios aislados, habrían evitado el notorio error de hecho que es materia de este cargo".

Cargo cuarto. En este ataque el recurrente vuelve a referirse a la falta de apreciación de la prueba indiciaria que llevó al Tribunal a violar las normas señaladas en los cargos anteriores; en uno de los apartes de esta censura manifiesta que el Tribunal analizó separadamente indicios que de haber sido tomados en conjunto debían haberlo conducido a declarar la simulación; y anota entre ellos: "Las condiciones de concomitancia y premura con las cuales se llevó a efecto el contrato de compraventa, el desistimiento del hipotecario y el desembargo de los bienes y el registro del contrato. El hecho de que los contratantes tienen hijos naturales comunes, lo que establece entre ellos un vínculo de afecto. El haber tenido que utilizar la presunta compradora una capacidad de crédito y sin garantías reales tan alta en la negociación, que ésta resulta desusual".

"En efecto, agrega, la naturaleza de estos indicios, analizados en conjunto, revela que Camilo A. Salazar quería sustraer de los resultados de la acción de separación de bienes un inmueble, y que para tal efecto se valió de una persona de su confianza, como que con ella había procreado varios hijos, e insolvente. Esta concatenación de indicios permite inferir, en los términos del artículo 665 del Código Judicial, que el acto entre los demandados era simulado".

Se considera:

En forma constante ha sostenido la Corte que la valoración de la prueba indicial, por su carácter eminentemente subjetivo, queda a la apreciación de los falladores de instancia, y que, de consiguiente, no es dado modificarla porque ello implica un juicio que está sometido a la inteligencia y al criterio de aquéllos, y por lo tanto, el ataque a ese proceso de deducción no puede prosperar en casación, sino en casos extremadamente excepcionales; tal sucedería si en instancia se desconociera la existencia en el proceso de un indicio necesario al cual el artículo 663 del Código Judicial le da el valor de plena prueba, porque 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"; o cuando se ha dado por probado un indicio sin que exista la plena prueba de la existencia del hecho que los constituye; o cuando se ha pasado por alto un medio cuya estimación hubiera impuesto conclusiones distintas de las deducidas sobre el tema respectivo, o tenido como demostrados varios indicios que sólo se refieren a uno solo, pues en este caso no constituyen sino un solo indicio o un solo argumento (artículo 667 ibídem*).*

Por regla general, dice el 665, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. En este campo opera la autonomía del fallador cuyas apreciaciones no le es dado modificar a la Corte, salvo demostración de contra evidencia, porque su valoración se defiere a la convicción del sentenciador quedando definitivamente cerrado el mérito que en instancia se le haya dado a los indicios no necesarios.

Si, pues, el fallador de instancia no ha encontrado que exista una plena prueba basada únicamente en indicios que lo lleven a despachar favorablemente las súplicas de una demanda, tal criterio no puede ser objeto de ataque en casación aunque el recurrente y la propia Corte pudieran discrepar del criterio que llevó al sentenciador a pronunciar fallo adverso a las pretensiones del actor.

Entrando al estudio del recurso, los cuatro cargos formulados bien pueden considerarse en un mismo plano, ya que la censura se formula por vía indirecta y en relación con las mismas disposiciones sustanciales allí invocadas.

Los indicios que el recurrente estima no fueron tomados en consideración por el Tribunal se expresan así:

1. Que el Tribunal desconoció la confesión de los demandados sobre sus relaciones concubinarias admitidas en la contestación del libelo, existentes entre los demandados Camilo A. Salazar y Blanca Ramírez Londoño. Es evidente que el Tribunal, según lo apuntado en la parte motiva, reconoció que el estado concubinario sería un indicio grave de la existencia del acto simulado, pero que ese indicio no fue establecido.

El autor del recurso dice que el dicho indicio fue admitido en la contestación de la demanda; pero es lo cierto que tal confesión no la hizo sino Camilo A. Salazar en cuyo sólo nombre contestó el apoderado la demanda, como puede verse al folio 36 del cuaderno principal, en forma tal que la confesión allí expuesta, no tiene por qué vincular a la demandada Blanca Ramírez para pretender deducir como lo hace el actor, la existencia de relaciones concubinarias entre esas personas, tanto más, cuanto que Blanca Ramírez no contestó la demanda, y por tanto, los hechos a que ésta se imputan, han debido ser demostrados por el actor, en relación con la nombrada Blanca Ramírez.

El hecho indicial de que se viene haciendo mérito no está demostrado.

2. Este hecho no es indicio porque la celebración de contratos, serios entre las mismas personas que actúan como demandados, demuestran, por el contrario, que entre ellas ya se habían celebrado negocios jurídicos cuya validez no ha sido infirmada.

3. Se refiere a un hecho que ya ha sido motivo de examen.

4. Habla la censura de que el Tribunal no examinó el poder general conferido después de la compraventa por la compradora al vendedor y que según el recurrente, constituye un indicio grave, porque no se exigió garantía real por un crédito considerable que la compradora quedó debiendo al vendedor. Evidentemente el Tribu-

nal no tuvo en cuenta el poder general a que se refiere la censura, pero este hecho por sí solo no incide en la resolución tomada por el Tribunal al no declarar la simulación impetrada. Ni el hecho de que en la escritura de venta no se hubiera exigido una garantía específica por el resto del precio debido, no configura tampoco un indicio, cuya falta de consideración por el fallador, pudiera invalidar el criterio del Tribunal, tanto más cuanto que en el contrato se sobreentiende la condición resolutoria por no pago del precio.

5. Al plantear el segundo cargo se refiere a la actuación del apoderado de Salazar, quien al mismo tiempo prestó sus servicios profesionales al acreedor hipotecario Alfonso Arboleda y estima que esa doble actuación constituye un indicio de simulación que el Tribunal no tuvo en cuenta. Y ello no es exacto, porque el Tribunal, como se ha transcrito anteriormente, sí examinó tal hecho y descartó el carácter indicial que le atribuye el censor, sin que tal conclusión aparezca contra evidente.

6. La insolvencia de la compradora. El error de hecho que el acusador le imputa al Tribunal por no haber visto las pruebas que en sentir del propio recurrente, demostrarían la insolvencia de la compradora, no aparece de manifiesto en los autos; por el contrario en estos obra, hacia el folio 4º vuelto del cuaderno número 3 la certificación del Banco Cafetero de la ciudad de Cali, en que se hace constar que el 13 de abril de 1962 fue girado el cheque número A-287456, por Camilo A. Salazar con cargo a la cuenta corriente de la señora Blanca Mélida Ramírez y que ese cheque fue cambiado por el de gerencia en cheque número G-435468 por valor de $ 81.200.00 a favor de Alfonso Arboleda, cheque que aparece debidamente cancelado por el beneficiario. Esto demuestra contra toda otra argumentación, que Blanca Ramírez tenía en su cuenta corriente la suma que se ha dejado apuntada y que contra ella fue girado el cheque que vino a ser la causa del girado a favor de Arboleda, acreedor hipotecario.

En el tercer cargo se trata de aventurar una crítica contra el fallador, porque examinó aisladamente los indicios sin que los hubiera vinculado para darles la fuerza que en su conjunto merecían. El Tribunal sí tomó en cuenta lo dispuesto por el artículo 665 del Código Judicial y observó que "en el caso *sub lite* no media concurrencia de indicios de la naturaleza consagrada en la ley, para fundar la certidumbre de la simulación absoluta impetrada". Ya se ha dicho, cómo es discresional del fallador formar su propio criterio en relación con los indicios no necesarios, convicción que no puede ser atacada en casación, sino en las condiciones excepcionales que se han expuesto antes y que no concurren en el presente negocio.

El cuarto cargo no es sino una repetición del anterior.

Por el quinto se imputa al fallador el no haber tomado en cuenta como indicio, la circunstancia de que Salazar estuviese al día en el pago de los intereses de su obligación hipotecaria y de que éste no hubiese pagado los honorarios respectivos en el juicio hipotecario. En cuanto a lo primero bastaba la existencia de la medida cautelar sobre el bien afecto con garantía real en el juicio de separación de bienes propuesto por Libia Marín de Salazar, para que el acreedor hipotecario moviera la actividad jurisdiccional en orden a buscar la rápida y eficaz protección de su acreencia que ya era exigible; luego en este punto el sentenciador no incurrió en el manifiesto error de hecho apuntado por el censor; y en cuanto a lo segundo, si Arboleda le pagó o no honorarios a su apoderado, es cuestión absolutamente indiferente.

Apunta, así mismo, "las condiciones de concomitancia y premura con las cuales se llevó a efecto el contrato de compraventa, el desistimiento del hipotecario, el desembargo de los bienes y el registro del contrato". El Tribunal sobre estos aspectos declara que la conducta de las partes en este particular "es enteramente normal y tiende a integrarse en el propósito dicho de evitar que el inmueble se vincule al resultado de la liquidación". El fallador ha encontrado que el propósito de esta celeridad en las operaciones subsiguientes al desistimiento de la acción hipotecaria, tendieron a obstaculizar la prosperidad del juicio de separación, pero que de ello no se infiere que el contrato de venta recogido en la Escritura número 981 de 12 de abril de 1962 por medio de la cual Salazar le vendió a Blanca Ramírez el inmueble allí detallado, fuera simulado, sino que ese contrato tuvo una existencia real con la integración de las calidades que gobiernan el contrato de compraventa. Este criterio del Tribunal es razonable y no contrario a los dictados de la lógica.

De acuerdo con la doctrina citada al principio de esta motivación la Corte no encuentra razones suficientes que la lleven a invalidar el fallo del inferior, porque la prueba circunstancial sobre la cual se movilizan los ataques del recurrente, no puede destruir el criterio del Tribunal al res-

pecto, y por lo tanto no se infringieron las disposiciones sustanciales citadas como violadas por el recurrente.

Decisión:

En mérito de lo anteriormente, 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 once (11) de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario iniciado por Libia Marín de Salazar, contra Camilo A. Salazar y otra, objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flabio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

BIENES DE USO PUBLICO

Su naturaleza y régimen. — La posesión común no corresponde a la situación en que se encuentra el Estado frente a los bienes de uso público. — Estos tampoco pueden ser objeto de acción reivindicatoria por parte de los propietarios desposeídos, ni contra el Estado ni contra los municipios en que se encuentren ubicados. Error de hecho. — Límite de la aptitud decisoria de la Corte en el recurso de casación. — Ni el Estado ni entidad pública alguna escapan a la responsabilidad extracontractual o aquiliana en que incurre cualquiera que por su hecho o culpa le irrogue daño a otro.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 19 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Aprobada según Acta número 31 de fecha 14 de los corrientes).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 29 de noviembre de 1963 en el juicio de Vicente y Guillermo Durana Camacho contra el Distrito Especial de Bogotá.

El litigio

Habiendo el Distrito de Bogotá ocupado, con destino a la ampliación de la calle 17 de esta ciudad, a la cual quedó incorporada, una zona cuya propiedad invocan los señores Vicente y Guillermo Durana Camacho, estos formularon demanda contra aquél por la vía ordinaria en impetración de las súplicas que así se sintetizan:

1ª Que los actores son propietarios, en común y proindiviso de la referida zona que forma parte del predio distinguido con el número 7-57 de la calle 17;

2ª Que el Distrito Especial de Bogotá, poseedor material de la misma zona, debe restituírsela *in corpore* a los demandantes;

3ª Que, en subsidio de la petición anterior, para el caso de que el Distrito se haya puesto en imposibilidad de hacer la restitución material de la zona, se le condene a pagar a los actores la suma de $ 44.250.00, estimando a razón de $ 1.500.00 la vara cuadrada de terreno, por concepto de perjuicios en el aspecto del daño emergente, e intereses a la tasa del 1% mensual sobre la suma antes mencionada, por concepto de lucro cesante, desde el 16 de diciembre de 1947 hasta que el pago se verifique. O, subsidiariamente, a pagar a los actores los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que se determinen dentro del juicio o en el incidente de regulación, si fuere el caso.

Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, el libelo relaciona los siguientes: ser los actores propietarios, en común y proindiviso, de la zona o lote de terreno de veintinueve varas cuadradas con cincuenta centésimos de superficie sobre que versa la acción, en virtud de los títulos que se contienen en las Escrituras públicas 2013 de 24 de mayo de 1946, 1994 de 8 de agosto de 1947 y 894 de 4 de junio de 1949, otorgadas todas en la Notaría 5ª de esta ciudad; estar poseído este lote por el Distrito Especial de Bogotá, convertido en vía pública, ocupación que data del día 16 de diciembre de 1947; no haber enajenado los actores el dicho inmueble al Distrito por título alguno; y haber sufrido ellos por causa de tal ocupación perjuicios que, por una parte, se concretan al valor comercial de la zona y, por otra, se traducen en el interés mercantil de ese valor, desde cuando se verificó la ocupación hasta cuando se efectúe el pago.

Sin contestación de la demanda, siguióse la primera instancia a que recayó fallo, por el cual se resolvió lo siguiente:

"1º Declárase que los señores Vicente y Guillermo Durana Camacho son propietarios, en común y proindiviso, del globo de terreno ubicado en esta ciudad, con cabida de 29.50 varas cuadradas, o sean 18.88 metros cuadrados, el cual forma parte de la finca distinguida con el número 7-57 de la calle 17 de Bogotá, adyacente a ella, y comprendido por los siguientes linderos: por el norte con la calle 17 de esta ciudad; por el sur, con la edificación marcada con el número 7-57 de la calle 17 de propiedad de los demandantes; por el oriente, con vía pública o calle 17; y por el occidente, con vía pública de la mencionada calle 17, frente y adyacente a la finca marcada con el número 7-57.

"2º Condénase al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, a pagar a los demandantes, señores Vicente y Guillermo Durana Camacho, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de veintinueve mil quinientos pesos ($ 29.500.00) moneda corriente, como perjuicios por concepto de daño emergente, cantidad ésta representativa del valor de la zona de terreno determinada en el punto precedente, y como perjuicios por lucro cesante, la suma de doscientos setenta pesos ($ 270.00) mensuales, desde el 16 de diciembre de 1947, hasta el día en que el pago se verifique.

"3º Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"4ª No hay lugar a costas".

A virtud de apelación interpuesta por la parte demandada surtióse el segundo grado que culminó con la sentencia del Tribunal de Bogotá de fecha 29 de noviembre de 1963, cuya parte resolutiva reza:

"Primero. *Confírmanse* los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia recurrida.

"Segundo. *Refórmase* el numeral segundo de la misma, el cual quedará así: *Condénase* al Distrito Especial de Bogotá a pagar a los demandantes Vicente y Guillermo Durana Camacho, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de *veintinueve mil quinientos pesos* ($ 29.500.00) moneda corriente, por concepto de daño emergente, y como lucro cesante los intereses legales de esa cantidad desde el día 21 de junio de 1949 hasta el día en que se haga el pago.

"Tercero. Sin costas el recurso".

Interpuesto por el Personero Distrital el recurso de casación y tramitado este en debida forma, es llegada la oportunidad de decidirlo.

La motivación del fallo del Tribunal

A vuelta de relacionar las súplicas y hechos de la demanda, como también el desarrollo del juicio hasta el momento, y no advirtiendo causal de nulidad de la actuación, el Tribunal formula las consideraciones que a continuación se sintetizan:

Estima el sentenciador que son acertadas las apreciaciones del juez del conocimiento en lo tocante con la declaración del derecho de dominio de los actores sobre el inmueble en litigio y a la singularización e identificación de este, pues, tales extremos de la acción reivindicatoria se encuentran plenamente establecidos en los autos así: mediante las escrituras debidamente registradas que se presentaron con el libelo de la demanda, mediante la determinación en este del bien reivindicado en forma tal que excluye toda posibilidad de confusión con otro, y mediante la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos practicada en la primera instancia, de la cual aparece que el lote de terreno poseído por el Distrito demandado en el mismo que los actores especifican y que es parte de otro de mayor extensión adquirido por ellos.

Por el contrario, el Tribunal disiente del criterio del juzgado, no en cuanto a la posesión misma del bien reivindicado por parte del Distrito, dada su incorporación a una vía pública, sino en lo tocante a la fecha de iniciación de dicha posesión señalada en el fallo apelado en el 16 de diciembre de 1947, día en que les fue concedida a los actores la licencia para construir el edificio en el lote de terreno a que pertenece la zona litigiosa. En el sentir del Tribunal tal fecha debe ser la de la terminación misma del edificio, según la solicitud al Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, presentada el 21 de junio de 1949, sobre recepción de declaraciones extrajuicio relativas a la construcción.

Con esta salvedad, el sentenciador declara establecidas todas las condiciones axiológicas de la acción de dominio. Considera, empero que la restitución *in corpore* del inmueble reivindicado se ha hecho imposible por haberse incorporado este a una vía pública, por lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte es el caso de darles aplicación subsidiaria a los artículos 955 y 957 del Código Civil. En este orden de ideas y te-

niendo en cuenta que en los autos obra dictamen pericial que fija el valor de la zona en cuestión en la suma de $ 29.500.00, concluye que esta corresponde al daño emergente sufrido por los actores. Pero, en lo que respecta al lucro cesante también rectifica el criterio del juez *a quo*, quien condenó al Distrito a pagarles a aquéllos la cantidad de $ 270.00 mensuales, a partir del 16 de diciembre de 1947. Insiste el Tribunal en no encontrar demostrada la ocupación antes del 21 de junio de 1949, a lo que agrega que, según lo preceptuado por el artículo 1617 del Código Civil, el lucro cesante en tratándose de una suma de dinero se traduce en los intereses legales de la misma.

El recurso extraordinario

La demanda de casación presentada por el Procurador Segundo Delegado en lo Civil, y no replicada por la parte opositora, propone contra la sentencia recurrida dos cargos por la causal primera de casación.

Primer cargo. Denuncia quebranto de los artículos 665, 667, 669, 673, 740, 741 inciso 1º, 743, 745, 752, 756, 762, 765, 778, 779, 785, 946, 947, 950, 951, 1494, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, a consecuencia de infracción de los artículos 593, 597, 601, 630, 635, 722 y 730 del Código Judicial y 1757 y 1759 inciso 1º del Código Civil, por error de derecho en la apreciación de las Escrituras públicas 2013 de 24 de mayo de 1946, 1944 de 8 de agosto de 1947 y 894 de 4 de junio de 1949, todas de la Notaría 5ª de Bogotá, como también por error de la misma índole en la valoración del acta de inspección ocular y del dictamen pericial practicados en la primera instancia del juicio.

Fúndase esta censura en las razones que a continuación se sintetizan y extractan:

a) El Tribunal sentenciador, al igual que el juez del conocimiento, incurrió en error de derecho en la apreciación de las ya citadas escrituras públicas, puesto que les atribuyó aptitud para acreditar el dominio de los actores sobre el inmueble en litigio, "sin tenerlo éstos, sin que de su contenido pueda deducirse que adquirieron los actores Vicente y Guillermo Durana Camacho propiedad en esa faja o zona de terreno objeto de su acción reivindicatoria".

De acuerdo con el contrato contenido en la Escritura número 2013 de 24 de mayo de 1946 los señores Ricardo Sánchez Ramírez y Esther Flórez de Sánchez vendieron a la compañía Glausser & Cía. Limitada, Guillermo Vicente y José Durana Camacho, en común y proindiviso, el derecho de dominio de un inmueble, enajenado como cuerpo cierto, distinguido con los números 7-45 a 7-63 de la calle 17 de esta ciudad, por los linderos y medidas indicados en dicho instrumento, con la advertencia de que la determinación de dichos linderos se hizo con base en el plano levantado por el ingeniero Eduardo Jaramillo F., cuya copia auténtica se protocolizó con la escritura.

"Y se expresó concretamente lo siguiente que es muy importante para la demostración del error cometido por el Tribunal en la apreciación de este título de tradición del dominio en el inmueble. '*Segundo.* Que el área utilizable del lote vendido, determinada en el plano con las letras EDKJIH, es de doscientas ochenta y dos varas cuadradas con ventidós centésimos de vara cuadrada (282.22 vs^2). Esta área utilizable, es decir, el área neta aprovechable para construcciones, de acuerdo con la reglamentación municipal vigente, se determina descontando del área del lote vendido la zona de terreno que debe cederse al Municipio de Bogotá para la ampliación de la calle 17, de acuerdo con el nuevo paramento señalado para esta calle, zona que en el plano que se protocoliza junto con la presente escritura se determina con las letras FDBE ...' ".

"... Y aún convinieron las partes contratantes que si hecha posterior medición de lo enajenado, excluida de la venta aquella zona no utilizable por estar ya determinado o fijado el paramento o línea de la calle 17 entre las carreras 7ª y 8ª de esta ciudad, por el Municipio de Bogotá, resultaba mayor o menor la capacidad superficial de lo enajenado, en uno u otro caso se harían compensaciones en dinero bien los compradores a los vendedores, o éstos a aquéllos, a razón de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal la vara cuadrada; sometiendo a nuevo plano y medición este convenio para fijar quién compensaría a quién.

"De aquí se desprende en forma indudable, irrefragable, que los compradores entonces no adquirieron esa zona o faja de terreno determinada por la ampliación de la calle 17, puesto que fue expresamente excluida del contrato de compraventa".

Agrega la censura que las Escrituras 1994 de 1947 y 894 de 1949, que también dice haber sido erróneamente entendidas en derecho, se refieren, en su orden a la transferencia de José Durana Camacho a sus hermanos y comuneros o cuota parte del derecho por él adquirido mediante la Escritura 2013 de 1946 anteriormente comenta-

da y a la división material del inmueble de que trata este mismo instrumento, por lo cual aquellas no contienen actos idóneos para conferir a los actores en este juicio derecho alguno sobre la zona litigiosa.

Remata la censura las precitadas argumentaciones, diciendo: "Admitió el Tribunal la existencia del elemento axiológico de la acción reivindicatoria, con base en la errónea apreciación que dio a varios instrumentos públicos, de la propiedad en cabeza de tales demandantes, uno de los elementos fundamentales para la prosperidad en juicio de tal acción o pretensión".

A continuación, el recurrente explica prolijamente cómo, en su sentir, la indebida apreciación por parte del Tribunal del contenido de los instrumentos aducidos por los demandantes a manera de títulos de su derecho de dominio sobre la zona litigiosa, o sea, de las ya citadas escrituras públicas implica violación directa de esa serie de disposiciones de índole probatoria aludidas en el encabezamiento de la censura. Tales explicaciones convergen a la afirmación de que, como dichas escrituras no acreditan la propiedad que les fue reconocida a los demandantes, este reconocimiento se hizo sin prueba jurídicamente eficaz.

b) En relación con el acta de inspección ocular y del respectivo dictamen pericial que el recurrente también considera apreciados por el Tribunal con yerros de derecho, la censura se desarrolla de la siguiente manera:

"... El acta de esta inspección revela que entonces no se hizo la identificación del globo o lote de terreno, que según la demanda fue disminuido al señalar la línea del paramento por parte del Municipio (hoy Distrito Especial) de Bogotá en la calle 17, no se identificó en el acto. No aparece relación alguna en tal acta de que esto hubiera ocurrido ... El juzgado se limitó a determinar que en la calle 17 de esta ciudad, frente a la propiedad marcada con el número 7-57, la vía aparece ampliada en relación con su paramento anterior en una extensión de 4.60 metros, y que esa ampliación es la misma a que se refiere la demanda ... Los peritos dichos se limitaron a expresar en su dictamen, estimaban que '... se observa que la construcción del inmueble de propiedad de los señores Durana Camacho está retrocedida hacia el Sur, *cuatro metros aproximadamente* (4 metros); vale decir que el frente de la propiedad de los demandantes está ampliada en relación con el paramento de la casa distinguida con el número 7-87'. Y al contestar el punto b) del interrogatorio, se limitan a decir que 'la ampliación de la vía pública frente al inmueble objeto de esta peritación tiene un frente de cinco metros con ochenta centímetros (5.80 metros) y una *cabida aproximada* (sic) de veintinueve y media varas cuadradas' ". Luego —continúa explicando el censor—, "sin precisión conceptual alguna, sin precisión de la capacidad de la zona o faja de terreno, puesto que no fue objeto de medición, apenas por suposición o imaginación de los peritos, que hablan de medidas aproximadas, el Tribunal como el juez *a quo* declaró que los actores son dueños del predio o faja tan precisamente señalado en su capacidad superficial en el libelo de la demanda, y así condenó al Distrito Especial de Bogotá a cubrirles el valor en dinero señalado para ese lote de terreno ...". "Debido a ese error de apreciación, o error de derecho en lo relativo a estas pruebas" el Tribunal quebrantó las normas probatorias de los artículos 721, 722 y 723 del Código Judicial sobre la valoración de los dictámenes periciales.

Finaliza la censura con una extensa exposición encaminada a puntualizar la medida en que los referidos yerros de derecho probatorio que se le imputan al sentenciador, lo condujeron a violar indirectamente los artículos 665 y 667 del Código Civil, que definen los derechos reales y dicen cuándo estos son inmuebles: los 669 y 673 *ibídem,* el primero de los cuales define el dominio o propiedad y el segundo enumera los modos de adquirirlo; los 740, 741 inciso 1º, 743, 745, 752, *ibídem* "que garantizan la tradición de los bienes inmuebles"; los 762, 765, 778, 779 y 785 *ibídem,* referentes a la posesión; los 946, 947, 950 y 951 *ibídem* "que garantizan el derecho a la reivindicación de los bienes cuando el titular del derecho de propiedad ha perdido la posesión de ellos, y acción que se dirige contra el actual poseedor"; el 1494 *ibídem,* que trata de enumerar las fuentes de las obligaciones; y los 1613, 1614 y 1615 *ibídem* "que son los que consagra el derecho a condena por daño emergente y lucro cesante en favor de quien reclama estas prestaciones en juicio".

Consideraciones de la Corte

Vése que los motivos fundamentales de los yerros probatorios que la censura le imputa al Tribunal radican en lo siguiente:

a) En que éste, en vista del contexto de las escrituras aducidas por los actores como títulos de su derecho sobre la zona litigiosa, no tuvo en cuenta que en ellas, y especialmente en la 2013 de 1946, quedó expresamente excluida esa zona de las negociaciones a que éstas se refieren, y

b) En que el sentenciador tampoco vio en el acta de inspección ocular practicada en el juicio y en el correspondiente dictamen pericial que la zona en cuestión no quedó identificada como porción integrante del inmueble de mayor extensión, de que precisamente aquella quedó excluida según lo sostiene el recurrente.

Este enunciado revela a las claras que los presuntos errores censurados, de haberse cometido realmente, no serían de derecho como los califica el censor ni conllevarían quebranto de norma alguna sobre valoración probatorial sino que constituirían típicos yerros de hecho.

Reiterada y exhaustivamente ha venido insistiendo la Corte en puntualizar los perfiles característicos del error de derecho y del error de hecho en materia probatoria, por la incidencia decisiva que la irreductible diferenciación entre estos alcanza dentro de la preceptiva de la causal primera de casación, en su especie de quebranto de ley sustancial por vía indirecta. Así los siguientes conceptos constituyen ya lugar común en la doctrina:

"Como es bien sabido, según la definición corriente 'el error es la falsa noción de la realidad'. Entonces, aplicado este concepto general en punto de la apreciación que el juzgador hace de determinada o determinadas pruebas, es claro que el error de hecho que se puede cometer en esta toca siempre con la objetividad de dichas pruebas. Por lo tanto, el vicio se da cuando se supone medio que no existe en los autos, o cuando se ignora el que sí existe, o cuando se desconoce parte de su contenido, o cuando se le atribuye el que no tiene. En tales casos, el error es 'manifiesto' como lo requiere la ley al erigirlo en motivo de censura en casación. Por otra parte, si el error de derecho hace relación al tema probatorio, necesariamente implica la infracción de los preceptos legales que disciplinan dicho tema, o sea, que el mencionado error solamente puede presentarse cuando el juzgador admite medio que no está consagrado en la tarifa legal, o que estándolo, ha sido aducido al juicio en forma u oportunidad distinta de las prescritas, o cuando se le atribuye mayor o menor valor probatorio que el que tiene señalado por la ley" (casación de 4 de diciembre de 1967. Juicio de Leonel Echeverry Romero y otros contra Eloy Romero y otros, aún no publicado en la *Gaceta Judicial*).

Entonces claro, según ya se *dijo, que si el motivo de la acusación a un fallo se hace consistir, como en el presente caso, en que el sentenciador no vio o dejó de tener en cuenta cierta estipulación inserta en una escritura, cercenando así el contexto de ésta, el error cometido es de hecho por versar sobre el contenido objetivo del medio probatorio. Y otro tanto puede decirse si el motivo estriba en que dicho sentenciador, sobrepasando la apariencia material de una inspección ocular y de un dictamen pericial, imagina que en tales documentos consta la identificación de una porción de terreno que realmente no fue identificada. En estos eventos, no puede decirse que el fallo acusado haya desconocido el valor que la ley les asigna a los medios en cuestión, es decir, a las escrituras, actas de inspección y experticio, como tampoco que les haya atribuido a estos mérito de convicción que trascienda del que les compete conforme a la tarifa legal. O sea, que en los referidos eventos, que son cabalmente los contemplados en la censura, el pretendido error de derecho queda totalmente descartado por su propia naturaleza y alcance (casación, LXXVIII, página 566).*

En tales circunstancias el cargo no puede prosperar, porque es sabido que, dada la naturaleza extraordinaria del recurso, la aptitud decisoria de la Corte queda estrictamente limitada y circunscrita a las pautas trazadas por la demanda, en todo lo concerniente a la causal invocada, y a los motivos y conceptos en que esta pretende fundarse. "Y es tal la importancia de esa claridad y precisión en la demanda de casación, que la Corte no puede cambiar los términos de la acusación, declarando por ejemplo error de hecho, cuando el alegado es de derecho o viceversa. Sobre este particular es copiosa la jurisprudencia" (casación LX, página 705).

Segundo cargo. Se acusa el fallo por infracción directa de los artículos 674, 675, 678, 679 y 680 del Código Civil.

Considera el censor que, pese a la reiterada doctrina de la Corte, conforme a la cual es viable la acción de dominio en su especie de compensación pecuniaria al actor desposeído por obra de los municipios, con motivo de la remodelación de las calles y del señalamiento de los respectivos paramentos de los inmuebles aledaños, en concepto de la Procuraduría General de la Nación "no hay posesión como la garantiza y reglamenta nuestra ley positiva civil, sobre la zona o faja por parte del Municipio, sino que ha pasado a ser un 'bien público de los destinados al uso público', del patrimonio público de la nación, no del Municipio". "... Así no procedería contra el Municipio la acción reivindicatoria, reemplazada por la de condena al pago de una suma como compensación del valor de dicha zona o faja".

Por tanto, concluye la censura que, al condenar el Tribunal al Distrito Especial a pagarles a los actores la suma de $ 29.500.00 más los intereses legales correspondientes al lucro cesante, quebrantó el artículo 674 del Código Civil, que radica en el Estado el dominio de los bienes de uso público, como lo son las calles; el 675 *ibídem* que también declara la propiedad estatal de los inmuebles territoriales que carecen de otro dueño; el 678 *ibídem* que asigna a los particulares el uso de las calles, plazas, puentes y caminos públicos, ríos, lagos, etc. pertenecientes a la nación, sujeto tal uso a las prescripciones legales, y los artículos 679 y 680 *ibídem*, "por iguales motivos".

Consideraciones de la Corte

I

Ciertamente, acerca de la naturaleza y régimen de los bienes de uso público o común se han formulado varias teorías que van desde la revaluada hace largo tiempo que los considera como parte integrante del patrimonio del Estado y unidos a éste por un vínculo de dominio civil propiamente dicho, y con todos los atributos, facultades y prerrogativas inherentes a éste, sólo que mientras tales bienes conserven su destinación específica no pueden ser objeto de enajenaciones ni aún por parte de su titular hasta llegar a la teoría diametralmente opuesta, bien acogida por el pensamiento germano, que no solamente los declara incomerciables, sino que escapan a todo derecho subjetivo; son bienes unidos entre sí por su destinación y constituyen un patrimonio autónomo, es decir, independiente de toda persona pública o privada y respecto del cual el Estado, o sus órganos, u otras entidades oficiales tienen una función meramente tutelar en pro de los usuarios comunes.

En el medio de la precitada antítesis se ubica la teoría más generalizada, a lo menos en el pensamiento latino, que inspirada en el tradicional concepto del patrimonio-personalidad, subordina jurídicamente los bienes de uso común a la potestad del Estado o de otras entidades públicas como son, entre nosotros, los departamentos y los municipios. Empero, esta vinculación no se asimila al dominio civil, sino que se mira como un nexo, entre público y privado, con características propias, que somete los bienes en cuestión a la titularidad del Estado, pero que, más que prerrogativas o facultades de aprovechamiento de los mismos, le impone a éste funciones de custodia, defensa y administración. Tal es, en líneas generales, el sentido de las expresiones "dominio eminente" y "dominio sui generis", *empleadas para designar esta figura jurídica y distinguirla de la propiedad civil o común.*

Esta última variante doctrinal es la que mejor se acomoda al sistema latino de que forma parte nuestro ordenamiento positivo y es la que acertadamente ha sustentado nuestra jurisprudencia. Así ha dicho la Corte: "sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que esta se compone, se encuentra, el *usus* no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el *fructus* no existe, en tesis general, y el *abusus* tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo del Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, sino un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común. En todo caso, el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio *sui generis*" (sentencia S. de N. G. 26 de septiembre de 1940, L, 254).

II

Ahora bien, ante la precitada concepción jurisprudencial, es consecuente la tesis expuesta por el censor, conforme a la cual la posesión común, tal como la define y reglamenta nuestra legislación y que es proyección fáctica del clásico derecho de propiedad, no corresponde a la situación en que se encuentra el Estado frente a los bienes de uso público, como también lo es la afirmación de que, una vez adscritos éstos a esa destinación especial, ya no pueden ser objeto de acción reivindicatoria por parte de los propietarios desposeídos, ni contra el Estado ni contra los municipios en que se encuentren ubicados. La reivindicación in corpore *se hace jurídicamente imposible desde que los bienes en cuanto se encuentren fuera del comercio jurídico.*

III

Pero, estas tesis no se pueden llevar hasta el pretendido extremo de excluir de toda tutela jurídica el derecho de dominio irreversiblemente vulnerado por la actuación oficial que priva al dueño del aprovechamiento exclusivo de su bien y lo traslada al uso común. Con sobrada razón ha declarado la Corte a este respecto que "las calles públicas son bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio"; pero la ley

ha conferido a los concejos municipales la facultad de disponer lo conveniente sobre trazados, apertura, ensanche y arreglo de ellas, de donde resulta el derecho que tienen los municipios de modificar el nivel y la anchura de las calles; mas no ha de entenderse ese derecho en sentido absoluto, sin miramiento a los derechos de los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos, a quienes no se les puede cercenar impunemente su propiedad, para darles mayor anchura a las calles, ni impedirles o dificultarles el acceso a las vías públicas, sin la debida indemnización" (casación 29 de septiembre de 1934, XLI, 52).

"Repugna a la razón y a la equidad", para emplear expresiones de la misma jurisprudencia, y contradice abiertamente el máximo postulado del derecho *neminem laedere*, cohonestar la irresponsabilidad de las entidades oficiales que por su hecho, aún realizado con miras al interés general, resuelven remodelar una vía pública y lo hacen a expensas de los predios aledaños de propiedad ajena.

Ni el Estado ni entidad pública alguna escapan al principio generalísimo consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, que establece la responsabilidad extracontractual o aquiliana en que incurre cualquiera que por su hecho o culpa le irrogue daño a otro. Por tanto, poco importan la calificación jurídica o fáctica que se le dé a las relaciones entre el Estado y los bienes de uso público, y la circunstancia de que estos ya no puedan ser objeto de una acción reivindicatoria en sentido estricto. Lo incuestionable es que el propietario desposeído de ellos debe ser indemnizado precisamente por el autor de este hecho. Y siendo así, como ya quedó expresado, que por ley corresponde a las autoridades municipales producir la enajenación de las zonas destinadas a la remodelación y ampliación de las calles, las obligaciones indemnizatorias que se causen en tal actividad pesan sobre el respectivo municipio.

Para llegar a esta conclusión bastaría, pues, la regla general consagrada en el citado artículo 2341. Pero, además, teniendo en cuenta que en los aludidos casos se trata de tutelar el derecho de dominio y que conforme a nuestro ordenamiento positivo, cuando esto no es posible hacerlo en forma directa a través de la acción reivindicatoria propiamente dicha, esta se transforma en una acción indemnizatoria de objeto pecuniario, la jurisprudencia viene aplicando por analogía el artículo 955 del Código Civil que sanciona la enajenación de cosa ajena, que hace imposible o difícil la vindicación de ésta, y así, con fundamento en esta norma que es una proyección concreta del principio general del artículo 2341 ibídem, *ha deducido la responsabilidad en que incurren los municipios que se colocan en situaciones como la debatida en este juicio.*

En suma, el Tribunal sentenciador aplicó debidamente los textos legales antes citados y no quebrantó los invocados en la censura, por lo cual esta no prospera.

Resolución:

En mérito de las razones anteriormente 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 29 de noviembre de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Vicente y Guillermo Durana Camacho contra el Distrito Especial de Bogotá.

Sin costas por no haberse causado.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., junio 25 de 1968.

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

El señor Gabriel Restrepo Villa demandó al señor Blas Montoya Soto ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que soy dueño de los carbones minerales comprendidos en los lotes a que se refieren las letras a) y b) del hecho primero de esta demanda, situados en el paraje denominado 'La Maní', del Municipio de Amagá, los cuales adquirí como se indicó en el hecho segundo de la misma demanda.

"En subsidio de esta petición solicito la siguiente: Que tengo mejor derecho que el demandado, señor Blas Montoya, a los carbones minerales comprendidos dentro de los lotes a que se refiere el hecho primero de la demanda.

"b) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, principal o subsidiaria, el demandado está en la obligación de restituirme los carbones minerales que ha venido poseyendo y explotando de la veta segunda comprendida en los lotes de las letras a) y b) del hecho primero de la demanda.

"c) Que el demandado debe responderme por los productos de la veta en la parte que ha explotado, y no solamente los percibidos, sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad de haber tenido la veta en mi poder.

"d) Que el demandado debe pagarme las costas del juicio en caso de oposición".

Los hechos de la demanda pueden condensarse así:

1. El demandante es dueño de los carbones minerales existentes en el subsuelo de dos lotes de terreno ubicados en el paraje llamado "La Maní", en jurisdicción del Municipio de Amagá, y alindados como se indica en la misma demanda.

2. El propio demandante adquirió los carbones dichos, así: los existentes en el lote de la letra a) mediante estos instrumentos: Escritura número 222, otorgada en la Notaría de Amagá el 24 de marzo de 1928; Escritura número 514, extendida en la misma Notaría el 22 de julio de 1928. Escritura número 1380, pasada ante el Notario Tercero de Medellín el tres de julio de 1937, y Escritura número 243, corrida ante el Notario de Amagá el 30 de julio de 1938. Y los comprendidos dentro del lote de la letra b) por adjudicación que le fue hecha dentro del juicio divisorio de bienes comunes de Pedro Luis Echeverri contra el Departamento de Antioquia y otros, el cual se protocolizó por Escritura número 4348, extendida en la Notaría Tercera de Medellín el 23 de octubre de 1944.

3. Desde cuando adquirió los carbones mencionados, el señor Restrepo Villa ha venido poseyéndolos y explotándolos mediante socavones abiertos para extraer el material, y ello en forma continua, tranquila y sin oposición alguna, hasta hace unos dos años en que el demandado Montoya se apoderó de la veta segunda de esos carbones y se dedicó a explotarla, extrayendo y vendiendo el material.

4. Es posible que Montoya pretenda respaldar su derecho sobre los carbones que explota en la venta que le hicieron Hernando Quiceno y Guillermo Velásquez por Escritura número 7329, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín el 27 de noviembre de 1957, venta que comprende "todos los carbones contenidos en el subsuelo de las minas de 'El Roble': vetas segunda y tercera. 'El Pomal', vetas segunda y tercera, y los demás carbones, entre ellos los en compañía con Luis Ortiz, situados en el Municipio de Amagá", en predio que tiene los linderos señalados en aquel instrumento.

5. El señor Guillermo Velásquez, uno de los vendedores de carbones al demandado Montoya, promovió contra Restrepo Villa una querella de policía para que se abstuviera de perturbarlo en la explotación de la segunda veta de carbones, y en esa querella el mismo Restrepo fue conminado con multas para que cesara en sus actos perturbatorios.

6. El hecho de que Velásquez hubiera propuesto esa querella de policía, hizo pensar a Restrepo Villa que aquél había vuelto a adquirir los carbones mentados, pero en posiciones absueltas por Montoya manifestó éste que continuaba siendo poseedor de la referida veta segunda y que Velásquez era un simple arrendatario suyo.

7. Por medio de trabajadores el señor Montoya abrió un socavón y a los pocos metros empezó a explotar la veta segunda del primero de los lotes del demandante y avanzando el socavón en distintas direcciones llegó también a la segunda veta del otro de los lotes del mismo Restrepo, habiendo completado hasta ciento cincuenta metros de socavón para la extracción de los carbones de la veta dicha.

8. Montoya no sólo se ha apoderado de la referida segunda veta, sino que con la extracción de sus materiales y con las medidas de policía le ha causado a Restrepo gravísimos perjuicios de orden económico.

9. Todas las gestiones hechas por Restrepo para que Montoya le reconozca sus derechos y le respete la explotación de sus vetas carboníferas, han fracasado, por lo cual el demandante se ve en la necesidad de promover este litigio.

El demandado contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones del actor, negando la mayoría de los hechos y admitiendo unos pocos, entre ellos los de ser cierto que compró unos carbones a Hernando Quiceno y Guillermo Velásquez y que posee y explota dichos carbones.

El primer grado del juicio culminó con la sentencia de 15 de mayo de 1962, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas al actor.

La sentencia acusada

Surtida la segunda instancia por apelación de la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pronunció la sentencia de cinco de diciembre de 1963, por la cual se revocó la decisión de primer grado y en su lugar dispuso "declarar que el demandante, señor Gabriel Restrepo Villa, tiene mejor derecho que el opositor sobre las vetas de carbón a que se contrae el juicio, que éste debe restituírselas y que el demandado está en la obligación de pagar al actor los respectivos productos, desde la notificación de la demanda, los que serán liquidados conforme al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial".

Después de exponer los términos y el desarrollo de la litis, la motivación de la sentencia se refiere a los títulos allegados por las partes y expresa que, por su anterioridad, los títulos del demandante Restrepo deben ser preferidos por ofrecer mejor fundamento que los del demandado Montoya Soto. De consiguiente el fallo tiene por comprobado el derecho de dominio del actor sobre los carbones a que aluden sus títulos.

Respecto, del elemento de la reivindicación consistente en la posesión del demandado, dice la sentencia que tanto en las posiciones absueltas por éste como en la respuesta que dio a la demanda, no desconoció ser poseedor de los carbones a que se contrae la acción propuesta. Además de estas pruebas, cabe recordar que en la diligencia de inspección ocular que se practicó en primera instancia el representante del propio demandado reconoció que su mandante "se encuentra explotando carbones dentro del lote que el señor apoderado del demandante dice es de propiedad de su mandante". De manera que, por confesión del demandado, debe tenerse por establecido y satisfecho este requisito de la calidad de poseedor del propio demandado.

Expresa también el fallo que en este caso se trata de cosa singular, y en cuanto a la identificación de los lotes en cuyo subsuelo se encuentran los carbones, recuerda lo que sobre este otro requisito quedó expuesto en las inspecciones oculares practicadas en primera y segunda instancia y en los dictámenes de los peritos que intervinieron en las dos diligencias y concluye así: "El análisis de las exposiciones periciales relacionadas lleva a concluir que efectivamente sí quedó satisfecho en el proceso el requisito de la llamada identificación de lo que se reivindica, puesto que los expertos que la afirmaron dieron la razón de ser de los conceptos suyos, los que en sí tampoco llevan contradicciones o vaguedades, sin que las exposiciones de los otros peritos que desconocieron que los carbones de que trata el juicio estén comprendidos en los títulos que aportó la parte demandante sean de mejor calidad o atendibilidad que las de los otros, según se desprende del examen respectivo y de otras constancias procesales".

Continúa la sentencia diciendo que en primer grado se desestimaron los testimonios aportados por el demandante para sustentar sus pretensiones, pero que en verdad estas pruebas no son desechables del todo, desde luego que ofrecen algunos elementos utilizables. Se refiere a las declaraciones de Luis León, Ricardo Flórez, Andrés Zapata, Carlos Montoya, Pedro Rojas y otros, aducidas por el demandado para acreditar que su explotación de carbones se limita a lo indicado en su título, y dice que estos deponentes respondieron de acuerdo con las preguntas que les fueron formuladas y que, no obstante sus afirmaciones, manifestaron no haber verificado los linderos de lo adquirido por Montoya, ni visto la escritura, ni conocer el lindero llamado "manga de los Ospinas". "De consiguiente —expresa el fallo— los testimonios en mención no reúnen calidades bastantes para dar por identificado aquello que el opositor dice haber adquirido, y sobre todo de las declaraciones en mención tampoco se desprende con certeza que la titulación aportada por la parte actora no comprenda los carbones a que ella hace referencia. En otras palabras, la prueba testimonial en alusión no basta para desvirtuar el contenido de las exposiciones periciales en las cuales está afirmada la correspondiente identificación".

Anota la sentencia que en dos de los títulos presentados por el demandante Restrepo se excluyeron sendas vetas de carbón de propiedad de Pedro Echeverri, pero sucede que no hay prueba de que esas vetas excluidas correspondan precisamente a las que en este juicio se reclaman y que el demandado tampoco ha establecido que esté explotando tales vetas excluidas; por el contrario, existen pruebas de que el nombrado Echeverri estuvo laborando una de esas vetas. De modo que, por este aspecto, la parte demandada no ha enervado la acción que se ejercita en este negocio.

Las consideraciones anteriores llevan a la sentencia a concluir que hay fundamento suficiente para reconocer el dominio de la parte demandante sobre los carbones que son objeto de la acción reivindicatoria.

El fallo discurre sobre la obligación del demandado de pagar al actor los productos que ha obtenido en la explotación de los carbones y con respaldo en doctrinas de la Corte, expresa que el mismo Montoya debe ser condenado a abonar esos productos desde la notificación de la demanda, como poseedor de buena fe. Añade que, como no hay prueba fehaciente sobre el valor de tales productos, éste debe ser regulado por el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial.

El recurso de casación

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en la causal primera ha formulado un cargo contra el fallo de segunda instancia, cargo que la Corte procede a examinar.

Se hace consistir la censura en el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 946, 947, 949, 950, 952, 955, 961 y 964 del Código Civil, 553, 603, 604, 607, 609, 722 y 729 del Código Judicial, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso inicia la exposición del cargo diciendo que "el error de hecho consistió en admitir que se había demostrado la propiedad del demandante sobre los carbones poseídos por el demandado". En seguida señala como "pruebas indebidamente apreciadas" las siguientes: los títulos allegados por el demandante; el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos; los testimonios de Gabriel Echeverri, Pablo Restrepo, Andrés Herrera, Manuel Jaramillo y Abelardo León; la diligencia de inspección ocular efectuada en primera instancia y el dictamen de los peritos que en ella intervinieron; las declaraciones de Luis León, Carlos Flórez, Andrés Zapata, Carlos Montoya, Pedro Rojas, Francisco Montoya y Gabriel Hurtado; otra certificación del Registrador de Instrumentos Públicos; la diligencia de inspección ocular que se practicó en la segunda instancia y también el dictamen de los peritos que en ella tomaron parte.

Aborda el estudio de las pruebas y anota en primer lugar que la sentencia tuvo por establecido que el demandado Montoya posee los carbones a que se refiere la demanda con las posiciones absueltas por el mismo demandado, con la respuesta que éste dio al libelo y con la declaración que se dice haber hecho su mandatario en la diligencia de inspección ocular que se realizó en primera instancia. Sostiene que las posiciones no contienen respuesta alguna que respalde la conclusión del fallo, pues que el absolvente apenas dijo estar explotando una veta de carbón situada dentro de los linderos señalados en su escritura de adquisición, pero no admitió que el actor Restrepo tuviera derecho a esa veta ni que ella hiciera parte de lo que pertenece al mismo demandante. En igual sentido contestó Montoya la demanda, o sea que estaba poseyendo los carbones comprados por él a Hernando Quiceno y

Guillermo Velásquez, pero sin reconocer que tales carbones correspondieran a ninguna veta de propiedad de Restrepo. Fuera de lo anterior, la sentencia le atribuye el carácter de confesión a una manifestación que, sin su firma, se dice haber sido hecha por el mandatario del demandado en la inspección ocular de primer grado sobre que los carbones explotados por Montoya se encontraban dentro del lote que el actor afirmó ser de su propiedad. Tal manifestación no puede ser tenida como una confesión, porque no lleva la firma del apoderado y porque, según el artículo 607 del Código Judicial, la confesión del mandatario sólo vale cuando ha sido autorizado para hacerla, autorización que se presume para los escritos de demanda, de respuesta y de excepciones, lo que no ocurre en el caso presente. A continuación agrega el recurso:

"La prueba de posiciones, la contestación de la demanda y la inspección ocular referida, fueron indebidamente apreciadas, porque de ellas se pretendió deducir la confesión de que el demandado era poseedor de bienes de propiedad del demandante, cuando el señor Blas Montoya sólo admitió ser poseedor de carbones que le pertenecen, y que aún llegándolos a situar dentro de los linderos consignados en el hecho primero de la demanda, no resultarían de propiedad del señor Restrepo Villa, por no haber establecido éste, como más adelante se verá, la propiedad sobre todos los carbones comprendidos en los dos lotes señalados en el hecho primero del libelo".

Pasa el recurso a referirse al requisito de la identificación de la cosa que es objeto de la litis; dice que, en este caso, la sentencia tuvo por comprobado este requisito con los títulos aducidos por el demandante, con las actas de la diligencia de inspección ocular y con los dictámenes periciales de primera y de segunda instancia, y sostiene que estas probanzas también fueron indebidamente apreciadas y que de ellas se dedujo una conclusión errónea. En efecto, y según el mismo recurso, en la inspección ocular de primer grado no se identificaron todos los linderos de los lotes señalados en la demanda, ni se estableció que los carbones explotados por Montoya estuvieran dentro de esos linderos. En tal inspección se identificó el lote especificado en la letra a) del hecho primero de la demanda, pero no se comprobó que los carbones poseídos por el demandado se encuentren dentro de dicho lote. En la inspección ocular de segunda instancia los personeros de las partes dieron por identificado el lote singularizado en la letra b) del mismo primer hecho de la demanda, pero esto no significa que se hubiera establecido que los carbones que explota Montoya se hallen situados en el subsuelo de este lote.

El recurso se ocupa en el análisis de los dictámenes periciales de primera y de segunda instancia y alude al concepto de cada uno de los expertos para señalar sus afirmaciones y las deficiencias o errores que el impugnante pretende encontrar allí. Dice que el dictamen del perito Pedro Alvarez, aunque favorable a las pretensiones del actor, no puede ser apreciado en forma absoluta como lo hizo el fallo, porque este experto incurre en errores tales como el de fijar en tres mil metros la longitud de los trabajos realizados en la veta segunda; además, admite que, según el plano de partición entre Pedro Luis Echeverri y el Ferrocarril de Antioquia y otros, los carbones que actualmente explota Montoya no quedarían dentro de los lotes indicados en la demanda, y dice también que los socavones están obstruidos y que por ello es imposible recorrerlos, lo cual denota que las medidas tomadas por este perito y su examen se hicieron sobre la superficie del terreno, restándole así mérito a su peritación. Acerca del concepto del perito Bernardo A. Urán afirma el recurso que éste no pudo ver ni medir un solo frente de trabajo y explotación del señor Montoya por haber encontrado inundada la entrada de la mina, pero que esto no le impidió afirmar que por la mina de Restrepo Villa, se dio cuenta de las labores de explotación que realiza el citado Montoya. En relación con el concepto del perito José Correa anota que éste dice haber identificado los lotes señalados en la demanda y que agrega que, como en la actualidad no se efectúa ninguna explotación o trabajo en esos lotes, nada puede afirmar respecto de la posesión que allí ejerza el señor Montoya. Sobre el concepto del perito Bernardo Aguilar observa que se limita a expresar que los lotes de la demanda fueron identificados, que no funda su dictamen y que ignora si el demandado explota allí carbones. En seguida añade el mismo recurso: "Como los otros dos peritos claramente indican que la explotación hecha por el señor Montoya no está dentro de los lotes sobre los cuales alega propiedad el demandante, la apreciación de los seis dictámenes periciales no puede llevar a la conclusión de la sentencia acusada, sino que claramente muestra que en el juicio no logró identificarse el bien poseído por el señor Montoya como el mismo indicado en la demanda de reivindicación".

El recurrente recuerda que el fallo impugnado aludió a los testimonios aportados por el demandante para expresar que, aunque habían sido de-

sechados por el sentenciador de primer grado, ofrecen elementos que pueden ser utilizados, pero no indica cuáles son estos elementos, lo cual demuestra que ese fallo no tiene ningún respaldo en esta prueba. Además, la misma sentencia no desvirtuó el examen que de tales declaraciones se hizo en primera instancia.

Afirma también la demanda de casación que la sentencia acusada rechazó las declaraciones aducidas por el demandado con el argumento de que los testigos no conocen ni verificaron los linderos del lote en que Montoya explota carbones, pero que estos reparos no corresponden a una apreciación correcta de la prueba, toda vez que los deponentes dan la razón de sus dichos, conocen la mina del citado Montoya y aseveran que ésta no se encuentra dentro de los lotes que reclama Restrepo Villa, y que además no hay que olvidar que aquí no se reivindica una porción de terreno, sino una mina.

La sentencia impugnada admite, según el recurso, que en los títulos presentados por el demandante aparece que se excluyeron unos carbones explotados por Pedro Echeverri, pero que sostiene a la vez que tal exclusión no infirma ni enerva la acción propuesta, porque el demandado no demostró estar laborando precisamente los carbones excluidos. A este respecto expresa el mismo recurso que, como el actor asevera que el demandado explota carbones de su propiedad dentro de los lotes indicados en la demanda, correspondía al propio demandante suministrar la prueba de que los carbones explotados por Montoya no eran de los excluidos en sus títulos, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1757 del Código Civil, norma que por tanto fue indebidamente aplicada en este caso. En respaldo de esta tesis cita una jurisprudencia de la Corte y pone fin a la exposición del cargo en los términos siguientes:

"La indebida apreciación de las pruebas que se ha indicado condujo al sentenciador al evidente error de tener por demostrado en el juicio que Gabriel Restrepo Villa era propietario de los carbones poseídos por Blas Montoya Soto. Si la sentencia acusada no contuviera las indebidas apreciaciones de tales pruebas, no habría incurrido el fallador en el evidente error de hecho y habría lógicamente concluido que en el proceso no logró establecerse identidad entre la propiedad del demandante y la posesión del demandado.

"Ese evidente error de hecho se produjo por aplicación indebida de las normas citadas, que hacen relación a los testimonios, a la confesión y a la inspección ocular, como también a la indebida aplicación del artículo 722 del Código Judicial, ya que los dictámenes periciales no fueron en este juicio uniformes en el sentido en que los apreció el Tribunal, ni hubo dos de ellos que establecieran la identidad del bien reivindicado con el poseído por el demandado.

"Las anteriores violaciones medio llevaron al fallador a la indebida aplicación de las normas del Código Civil citadas al enunciar el cargo, porque, no habiéndose demostrado la identidad de que tanto se ha hablado, no era posible declarar el dominio del demandante sobre el bien poseído por el demandado, ni ordenar la restitución y el pago de productos y de costas, sino que, en correcta aplicación de las mismas normas, se imponía la absolución que decretó el juez de primera instancia".

Consideraciones de la Corte:

La sentencia tiene por comprobados en este juicio los cuatro elementos que concurren a estructurar la acción reivindicatoria, a saber: el dominio del demandante, la posesión del demandado, la calidad de cosa singular de las vetas carboníferas que son objeto de la acción y la identidad entre la cosa que reclama el actor y la que posee el demandado. Examinados con toda atención los diversos aspectos de la censura que el recurso formula contra dicho fallo, se viene en conclusión de que el cargo se encamina y contrae a demostrar que aquí se violaron varios preceptos sustanciales a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas que se tuvieron en cuenta para dar por acreditado el requisito de la identidad entre el bien que persigue el demandante y el que posee el demandado. Todos los argumentos del recurrente giran alrededor de este punto. No contradice él los títulos del demandante, ni la calidad de cosa singular de los carbones que son materia de la acción de dominio, ni niega que el demandado posee y explota unas vetas de carbón que afirma pertenecerle. Lo que Montoya discute y niega es que una de estas vetas sea la misma que reclama y explota como suya el demandante Restrepo Villa, y sostiene que, al dar por demostrada esta identidad, la sentencia incurrió en un evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas concernientes a este factor de la reivindicación.

En posiciones absueltas antes del juicio dijo Montoya que posee y explota por conducto de arrendatarios las vetas de carbón que compró a Hernando Quiceno y Guillermo Velásquez por la Escritura número 7329, de noviembre 27 de 1957,

pero que en esas vetas no tiene carbones el señor Restrepo Villa, aunque sí puede que los tenga a lindes con lo adquirido por el absolvente. Agrega que fue su arrendatario Guillermo Velásquez quien inició la explotación de esos carbones mediante un socavón que abrió en el terreno llamado "Lote de los Comuneros" y que el propio absolvente sabe, porque se lo dijeron, "que los trabajos de Velásquez y los de Restrepo se encontraron entre la tierra, pero no sé en propiedad de quién". En la respuesta a la demanda inicial de esta litis, expresa Montoya más o menos lo mismo que dijo en la absolución de posiciones.

En primera instancia se llevó a cabo una inspección ocular con peritos al lugar en donde se encuentran las carboneras en litigio. A esa diligencia asistieron los apoderados de las partes y en ella fueron identificados los lotes que se especificaron en la demanda inicial, aunque el juez manifestó no estar de acuerdo sobre uno de los linderos con lo dicho por los testigos que allí declararon. En el acta de la misma diligencia se lee, entre otras cosas, lo siguiente: "También se deja constancia de que el señor apoderado de la parte demandada, quien se retiró antes de la diligencia por compromisos profesionales, aceptó que su poderdante se encuentra explotando carbones dentro del lote que el señor apoderado del demandante dice es de propiedad de su mandante y que aquél manifiesta se encuentran dentro del lote denominado 'El Pomal' ".

Las pruebas anteriores, o sean la absolución de posiciones, la respuesta a la demanda y la constancia dejada por el juez en el acta de la inspección ocular, constituyen el respaldo de la conclusión deducida por la sentencia de estar comprobada la identificación de los carbones reclamados por el actor con los poseídos y explotados por el demandado. El recurso sostiene, por el contrario, que las pruebas en mención no acreditan la identificación dicha y que el fallo incurrió en un manifiesto error de hecho al deducir de ellas la demostración de este elemento de la acción reivindicatoria.

El demandado Montoya expresa que en noviembre de 1957 adquirió unas vetas de carbón y que desde entonces las viene laborando por conducto de su arrendatario y tradente Guillermo Velásquez; que la explotación de una de esas vetas se realiza por un socavón abierto en una porción de terreno llamada "Lote de los Comuneros"; que esos carbones no son de Restrepo Villa, aunque puede que este sí los tenga a lindes, y que sabe, porque se lo dijeron, que los trabajos de Velásquez y de Restrepo se encontraron entre la tierra, aunque ignora en propiedad de quién. Esta declaración del demandado aparece confirmada y puesta más en claro por la constancia que el juez dejó en el acta de la inspección ocular de primer grado, referente a que el personero del mismo Montoya reconoció que éste estaba explotando carbones que se hallaban dentro del lote en que figuran situados los que reclama como suyos el demandante Restrepo. A propósito de esta constancia vale recordar que, según el artículo 730 del Código Judicial, "el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez". El estudio de estas pruebas pone de relieve que la sentencia no les ha dado ningún contenido diferente del que ellas mismas ofrecen, es decir, que no se descubre ninguna contraevidencia en la apreciación de tales pruebas ni que el fallo hubiera incurrido por tanto en el error de hecho que se le imputa.

Y aún más: en las dos instancias de este juicio se practicaron sendas inspecciones oculares con peritos y se recibieron varios testimonios de parte y parte. Estas pruebas acreditan los siguientes hechos: primero, que los litigantes Restrepo y Montoya explotan unas vetas de carbón mineral ubicadas en el paraje de "La Maní", jurisdicción del Municipio de Amagá; segundo, que el demandante labora una de esas vetas por un socavón abierto en un lote señalado en la demanda con la letra b), y que a su vez el demandado también explota carbones por otro socavón construido en un lote contiguo, llamado "Lote de los Comuneros"; tercero, que la boca de este segundo socavón dista veintisiete metros del lindero del referido lote b), de propiedad del actor y noventa metros de la entrada del otro socavón por donde el mismo Restrepo explota los carbones que reclama como suyos; cuarto, que por el socavón del "Lote de los Comuneros" se explotó hace años una veta que aparece agotada, que más tarde se varió el rumbo del sismo socavón para trabajar una segunda veta y que luego, cuando adquirió allí carbones el demandado Montoya, continuó éste tal explotación y sus trabajos de laboreo se encontraron con los del demandante Restrepo Villa. Estos hechos resultan del examen de las inspecciones oculares, de los dictámenes periciales rendidos y de los testimonios allegados por ambos litigantes. Los mismos hechos corroboran que los trabajos de explotación de carbones realizados por el señor Montoya avanzaron hasta penetrar en una veta que pertenece al demandante Restrepo y que por tanto la sentencia no cometió ningún error de hecho al tener por esta-

blecida con las pruebas primeramente indicadas la identificación entre los carbones de propiedad del actor y los que posee y explota el demandado en la veta referida.

Como queda visto, el recurso se extiende en otras consideraciones sobre las pruebas para atribuirle al fallo una descaminada apreciación de ellas, pero no expresa de manera concreta si esa supuesta mala apreciación dio lugar a errores de hecho o de derecho, en forma tal que la Corte pudiera entrar a estudiar si se cometieron esos yerros, fuera del que se deja ya examinado. Así, por ejemplo, dice el mismo recurso que la sentencia quebrantó el artículo 1757 del Código Civil por haberle exigido al demandado y no al actor la prueba de que los carbones que éste reclama y de que se considera dueño no son de los excluidos en sus títulos. Afirma también que se violó el artículo 722 del Código Judicial, porque los dictámenes periciales no fueron uniformes. Y esto cuando el fallo no se fundó en tales dictámenes y cuando correspondía al demandado enervar la acción ejercitada por el demandante, demostrando que los carbones que él posee y explota no hacen en realidad parte de los que el propio actor comprobó pertenecerle.

De estas consideraciones se concluye que el cargo carece de fundamento.

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 cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio de reivindicación propuesto por Gabriel Restrepo Villa contra Blas Montoya Soto.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

(Este fallo fue discutido y acordado por la Sala en la sesión efectuada el dieciocho del presente mes de junio, según aparece en el Acta número 32).

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, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REIVINDICACION DE CUOTA

Plus petitiore. — Falta de consonancia entre el fallo y la pretensión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, junio 28 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Carlos J. Medellín.*

(Aprobado Acta número 35 de 26 de junio de 1968).

Cumplida la tramitación legal correspondiente se procede a fallar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia pronunciada en el juicio ordinario seguido por Bartolomé Arroyave, Julio Arroyave y Manuel Solórzano contra José Gregorio Restrepo, sobre reivindicación de un inmueble.

El proceso

Por medio de demanda repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, los señores Bartolomé Arroyave, Julio Arroyave y Manuel Solórzano promovieron acción reivindicatoria o de dominio contra José Gregorio Restrepo a fin de que con audiencia de éste se pronuncien las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que pertenece en dominio pleno y absoluto a los demandantes el inmueble ubicado en el Municipio de Medellín, especificado por su situación y sus linderos como en la demanda se expresa.

2ª Que como consecuencia de tal declaración se condene al demandado a restituir dicho inmueble a los demandantes.

3ª Que se condene al demandado como poseedor de mala fe a pagar todos los frutos naturales y civiles del inmueble materia de la demanda, y no sólo los percibidos sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde el día 24 de julio de 1955 en adelante hasta el día en que se efectúe la entrega material del inmueble solicitada en la demanda.

4ª Que se inscriba la sentencia en el Libro Primero de Registro de la Oficina respectiva, una vez ejecutoriada.

5ª Que se condene al demandado en las costas del juicio.

Enunciaron los actores como hechos fundamentales de su demanda los siguientes:

1º Que el finado Presbítero Eleuterio Restrepo compró al señor Eufrasio Restrepo por Escritura número 1686 de 13 de septiembre de 1875 de la Notaría Segunda de Medellín, el inmueble especificado en la enunciación de este hecho.

2º Que el Presbítero Eleuterio Restrepo, por medio de apoderado y por Escritura número 998 de 25 de agosto de 1898 de la Notaría Primera de Medellín, dividió el inmueble en dos partes: la mitad para la señora Lucía Restrepo de Arango, y la otra mitad, con usufructo, para las señoritas Eloisa y Benilda Restrepo, por los linderos que en la enunciación de este hecho se expresan, y que son los mismos con que se deslinda el inmueble materia de la demanda.

3º Que muerto el Presbítero Eleuterio Restrepo se declaró abierta su sucesión, y en la liquidación y adjudicación de sus bienes se adjudicaron estos totalmente a la señora Leonor Restrepo de Arroyave, único heredero, comprendiéndose en tal adjudicación la nuda propiedad del inmueble dado en usufructo a las señoritas Eloisa y Benilda Restrepo, que es el mismo que se reclama en la demanda.

4º Que muerta la señora Leonor Restrepo de Arroyave, sus bienes fueron adjudicados a sus herederos, distribuyéndose entre estos, por cuotas partes, la nuda propiedad del inmueble ma-

teria de la demanda en las siguientes proporciones, con base en el avalúo de ocho mil cien pesos ($ 8.100.00), dado al total de dicha nuda propiedad: a la heredera Ana Arroyave, un derecho por valor de mil setecientos treinta y nueve pesos ($ 1.739.00); al cónyuge sobreviviente, Bartolomé Arroyave, un derecho por valor de ochocientos ochenta y cuatro pesos ($ 884.00); a Esther Arroyave R. un derecho por valor de mil setecientos treinta y nueve pesos ($ 1.739.00); a Julio y Ana Arroyave, un derecho por valor de doscientos sesenta pesos ($ 260.00); a Leonor Arroyave de V. un derecho por valor de mil setecientos treinta y nueve pesos ($ 1.739.00), y a Julio Arroyave un derecho por valor de mil setecientos treinta y nueve pesos ($ 1.739.00).

5º Que Manuel Solórzano adquirió por compra los derechos de Ana, Leonor y Julio Arroyave, que les fueron adjudicados en la sucesión de Leonor Restrepo de Arroyave en la nuda propiedad de que se viene hablando.

6º Que Eloisa y Benilda Restrepo murieron el 25 de diciembre de 1952 y el 24 de julio de 1955, respectivamente, y cuando esta última murió el bien materia de la demanda era administrado por el demandado José Gregorio Restrepo, quien en la actualidad es poseedor de él.

7º Que la señorita Esther Arroyave murió dejando como único heredero a su padre Bartolomé Arroyave.

8º Que habiéndose extinguido el derecho de usufructo con la muerte de la última usufructuaria, señora Benilda Restrepo, se consolidó en favor de los demandantes la plena propiedad del inmueble materia de su acción reivindicatoria, y surgió, en consecuencia, su derecho para entrar en posesión y disfrute de dicho bien, derechos que sistemáticamente les han sido desconocidos por el demandado, como poseedor de mala fe desde el 24 de julio de 1955, fecha en que murió la última usufructuaria.

9º Que las usufructuarias del inmueble de que se trata promovieron un juicio sobre declaración de pertenencia, que terminó por sentencia desfavorable a sus pretensiones.

El demandado se opuso a la acción ejercitada en la demanda y propuso las excepciones que expresa en el escrito de contestación.

Trabada la litis con base en estos hechos, se falló el juicio en primera instancia en sentido totalmente desfavorable a las pretensiones de los demandantes. Y, recurrido dicho fallo en apelación, fue revocado por el respectivo superior mediante la sentencia de segunda instancia que es objeto del presente recurso de casación.

La sentencia acusada

Dice la parte resolutiva del fallo:

"1a *Declárase* que los demandantes Bartolomé Arroyave González, Julio Arroyave R. y Manuel Solórzano, mayores y de este vecindario, tienen el derecho de dominio de $ 884.00, $ 1.739.00 y $ 3.738.00 respectivamente, en relación con un avalúo de $ 8.100.00 sobre la cuota o derecho proindiviso de tercera parte del inmueble situado en esta ciudad que tiene los siguientes linderos: 'Por el frente con la calle de Juanambú; por el norte, con el callejón que une esa calle con la de Campo Serrano (hoy carrera Cundinamarca); por el occidente con la carrera Cundinamarca y por el sur con la otra media casa entregada a la señora Lucía Restrepo de Arango'.

"2º Como consecuencia de la declaración anterior condénase al demandado José Gregorio Restrepo, mayor y vecino, a restituir a la demandante dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, los derechos antes especificados sobre la tercera parte del inmueble detallado en el numeral que antecede.

"3º Declárase que el demandado como poseedor de buena fe, debe pagar a los demandantes los frutos civiles y naturales que hubieren producido o podido producir con mediana inteligencia y actividad a partir de la fecha de la contestación de la demanda y hasta que haga la entrega, los derechos reconocidos en la cuota de tercera parte sobre el inmueble preanotado. Dichos frutos se liquidarán en la forma indicada por el artículo 553 del Código Judicial.

"4º Inscríbase esta sentencia en el Libro Primero de Registro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, después de que se encuentre ejecutoriada.

"5º No se hace condenación en costas.

"6º Se declaran no comprobadas las excepciones que propuso el demandado en relación con las declaraciones acogidas.

"7º Queda en los anteriores términos revocada o sustituida la sentencia motivo de la apelación".

Como soportes principales de este fallo, y especialmente en lo que se relaciona con los cargos que contra él formula el recurrente, dijo el Tribunal:

"Los demandantes no han demostrado plenamente ser dueños de la totalidad del inmueble cuya restitución se impetra, pero sí han demostrado que en la cuota de tercera parte poseída por el demandado tienen derechos que destruyen la presunción de dominio que tiene el demandado poseedor.

"El artículo 210 del Código Judicial establece que si el demandante pide más de lo que se le debe, el juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda. Por consiguiente, si una persona alega ser dueña de un inmueble y no demuestra serlo de la totalidad sino de un derecho o cuota proindiviso, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 472 del Código Judicial y los principios de celeridad y economía, es procedente reconocerle el derecho de dominio a lo demostrado.

"No se ha demostrado que el demandante Bartolomé Arroyave tenga el derecho de dominio pleno sobre el inmueble motivo de la presente acción de dominio.

"Ha demostrado dicho demandante que en la sucesión de la señora Leonor Restrepo de Arroyave se le adjudicó una cuota o derecho proindiviso de $ 884.00 en relación con un avalúo de $ 8.100.00, dado a la nuda propiedad sobre la totalidad del referido bien raíz, según la copia de la hijuela y sentencia que obra a folios 12 a 14 de este cuaderno.

"El mismo demandante ha demostrado que en la sucesión de la señora Esther Arroyave se decretó la posesión efectiva de la herencia representada por Bartolomé Arroyave G., respecto de un derecho que tenía la causante sobre la nuda propiedad del bien que se reivindica, derecho o cuota proindiviso de $ 1.739.00 sobre un avalúo de $ 8.100.00 (folios 41 f. y v. de este cuaderno principal y folios 8 f. y 9 f. del cuaderno número 2).

"Pero eso no significa que el demandante Arroyave sea dueño de la totalidad del inmueble a que se ha hecho referencia y que tampoco sea dueño de la cuota o derecho proindiviso dejado por la causante Esther Arroyave. Dicho derecho o cuota correspondería a la sucesión antes mencionada, la cual no ha demandado, y no puede entenderse que el demandante Arroyave ha pedido para dicha sucesión.

"En cuanto al demandante Manuel Solórzano no ha demostrado tampoco que sea el dueño de la totalidad del inmueble que se reivindica.

"El señor Solórzano por medio de la Escritura pública número 4984 de 24 de julio de 1954, de la Notaría 4ª del Circuito de Medellín (folios 16 a 17 de este cuaderno principal), adquirió por compra a Ana Arroyave de S., un derecho de $ 1.739.00 sobre un avalúo de $ 8.100.00 dado a la nuda propiedad del bien que se reivindica. Por medio de la Escritura pública número 1203 de 8 de febrero de 1951 de la Notaría 1ª de Medellín (folios 18, 19 del cuaderno principal), adquirió por compra a la señora Leonor Arroyave de Velásquez un derecho o cuota proindiviso por valor de $ 1.739.00 en relación con un avalúo de $ 8.100.00 dado a la nuda propiedad del inmueble motivo de la reivindicación. El mismo demandante por medio de la Escritura pública número 1197 de 8 de febrero de 1951 de la Notaría 1ª de Medellín, compró a los señores Julio Arroyave R. y Ana Arroyave R. un derecho o cuota proindiviso de $ 260.00 en relación con un avalúo de $ 8.100.00 en la nuda propiedad del inmueble motivo de la reivindicación. En total $ 3.738.00 en relación con un avalúo de $ 8.100.00.

"En cuanto al demandante Julio Arroyave aparece de autos que no es el propietario del bien inmueble motivo de la reivindicación. Aparece prueba de que a dicho codemandante se le adjudicó en la sucesión de la señora Leonor Restrepo de Arroyave un derecho o cuota proindiviso de $ 1.739.00 en relación con un avalúo de $ 8.100.00 dado a la nuda propiedad del bien que se persigue en este juicio. La copia que obra a folios 26 a 28 de este cuaderno prueba plenamente dicho hecho.

"La nuda propiedad en favor de los precitados demandantes y en relación con las cuotas que tienen en el inmueble, según lo antes relacionado, se consolidó, pues las usufructuarias Eloisa y Benilda Restrepo fallecieron, como está plenamente comprobado con las partidas de defunción que obran a folios 4 a 5 de este cuaderno.

"El demandado no ha aportado a los autos título en favor que sirviera para enervar los títulos presentados por los actores.

"La sentencia que aparece a folios 9 a 10 del cuaderno número 4 y a folios 18 f. y v. del cuaderno número 2, está indicando que al señor José Gabriel (sic) Restrepo en el año de 1932 se le reconoció en el juicio ordinario de pertenencia de José Gabriel (sic) Restrepo contra Eloisa y Benilda Restrepo como dueño de un derecho de tercera parte sobre el bien raíz motivo de la reivindicación.

"Dicho fallo no les es oponible a los demandantes, puesto que no produjo efectos *erga omnes*, ya que se pronunció sin su audiencia o sin la audiencia o intervención de los causahabien-

tes (sic) de los demandantes, los cuales eran nudos propietarios del inmueble ya mencionado (artículo 12 Ley 120 de 1928).

"De lo antedicho se desprende que el demandado debe restituir a los demandantes las cuotas o derechos proindiviso que dichos actores tienen sobre la cuota o derecho de tercera parte del inmueble prealudido".

El recurso

Contra la decisión del Tribunal sentenciador formuló la parte recurrente los cargos que textualmente se transcriben a continuación,

Primer cargo. "Ser la sentencia violatoria de los artículos 470 a 476 del Código Judicial, disposiciones estas incuestionablemente sustantivas.

"El honorable Tribunal Superior de Medellín en la sentencia materia del recurso de casación decidió sobre puntos ajenos a la controversia (*ultra petita*), pues no solamente condenó al demandado José Gregorio Restrepo a devolver el inmueble materia del litigio, sino también resolvió que los demandantes Bartolomé Arroyave González, Julio Arroyave R. y Manuel Solórzano, tienen el derecho de dominio de $ 884.00, $ 1.139.00 (sic) y $ 3.738.00 respectivamente, en relación con un avalúo de $ 8.100.00 sobre la cuota o derecho proindiviso de tercera parte en el inmueble situado en esta ciudad que tiene los siguientes linderos: 'Por el frente con la calle de Juanambú; por el Norte, con el callejón que une esa calle con la de Campo Serrano (hoy carrera Cundinamarca); por el Occidente con la carrera Cundinamarca y por el Sur con la otra media casa entregada a la señora Lucía Restrepo de Arango'.

"La sentencia decidió, mejor dicho, lo pedido por la parte demandante no corresponde a las pretensiones de ésta, es decir, hay incongruencia entre lo pedido y lo decidido, de donde se deduce que el fallo no está en consonancia con la acción ejercitada en el libelo demandatorio, ya que resolvió sobre asuntos que no fueron pedidos o solicitados".

Segundo cargo. "Violación al artículo 2673 del Código Civil, por cuanto no se tuvo en cuenta la sentencia proferida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín —que en copia se acompañó debidamente registrada y que obra en autos—. Dicha sentencia declara que el señor José Gabriel (sic) Restrepo es dueño de la tercera parte del inmueble materia de la traba.

"El señor José Gabriel (sic) Restrepo al morir dejó como herederos a sus hijos José Gregorio, David de igual apellido, lo mismo que a sus hijas naturales Teresa y Ofelia Velásquez o Restrepo, todos estos que fueron declarados herederos en el juicio sucesorio de éste, como consta de autos y no fueron demandados. La excepción pertinente fue propuesta en tiempo oportuno y no se decidió, motivo por el cual adolece de insuficiencia la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Medellín".

Consideraciones de la Corte:

I. Atribuye el recurrente al Tribunal sentenciador el error de haber decidido sobre las cuotas proindiviso de cada uno de los demandantes en el inmueble materia de la demanda, sin que tal cosa hubiera sido objeto de la litis. De donde concluye que tal decisión entraña fallo *ultra petita*, por cuanto resolvió sobre lo que no estaba pedido en la demanda. Se examina el cargo:

Los tres demandantes impetraron por medio de su apoderado la declaración de dominio sobre el inmueble especificado en la demanda, como *cosa corporal*, y pidieron se condenara al demandado a restituirles tal inmueble en esa misma calidad de bien corporal.

No encontrando el Tribunal aquel derecho en la totalidad del bien, sino en cuotas proindiviso que no completan la unidad, declaró el derecho de cada demandante sobre una cuota determinada y condenó al demandado a restituirla hasta concurrencia de la tercera parte, que según el fallo posee el demandado sobre el inmueble de que se trata.

Para proceder de ese modo le dio el Tribunal aplicación a la norma del artículo 210 del Código Judicial, que prescribe la conducta del juez en los casos de petición excesiva por parte del demandante en proceso civil.

Este error del demandante, que fue previsto desde el Derecho Romano bajo la denominación de *plus petitio re*, puede presentarse en casos como los siguientes:

1. *El actor pretende derecho a determinada cantidad de cosa* in genere *y no prueba tenerlo sino a una cantidad menor.*

El actor pide en la demanda la declaración de un derecho suyo sobre distintos objetos como cuerpos ciertos, *y no resulta tenerlo en todos, sino en uno o más de ellos con exclusión de los otros.*

En eventos como estos es de aplicación el precepto del citado artículo 210 del Código Judicial.

Pero distinto es el caso de que el demandante en juicio de reivindicación no pruebe tener derecho de dominio sobre la totalidad del bien objeto de su demanda, como cosa corporal, *sino tan sólo sobre una cuota o derecho de comunidad, como* bien incorporal, *así radique en la misma cosa que es materia de la acción. En tal evento, el derecho que se encuentra tener el demandante es de naturaleza distinta de aquél de que se pretende titular, a pesar de que se encuentra radicado en este último, porque uno es el derecho de cuota proindiviso en cosa singular, y otro el de dominio sobre esta última como bien corporal.*

De este modo lo ha entendido el legislador colombiano al instituir por separado la acción reivindicatoria o de dominio de una cosa singular *y* corporal *(artículo 947 del Código Civil), y la reivindicatoria de una* cuota determinada proindiviso *de una cosa singular (artículo 949* ibídem*).*

La distinción jurídica entre estas dos modalidades de la acción reivindicatoria, en cuanto a su objeto se refiere, aparece claramente señalada en varios fallos de la Corte, en los términos siguientes:

"Por ello erró el camino el actor al demandar para que se le restituya un cuerpo cierto, sobre el cual no probó tener derecho de propiedad, en vez de demandar la recuperación de la cuota, en el sentido objetivo de la palabra, esto es, en cuanto la recuperación se proyecta en goce material de la cosa común, en proporción a la cuota, por haber acreditado que es titular de un derecho de copropiedad sobre el mismo fundo. En una palabra, el demandante ha tratado de reivindicar lo que no tiene, o sea, el fundo total —pues no es propietario— en vez de reivindicar lo que tiene, o sea la cuota proindiviso, ya que es copropietario" (LXXVII, página 599).

"No siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa, su acción no es la consagrada en el artículo 946 del Código Civil, sino la establecida en el 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicada" (XCI, página 528).

Es toda evidencia que los demandantes en este juicio no pidieron la reivindicación de la cuota determinada o derecho de condominio que cada uno dice tener en el inmueble especificado en la demanda como cosa singular y corporal. El objeto de su acción reivindicatoria fue el dicho inmueble en esta última calidad jurídica. Y sin embargo, de ello el Tribunal decidió sobre aquellas cuotas, que según quedó dicho son bienes incorporales de naturaleza jurídica distinta de la del bien corporal en que radican, considerado en su materialidad, y condenó al demandado a restituirlas.

De ese modo el Tribunal sentenciador se desvió del camino trazado por la relación procesal entre las partes contendientes, y llegó por vía equivocada a pronunciarse en su fallo sobre objeto y acción no comprendidos en aquella relación, incurriendo así en el error *in judicando* de falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado, que constituye la causal de casación señalada en el ordinal 2º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964.

II. Siendo suficiente la causal de casación que se deja examinada para invalidar el fallo recurrido, resulta superfluo entrar a examinar el segundo cargo formulado por el recurrente contra dicho fallo. Por esa razón no se hace declaración respecto de él.

III. En tesis general, *cuando se encuentra demostrado el cargo de falta de consonancia entre el fallo y las pretensiones de la acción o de la excepción, el cometido de la Corte, en función de instancia, es establecer aquella consonancia, limitando la decisión a las pretensiones de las partes deducidas en juicio.*

Colocada la Corte en ese terreno, y encontrando justicia en nombre de la República de de título y modo de adquisición del dominio pleno por parte de los demandantes sobre el inmueble materia de su acción, habrá de confirmar, asumiendo las funciones de Tribunal de instancia, el fallo de primer grado.

Resolución

Por 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, CASA la sentencia de fecha 16 de abril de 1964, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de Bartolomé Arroyave y otros contra José Gregorio Restrepo, sobre reivindicación de un inmueble, y en su

lugar *confirma* la sentencia de primera instancia de fecha dos (2) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963), dictada por el Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín, y condena a la parte demandante en las costas de la segunda instancia, *dejando a salvo la acción* que tengan los demandantes respecto de las cuotas proindiviso de que se pretendan titulares sobre el inmueble materia del presente juicio.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REPETICION DEL PAGO DE LO NO DEBIDO

(Actio in rem verso)

Causal primera de casación. — Pruebas. — Buena o mala fe. — Seguros.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, julio 4 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia estudiada y acordada en sesión de fecha 28 de junio próximo pasado, según Acta número 36 de esa misma fecha).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de la Maritime Insurance Company Limited, contra la Caribbean Equipment Limitada.

El litigio

Ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Barranquilla la sociedad Maritime Insurance Company Limited trajo a juicio a la sociedad Caribbean Equipment Limitada, para que, por la vía ordinaria de mayor cuantía, se declarara que el cobro de $ 44.460.59 formulado por éste a aquella es ilegal, por no ser cierto que el tractor D-8 1H número 9907, al ser desembarcado, hubiera caído al agua, y que el pago de la referida suma se hizo por error que obliga a su restitución y al pago de perjuicios desde que fue recibida; y para que se condenara a la sociedad demandada a pagarle a la demandante dicha suma con intereses corrientes a partir de la fecha fijada por el juez, e igualmente todos los gastos hechos por la actora con motivo de la reclamación, también con sus intereses, y las costas del juicio.

La *causa petendi* se funda en los hechos que así se sintetizan:

a) El 23 de septiembre de 1958 la Maritime Insurance Company Limited y la Caribbean Equipment celebraron un contrato de seguro de transportes que consta en la póliza número 7985, por el cual la primera de dichas sociedades asumía en forma automática el seguro de toda mercancía, principalmente de tractores y repuestos en trayecto marítimo o en el interior del país; específicamente en este trayecto interior se aseguró, la pérdida total, la falta de entrega, el robo total y el saqueo;

b) De acuerdo con lo convenido, el seguro de cada mercancía habría de perfeccionarse mediante un aviso de la compañía asegurada a la aseguradora y la expedición por ésta del correspondiente certificado de seguro;

c) En desarrollo del precitado contrato de Caribbean remitió a la Maritime, en enero de 1959, siete avisos para asegurar en tales condiciones varias maquinarias, entre ellas un tractor D-8 1H número 9907-17, y esta expidió los respectivos certificados distinguidos con los números 344728 a 344734;

d) Tales maquinarias fueron transportadas por la Naviera Fluvial Colombiana S. A. de Barranquilla al Carare "donde fueron desembarcadas y entregadas sin daño ni contratiempo alguno, firmándose por el destinatario, que lo era la sociedad asegurada, el cumplido sin observación al respecto";

e) Las maquinarias fueron recibidas en el lugar de destino el 23 de enero de 1959, en las horas de la mañana, pese a lo cual la Caribbean le informó a la Maritime el 26 del mismo mes, que el tractor D-8 amparado con el certificado 344730 había caído al agua "al ser desembarcado" y el 4 de febrero y en el mes de marzo subsiguientes le exigió el pago del seguro "a la mayor brevedad", para cuyo efecto aquélla se

procuró una certificación de los altos empleados del vapor Santander, de propiedad de la Naviera Fluvial;

f) En tales circunstancias la aseguradora le pagó a la asegurada la suma de $ 44.460.59, como también hizo otros gastos ocasionados por la reclamación de ésta;

g) Al gestionar la aseguradora el traspaso de las acciones indemnizatorias del caso, descubrió lo siguiente: que ni el tractor D-8 ni ninguno otro "cayó al agua al ser desembarcado"; que dicho tractor y una motoniveladora fueron transportados en el remolcador San Lucas, llegaron a su destino y fueron entregados sin novedad, en las horas de la mañana, según "cumplido" firmado por el destinatario sin observación en cuanto al estado de la maquinaria; que ese mismo día a las cinco y media de la tarde llegó al mismo lugar el vapor Santander, que transportaba las otras máquinas que también fueron desembarcadas sin novedad y así entregadas; que, a la llegada del vapor Santander, el tractor D-8 se encontraba en lugar apartado de la orilla del río y que, entonces, tractoristas de la Caribbean lo trajeron a esta, operado o manejado por ellos, con el propósito de ayudar al desembarque de las otras máquinas traídas por el mencionado vapor; y que, al cumplir esta faena, el tractor rodó al agua;

h) Descubiertos los referidos hechos la Maritime le ha venido reclamando a la Caribbean la devolución de la suma pagada erróneamente por cuenta del seguro, sin resultado alguno;

i) Esta sociedad es poseedora de mala fe.

La Caribbean Equipment, al contestar el libelo, se opone a las súplicas del mismo y propone las excepciones de carencia de acción, prescripción y "las demás que se desprendan del curso del juicio". En parte acepta con aclaraciones los hechos invocados como *causa petendi*, y en parte los niega, en forma tal que de su actitud pueden destacarse los siguientes planteamientos que se resumen:

a) Es cierto que las partes en este juicio celebraron en el mes de septiembre de 1958 un contrato de seguros, según el cual la actora asumió en forma automática el seguro de toda la mercancía de propiedad de la demandada, "de depósito a depósito", en forma tal que la responsabilidad de la aseguradora solamente cesaba cuando la mercancía amparada llegaba al depósito de su destinación;

b) Es cierto que en desarrollo de este contrato la Caribbean dio a la Maritime, en enero de 1959 siete avisos para asegurar varias maquinarias, entre ellas el tractor D-8 1H número 9907-17, y que ésta expidió los respectivos certificados;

c) La mercancía a que se refiere el punto anterior estaba asegurada durante todo el trayecto comprendido desde los depósitos de la Caribbean en Barranquilla hasta los depósitos de la misma en el Carare, los cuales distan más de seis kilómetros del puerto fluvial, debiéndose utilizar en el transporte de dicha mercancía la vía terrestre de los depósitos de Barranquilla hasta el río, la fluvial hasta el puerto del Carare, y nuevamente la terrestre de éste a los depósitos de la Caribbean, trayecto todo cubierto por el seguro;

d) El mencionado tractor D-8 nunca llegó al depósito o bodega de la compañía asegurada, a causa del siniestro ocurrido en el puerto del Carare, por lo cual no es cierto que ésta hubiera otorgado "cumplido" alguno a la compañía aseguradora, ni autorizado a nadie para que lo diera en su nombre, "entre otras razones porque dicho tractor D-8 no llegó al lugar de su destino, porque se fue al agua en el puerto del Carare" a varios kilómetros de distancia de los depósitos;

e) La Caribbean embarcó el lote de maquinarias por la Naviera Colombiana para ser despachadas en el vapor Santander y como ésta no le informara a aquélla cambio de itinerario y de nave "mis representados hablaron siempre de vapor Santander";

f) "Carecía de importancia, para los efectos del pago del seguro el momento en que el tractor se fue al agua, pues lo esencial era establecer que se había ido al agua antes de haber entrado a los depósitos de mi representado en el Carare", por lo cual éste cobró el valor del seguro y la demandante lo pagó;

g) Es inexacto que la Caribbean se procurara una certificación de los altos empleados del vapor Santander, "porque la investigación que proporcionó (sic) a la compañía demandante a 'descubrir' los hechos y elementos de juicio para establecer, en su propia opinión, si debía o no pagar el siniestro, fue adelantada desde el principio hasta su culminación por ajustadores profesionales, los señores Henry C. Hudson & Cía. Limitada, *remunerados para tal fin por la demandante Maritime Insurance Company Limited*";

h) Esta última sabía y lo confiesa en su libelo que el tractor D-8 se fue al agua en el puerto fluvial sin haber entrado a los depósitos de la Caribbean, distantes del lugar donde ocurrió el siniestro, como también sabía al tiempo de hacer el pago el cambio en el despacho de la mercancía introducido por la Naviera Colombiana sin información a la Caribbean;

i) En cuanto a los hechos que la actora afirma que logró establecer, no es cierto que el tractor D-8 hubiera llegado a su destino, cual era el depósito de la Caribbean en el Carare; "si del puerto se hubiesen robado la mercancía, los aseguradores habrían tenido que pagar el siniestro, porque el seguro no era hasta el puerto, sino hasta el depósito"; y aquélla tuvo conocimiento de tales hechos antes del pago del seguro, el que se realizó después de rendido el informe de los ajustadores;

j) La Caribbean obró de buena fe al recibir dicho pago, como "lo está indicando el hecho de que el demandante pagó, cuando sus ajustadores le indicaron que eso debía hacer".

Surtida la primera instancia, el juez del conocimiento dictó sentencia, cuya parte resolutiva dispone:

"1º Declárase que el pago hecho por la sociedad 'The Maritime Insurance Company Limited' a 'Caribbean Equipment Limited' de la suma de *cuarenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta pesos con cincuenta y nueve centavos* ($ 44.460.59) moneda legal, en concepto de indemnización por el siniestro del tractor D-8 1H número 9907-17, ocurrido en Puerto Mosquito el 23 de enero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), como comprendida tal obligación en los términos del contrato de seguro a que se refiere la Póliza número 7985 y el Certificado número 344730, no era debido por aquélla a ésta.

"2º En consecuencia, condénase a la firma 'Caribbean Equipment Limited' de este domicilio, representada por el señor Enrique Osorio Eslava a restituir a 'The Maritime Insurance Company Limited', la suma de *cuarenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta pesos con cincuenta y nueve centavos* ($ 44.460.59) moneda legal, más sus intereses corrientes, dentro del término de cinco (5) días de ejecutoriada esta providencia.

"3º Condénase en costas a la parte demandada en este juicio".

Por apelación interpuesta por la demandada se tramitó la segunda instancia del juicio, la cual culminó con el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha del 5 de febrero de 1964, el cual "confirma la sentencia apelada, menos en lo relativo a la condena por concepto de intereses corrientes de que trata el punto 2º de su parte resolutiva, condena sobre intereses que se revoca. Sin costas en el recurso".

La motivación del fallo del Tribunal

A vuelta de relacionar el libelo de la demanda, su contestación, el fallo del primer grado y la sustentación del recurso de apelación, el Tribunal formula las consideraciones de que se da cuenta a continuación.

Declara que el artículo 2313, en concordancia con el 2317 del Código Civil, consagra una *actio in rem verso* para la repetición del pago de lo no debido e intereses, cuando el *solvens* no tenía perfecto conocimiento de lo que hacía, pues, de no ser esto así, se presume que ha donado. Agrega que sólo en el evento de que el pago se reciba de mala fe se deberán también los intereses corrientes, conforme al inciso 2º del artículo 2318 *ibídem*.

Observa que las partes en este juicio están de acuerdo en cuanto a la realización del pago, pero que la actora afirma haberlo hecho por error consistente en que se siguió por el aviso que le diera la sociedad demandada sobre que el tractor D-8 se había hundido en el río cuando era desembarcado, de donde el Tribunal concluye que es de cargo de aquélla probar que tal siniestro ocurrió en circunstancias ajenas a las operaciones del desembarque, y que, por tanto, pagó el seguro con la creencia de que tal siniestro había tenido lugar con motivo de estas operaciones propias del transporte de la carga asegurada.

Así enfocado este aspecto, el sentenciador procede al examen de las pruebas pertinentes, a saber:

a) Cita el conocimiento de embarque visible al folio 18 del cuaderno principal que contiene el "cumplido" autorizado por la firma del señor Andrés Gómez;

b) Se refiere a la carta de la Naviera Colombiana S. A. (folio 32 *ibídem*), en la cual esta empresa afirma que el tractor D-8 de la Caribbean llegó sin incidentes a su destino, "donde fue recibido sin observaciones", y

c) Trae igualmente a colación el testimonio del señor Célimo Londoño, quien dice haber pre-

senciado el siniestro (C. pruebas actor, f. 3 "en relación con los folios 35 vuelto y 36 cuaderno principal").

En el sentir del sentenciador, las tres precitadas pruebas establecen en forma semiplena que el tractor D-8 transportado en el remolcador San Lucas, sin novedad, de Barranquilla al puerto del río Carare bajado a tierra, recibido por sus dueños y operado por éstos en el desembarque de otras maquinarias que llegaron posteriormente en el vapor Santander, labor en la cual, por haber cedido el piso sobre el que estaba maniobrando el tractor, éste cayó al río produciéndose el siniestro. Mas agrega que "esas mismas probanzas se robustecen y cobran virtualidad de plena prueba con la aducción al juicio, por libre voluntad de la entidad reo, de la carta número SG.JJ. 1658, que obra al folio 3 del cuaderno de pruebas de esa parte". Dicha carta, fechada en Barranquilla el 19 de octubre de 1959, está dirigida por Naviera Fluvial Colombiana S. A. a la Caribbean Equipment y en ella se transcribe el informe rendido a la entidad remitente por el capitán del vapor Santander, el que, como lo dice el Tribunal, corrobora los hechos a que se refieren las pruebas anteriormente citadas. "Como tal carta fue presentada por los aseguradores, sin reserva alguna, ha de estarse a su contenido como confesión de éstos. Por tanto, han de darse por establecidos los siguientes extremos que dicha carta contiene:

a) Que el tractor D-8 estaba en Carare antes de llegar el vapor Santander a ese puerto;

b) Que el tractor se utilizó para maniobrar en el desembarque de la carga que traía el vapor Santander y que en esas maniobras se fue al agua, 'quizás por deslizamiento de tierra'; y

c) Que ese tractor había llegado a Carare antes en el remolcador "San Lucas". Y adelante el sentenciador expresa lo siguiente que define el sentido de su fallo: "La prueba decisiva que configura la exoneración de pagar la indemnización está en el establecimiento que se ha hecho dentro del proceso de que el tractor D-8 se fue al agua no en razón de su transporte, sino por habérselo utilizado en operaciones de transportador, riesgo éste que no cubre la póliza del seguro. Si la aseguradora indemnizó en tales condiciones hizo un pago que no debía, y por tanto, conforme al artículo 2313 del Código Civil, tiene derecho para repetir lo pagado".

El fallo remata este aspecto del tema *sub lite*, insistiendo en que para la decisión adoptada, en nada influye ni que el siniestro se hubiera producido por caso fortuito, como lo sería el que el terreno cediera bajo el peso del tractor, ni que la sociedad demandada hubiera participado en las operaciones a que dicho tractor estaba dedicado en tal momento, porque lo cierto y establecido en el juicio es "que el accidente se causó en actividades de riesgo no cubiertas en el seguro, o sea que, con base en la convención el accidente en que se perdió el tractor no constituye responsable de sus consecuencias a la aseguradora".

Finalmente, el Tribunal discrepa del fallo de primera instancia en cuanto a la condenación que este le hiciera a la sociedad demandada por concepto de intereses corrientes: "No aparece probado el elemento constitutivo de la *mala fe* por parte de los asegurados. Estos reclamaron indemnización a raíz del siniestro y para ello tuvieron en cuenta el informe de los transportadores del tractor. En efecto, el Capitán y otros empleados del buque 'Santander', de la Naviera Colombiana, en certificado que aparece a folio 38 del cuaderno principal, manifiestan ' ... mientras se efectuaba el descargue, cayó al río un tractor ... ' ". " ... Faltando la prueba plena o completa sobre el elemento *mala fe* de que trata el artículo 2318, inciso 2º del Código Civil no cabe la condena sobre pago de intereses, por lo cual debe revocarse la resolución del inferior al respecto".

El recurso extraordinario

Interpuesto por ambas partes en el juicio, fúndanlo en sendos escritos así: la demandada acusa la condenación que se le hiciera de restituir la indemnización recibida de la actora, y ésta censura la absolución a aquélla de la obligación de pagar intereses sobre tal indemnización.

Por lo dicho, lógicamente se impone el examen, en primer término, del recurso de la parte demandada.

El recurso de la parte demandada

Por la causal primera de casación, este recurrente formula dos cargos, a saber:

Primer cargo. Se hace consistir en quebranto por aplicación indebida de los artículos 2313 del Código Civil y, por falta de aplicación, de los artículos 1494, 1495, 1498, 1503, 1602, 1603 y 1618 *ibídem*, y 634, 638, 640, 674, 686, 689 y 725 del Código de Comercio, a consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador en punto de apreciación probatoria.

El censor, después de extensas explicaciones, condensa la motivación de este cargo que contiene varias censuras de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia del Tribunal por aplicación indebida del artículo 2313 del Código Civil, cuando los supuestos de hecho no exigían en actuación.

"Y en este yerro incidió el Tribunal a consecuencia de los siguientes errores en la estimación probatoria:

"Error de derecho en la apreciación del 'cumplido' firmado por Andrés Gómez en el Conocimiento de Embarque, visible a folio 18 del cuaderno 1, al atribuirle al mencionado señor la representación de la Caribbean Equipment. Como violación medio indico la de los artículos 637 y 647 del Código Judicial, por cuanto el citado documento privado no emana de la persona demandada, ni ha sido reconocido por ésta, ni siquiera por quien lo firmó, y además de no haber sido reconocido, no fue otorgado ante dos testigos, por lo menos. Y la del artículo 607 de la misma obra.

"Error de hecho consistente en haber dado por establecida la capacidad de Andrés Gómez para representar u obligar a la Caribbean Equipment, no existiendo en el expediente prueba alguna al respecto.

"Error de derecho en la apreciación de la prueba consistente en la Carta de la Naviera Colombiana (folio 32 cuaderno 1), al estimar que el haber sido recibido el tractor en el lugar de su destino 'sin observaciones', equivale al cumplimiento del contrato de seguros, cuando en primer término la Naviera es un tercero que no representa a la demandada, y que, aun en el supuesto de que el cumplido tuviese validez, sería únicamente en lo relativo al contrato de transporte, pero no en lo referente al contrato de seguros. Y como violación medio indico también la de los artículos 637 y 647 del Código Judicial.

"Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial consistente en la declaración del señor Célimo Londoño (folios 33 vuelto y 34 del cuaderno 1), por haberle asignado valor probatorio al dicho de un sólo testigo, y referente éste a dos declaraciones extrajuicio no ratificadas en el proceso (folios 35 a 37 del cuaderno 1). Indico, como violaciones-medios, las de los artículos 696 y 693 del Código Judicial.

"Error de derecho en la apreciación de las pruebas consistentes en contrato de seguro contenido en la Póliza número 7985 (folio 5, cuaderno 3 y folio 4 del cuaderno 1), específicamente de las cláusulas 10 de las Condiciones Generales, y 3ª de las Condiciones Particulares, y el Certificado de Seguro número 344730 (folio 14 del cuaderno 1), relacionadas con las declaraciones testimoniales de los señores Cristóbal Renemberg y Fabio Jaramillo (folios 18 y 19 del cuaderno 3). Por cuanto allí se estipuló la responsabilidad de la compañía aseguradora por el riesgo de Pérdida Total del Tractor D-8 hasta su llegada al depósito del asegurado, sitio en Puerto Carare, a 15 kilómetros del lugar del siniestro. Este error de derecho también dice relación con las pruebas demostrativas de que el siniestro ocurrió el día 23 de enero de 1959, a la orilla del río Magdalena, frente a Puerto Carare o Puerto Mosquito, que son entre otras, además de la certificación o protesta del siniestro (folio 38, cuaderno 1) y la liquidación de avería (folio 20 del cuaderno 1), la propia confesión de la demandante en los extremos 6º y 11 del libelo (folios 49 vuelto y 50 del cuaderno 1). En este yerro incurrió el Tribunal al través de la violación medio de los artículos 637, 697, 603, 604 y 607 del Código Judicial.

"Y, finalmente, error de hecho consistente en no haber visto, y por consiguiente no haber tenido en cuenta para nada, la estipulación contenida en la Cláusula 7ª de la Póliza número 7985 (folio 5 cuaderno 3 y folio 4, cuaderno 1), consagraticia de la responsabilidad de la compañía aseguradora hasta por quince (15) días de demora del interés asegurado en el punto de descargue aun por causa imputable al asegurado.

"Apenas habrá para qué advertir que todos estos son errores que aparecen de modo manifiesto en los autos.

"Y, como consecuencia de los antedichos errores de hecho y de derecho, el Tribunal violó indirectamente por haberlos dejado de aplicar, siendo así que los supuestos de hecho exigían su actuación, los siguientes preceptos sustantivos: artículos 1494, 1495, 1498, 1502, 1602, 1603 y 1618 del Código Civil, y 634, 638, 640, 674, 686, 689 y 725 del Código de Comercio Terrestre".

Consideraciones de la Corte

Como se ve, de las varias censuras acumuladas en este cargo unas tocan con los hechos y circunstancias en que se produjo el siniestro del tractor, cuya indemnización es motivo del debate en el juicio, al paso que otras se refieren a las estipulaciones del contrato de seguro celebrado entre las partes para amparar el transporte de dicha maquinaria. Así conviene examinarlas separadamente y en el orden indicado.

A — *Del siniestro*

I. Bien declarado lo tiene la doctrina que *un fallo acusado por la causal primera de casación solamente puede ser infirmado y, por ende, sustituido por la Corte, cuando el recurso logra socavar totalmente los fundamentos de hecho o de derecho en que éste se apoya, implicando quebranto patente de leyes sustanciales. Entonces, en tratándose de acusación que se haga consistir en desfiguración de los hechos, vale decir, de la situación jurídica* sub lite, *a consecuencia de yerros de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas que traducen procesalmente esa situación, tal censura debe llegar necesariamente hasta el extremo de demostrar que dichos yerros fueron los determinantes de la convicción del fallador y que, de no haber ocurrido, otra habría sido su decisión. Por el contrario, si la impugnación no es bastante para dejar sin prueba adecuada la situación jurídica deducida por el sentenciador y que ha sido la premisa o presupuesto de hecho para la aplicación de la ley por el mismo, bien sea porque el censor puntualice errores que sólo se refieren a alguno o algunos de los medios que forman parte del haz probatorio, o bien, porque, impugnando la estimación de la totalidad de éstos, el ataque resulte infructuoso respecto de uno o más elementos que, por sí solos, alcanzan la virtualidad de apuntalar el fallo, entonces éste tiene que ser mantenido por la Corte, sencillamente porque los yerros denunciados no inciden definitivamente en la decisión adoptada.*

II. El fallo proferido por el Tribunal en este juicio, al examinar los hechos y circunstancias que rodearon el siniestro del tractor y las pruebas aducidas al respecto, textualmente expresa lo siguiente:

"¿Qué pruebas ha exhibido o aducido la compañía de seguros para lograr el establecimiento de tales hechos? Hélas aquí:

"a) El conocimiento de embarque visible a folio 15 del expediente, cuaderno principal, que contiene el 'cumplido', autorizado con la firma del señor Andrés Gómez.

"b) La carta de folio 32 del cuaderno principal, donde la Naviera Colombiana S. A. afirma que el tractor D-8 de la Caribbean Equipment llegó sin incidentes a su destino, 'donde fue recibida sin observaciones', y

"c) La declaración jurada del testigo presencial del siniestro, señor Célimo Londoño, que obra a folio 3 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, en relación con los folios 35 vuelto y 36 del cuaderno principal.

"Estas tres probanzas establecen en forma semiplena que el tractor D-8 fue transportado en el remolcador San Lucas sin novedad de Barranquilla a la desembocadura del río Carare, puesto allí en tierra, recibido por sus dueños y puesto a trabajar por éstos en el desembarque de otras mercaderías que llegaron posteriormente en el vapor Santander, en cuya operación por haber cedido el suelo donde estaba maniobrando, cayó al río produciéndose el siniestro tantas veces mencionado. Pero esas mismas probanzas se robustecen y cobran virtualidad de plena prueba con la aducción al juicio, por libre voluntad de la entidad reo, de la carta número SG.LIJ. 1658, que obra a folio 3 del cuaderno de pruebas de esa parte y que es del siguiente tenor:

'Barranquilla, octubre 19 de 1959. Señores Caribbean Equipment. La Ciudad. Estimados señores y amigos: Para efectos de dejar de una vez aclarado todo lo relativo al accidente sufrido por un tractor que se presentó en el sitio de 'Carare', nos permitimos transcribirle el informe que nos ha pasado el Capitán del vapor Santander: 'Barranquilla, octubre 17-1959. Señor Jaime Londoño J. Subgerente de Naviera Fluvial Colombiana S. A. La Ciudad. Muy señor mío: en relación con los tres tractores D-7 y las dos piezas traillas amparadas por contenido número 47 del vapor Santander, viaje número 319 de subida, que zarpó de este puerto el día 14 de enero del presente año me permito informarle que tal maquinaria fue descargada con toda normalidad el día 23 del mismo mes en el puerto de su destino, o sea Carare, de cuya entrega, reposa en los archivos de la empresa el respectivo cumplido que a la letra dice: 'Cumplido. Firmado: F. Pallares. Cédula de ciudadanía número 3959216 de San Jacinto. Bolívar. Tractorista de la Caribbean Equipment'. En el descargue de aquellos elementos fuimos ayudados por un tractor D-8 que estaba en tierra desde antes de nosotros llegar a dicho puerto y en un momento dado, sin saber bien los motivos, quizás por un deslizamiento de tierra, dicho tractor (el D-8) se vino al río habiendo sido aguantado por el bote que teníamos a remolque. Hicimos todos los esfuerzos por servirles a los señores de la Caribbean Equipment con el fin de sacarles nuevamente a tierra con nuestro cabrestante el tractor en mención, pero toda lucha fue infructuosa, por lo cual continuamos viaje dejándoles tal máquina bien asegurada con un alambre para que no se les hundiera más. Quiero dejar pues perfectamente definida la situación de la em-

presa ante este caso, ya que como expresado queda, los cargamentos que conducía el vapor Santander con destino a Carare, fueron entregados en su totalidad sin observaciones de ninguna clase de acuerdo con el cumplido antes mencionado. Este tractor había sido programado para embarque en este buque, pero no pudo hacerse porque había mucha carga en cubierta. Por esta razón fue embarcado en el R. R. 'San Lucas', contenido número 1, viaje número 2, que fue cumplido por Andrés Gómez en el sitio de Carare. Nosotros que fuimos testigos del accidente ocurrido hicimos todas las maniobras aconsejables para impedir que se produjera el hundimiento del tractor mencionado. Nos limitamos a pedimento de los embarcadores a hacer un acta de lo ocurrido y últimamente hemos hecho aclaraciones solicitadas por los aseguradores. Esto es todo lo pertinente al caso del tractor D-8. Atentamente, firmado Célimo Londoño J. Capitán del vapor 'Santander'. Sin motivos para más, nos repetimos, atentos seguros y servidores *Naviera Fluvial Colombiana S. A.* (firmado), Jaime Londoño J.'

"De acuerdo con el principio consagrado en el artículo 597 del Código de Procedimiento Civil, debe estimarse el mérito de toda prueba, que pedida dentro de los términos señalados al efecto, se practica antes de la citación para sentencia. La carta que se ha insertado se presentó oportunamente por la parte demandada, y es prueba que ha de calificarse en toda su extensión, en todo su contenido, pues se presentó sin hacerse reserva alguna en lo atinente a lo desfavorable para quien la aportó. Además, la jurisprudencia y la teoría estiman que *los medios de convicción que aducen los litigantes conllevan mérito probatorio para ambas partes, cualquiera que sea quien los eleve a la litis.*

"Como tal carta fue presentada por los asegurados, sin reserva alguna, ha de estarse a su contenido como confesión de éstos. Por tanto, han de darse por establecidos los siguientes extremos que dicha carta contiene:

a) Que el tractor D-8 estaba en Carare antes de llegar el vapor Santander a ese puerto;

b) Que el tractor se utilizó en el desembarque de la carga que traía el vapor Santander y que en esas maniobras se fue al agua, 'quizás por deslizamiento de tierra', y

c) Que ese tractor había llegado a Carare antes en el remolcador 'San Lucas' ".

III. De las pruebas relacionadas y examinadas en el paso anteriormente transcrito del fallo del Tribunal, el censor, se limita a denunciar yerros en la apreciación de las allí contempladas en los literales a), b) y c), o sean el conocimiento de embarque con el "cumplido" de Andrés Gómez, la carta de la Naviera Colombiana que afirma que el tractor le fue recibido por la Caribbean en el lugar de su destino "sin observaciones" de parte de esta última, y la declaración de Célimo Londoño, testigo presencial del siniestro, prueba ésta que el fallo relaciona con los folios 35 vuelto y 36 del cuaderno principal. Pero el cargo deja completamente de lado, o sea libre de toda censura, la carta del 19 de octubre de 1959 dirigida a la Caribbean por la Naviera Colombiana, aportada al juicio por aquélla sin reserva alguna y por esto, valorada por el Tribunal como confesión de parte, de la que se deriva en el sentir del mismo, el mérito probatorio incompleto de aquellos otros medios cuya apreciación sí critica el recurso.

IV. Agrégase a lo dicho que el testimonio de Célimo Londoño, testigo presencial del siniestro, corrobora los hechos relatados en aquella carta. La censura acerca de la apreciación de este testimonio se hace consistir en que el Tribunal le atribuyó valor de plena prueba, relacionándolo con otras dos declaraciones de nudo hecho que obran en los autos, e incurriendo así en violación de los artículos 693 y 696 del Código Judicial, lo que no es exacto: pues el fallo expresamente califica de incompleto el testimonio de Londoño, en consonancia con el citado artículo 696; sin variar dicha calificación por la referencia que hace a las otras dos declaraciones y de la cual no deduce consecuencia alguna que pudiera implicar quebranto del artículo 693.

V. Por lo tanto, la carta estimada por el Tribunal como plena prueba, sin objeción del recurrente, y la declaración de Londoño acertadamente calificada por aquél como semiplena, constituyen medios más que suficientes para fundar las conclusiones a que llega el fallo acerca de los hechos y circunstancias en que se produjo el siniestro del tractor, a saber:

"Por tanto, han de darse por establecidos los siguientes extremos que dicha carta contiene:

a) Que el tractor D-8 estaba en Carare antes de llegar el vapor Santander a ese puerto:

b) Que el tractor se utilizó para maniobrar en el desembarque de la carga que traía el vapor Santander y que en esas maniobras se fue al agua 'quizás por deslizamiento de tierra', y

c) Que ese tractor había llegado a Carare antes en el remolcador 'San Lucas' ".

Luego las censuras a la estimación por el sentenciador del conocimiento de embarque del tractor, con el "cumplido" de Andrés Gómez y la carta de la Naviera en que se dice que éste fue recibido "sin observaciones", aún en el supuesto de que fueren fundadas, serían ineptas en casación por quedar en pie otras bases suficientes, por sí solas, a mantener en firme el fallo acusado.

Sin embargo, para mayor abundamiento conviene observar además que en lo relativo a los hechos a que se refieren estos medios últimamente mencionados no hay disenso entre las partes, pues ambas han aceptado repetidamente que el tractor fue transportado por la Naviera de Barranquilla al puerto de Carare en el remolcador "San Lucas" y desembarcado en este puerto sin novedad. En nada modifica tales hechos el que Andrés Gómez careciera de autorización para estampar el "cumplido" en el conocimiento de embarque, ni el que la carta de la Naviera no fuese obra de la parte demandada, ni, en último análisis, que tales medios se refirieran exclusivamente al cumplimiento del contrato de transporte por la Naviera hasta el puerto de Carare, mas no al del contrato de seguro del tractor hasta los depósitos de la Caribbean, reparos todos éstos que son los que el censor le formula a la valoración de dichos medios por el Tribunal.

B — *Del contrato de seguro*

I. La Póliza de seguro 7985 del 23 de septiembre de 1958 expedida por la Maritime Insurance Company Limited a la Caribbean, reza lo siguiente en su 10 condición general: "*Comienzo y fin de los riesgos.* Tomando como base de apreciación, los lugares geográficos estipulados en el Certificado de Seguro, los cuales forman el 'trayecto asegurado' por la compañía, el seguro hecho bajo esta póliza ampara los intereses asegurados desde el momento en que son sacados de sus depósitos de origen, para ser expedidos directa o indirectamente a sus destinatarios, hasta el momento en que llegan a los depósitos de destino. En los casos de mercancías despachadas en condiciones CIF (costo, seguro y flete), refiriéndose tal seguro al trayecto marítimo y asegurados en el trayecto interior solamente, la responsabilidad de la compañía comienza desde el momento en que tales mercancías son embarcadas con dirección al lugar de su destino, al tenor de lo dicho en esta misma cláusula y sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al primer asegurador por el siniestro ocurrido en el trayecto amparado por él, para lo cual se tendrá en cuenta el Certificado de Avería, expedido por el Reconocedor de la compañía (cuaderno 3, folio 5). Y en la 3ª de sus condiciones particulares, aclara: 'El trayecto asegurado comprende desde el lugar de origen hasta el del destino, con base en los lugares geográficos determinados en el respectivo Certificado de Seguro, y de acuerdo con la cláusula 10 de las Condiciones Generales (C. G. P. S. T.), que consta en la presente póliza, o sea de depósito a depósito con excepción de los despachos de mercancías compradas CIF, cuando sean permitidos, que solamente quedarán amparados en el trayecto interior, comenzando la responsabilidad de la compañía sobre tales despachos, en el momento en que cesa la vigencia del seguro marítimo' ".

Por otra parte, el Certificado de Seguro 344730 del 21 de enero de 1959, también expedido por la Maritime a la Caribbean en desarrollo de la Póliza 7985 y "sujeto a todas las cláusulas y condiciones de la póliza arriba citada" ampara contra pérdida total un tractor D-8 1H número 9907-17, en el transporte de Barranquilla a Carare y en viaje por la Naviera Fluvial con zarpe el 21 del mismo mes y año.

II. La censura pertinente a la apreciación de las precitadas pruebas estriba en el error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al desconocer que la responsabilidad de la compañía aseguradora en caso de pérdida total del tractor se extendía, conforme a las condiciones pactadas, hasta la llegada de éste a los depósitos de la Caribbean en Carare, distantes 15 kilómetros del puerto en que ocurrió el siniestro, y no solamente hasta el arribo y desembarque de la máquina en este último puerto.

III. Dentro de este mismo orden de ideas el recurso le apunta al fallo acusado el error de hecho consistente en haber ignorado la cláusula séptima de la póliza de seguro que consagra la responsabilidad de la compañía aseguradora en caso de demora del interés amparado en el punto de descargue, hasta por 15 días y aun por causa imputable al asegurado. La citada cláusula es del siguiente tenor en lo pertinente: "c) La demora de los intereses asegurados en cualquier punto de cargue, descargue o transbordo, mayor de quince (15) días, en cualquiera de los lugares precitados, cuando tal demora sea imputable al asegurado por falta de pago de fletes,

o por cualquier otra causa imputable al asegurado; o de sesenta (60) días cuando no sea imputable a él la mencionada demora. Dichos plazos se cuentan desde la fecha de la llegada de las mercancías al lugar donde ocurra la demora, sin perjuicio de lo dispuesto sobre 'Revalidación' ''.

IV. Ciertamente el sentenciador habría cometido grave error en la interpretación y aplicación de las estipulaciones contractuales antes transcritas si hubiera desconocido que éstas amparaban el tractor contra pérdida total en su transporte de Baranquilla a Carare o que dicho amparo fuera ''de depósito a depósito'' del asegurado; o creído que la demora de la maquinaria durante varias horas del día 23 de enero de 1959 en el puerto de Carare habría extinguido la responsabilidad del asegurador, pactada para tal evento por 15 días, aun por causa imputable al asegurado.

Pero, resulta que estos cargos no son fundados.

En primer lugar, el fallo reconoce expresamente que la cobertura del seguro amparaba la maquinaria ''de depósito a depósito del asegurado'' y no únicamente de puerto a puerto. Suyas son estas palabras: ''El mismo siniestro, acaecido en esas circunstancias, impidió que el tractor llegase al depósito de destino, por lo cual la cláusula que estatuía el riesgo hasta esa ruta final se convirtió en inoperante, por sustracción de materia, ya que, por culpa no imputable al asegurador, el tractor no se pudo llevar al depósito de su destino. La cláusula sobre riesgo de depósito a depósito quedó así desvirtuada por un imprevisto a que no se pudo resistir conforme al artículo 1º de la Ley 95 de 1890''. Es, pues, manifiesto que el Tribunal no incurrió en los yerros que se le imputan en cuanto a la interpretación de la cláusula 10 de las condiciones generales y de la 3ª de las condiciones particulares de la póliza de seguro, en concordancia con el certificado que amparaba el tractor accidentado. Y si no aplicó tales cláusulas para deducir la responsabilidad de la aseguradora por el accidente en cuestión, ello está claramente explicado en el paso transcrito del fallo y, con mayor propiedad, en el que a continuación se copia: ''La prueba decisiva que configura la exoneración de pagar la indemnización está en el establecimiento que se ha hecho dentro del proceso de que el tractor D-8 se fue al agua no en razón de su transporte sino por habérselo utilizado en operaciones de transportador, riesgo éste que no cubre la póliza de seguro''.

En segundo lugar, tampoco incurrió el sentenciador en yerro influyente en el fallo al hacer caso omiso de la cláusula séptima de las condiciones generales de la póliza de seguro, porque dicha estipulación es irrelevante en el presente litigio en que no se discute si por haberse demorado el tractor asegurado durante algunas horas en el puerto de Carare, estando amparada tal demora por varios días, la aseguradora era responsable o no del riesgo acaecido en el transporte de dicha maquinaria hasta el depósito de su destino.

El punto álgido del debate radica en si el contrato de seguro, incluyendo las estipulaciones antes transcritas y comentadas, amparaba o no riesgos acaecidos en actividades distintas del transporte propiamente dicho del interés, punto éste que el sentenciador resolvió en forma negativa, precisamente con fundamento en tales estipulaciones.

V. En suma: el Tribunal consideró que el tractor había sufrido accidente en actividades a que era dedicado distintas de su transporte de depósito a depósito del asegurado, base ésta importante del fallo respaldada con plenas pruebas no desvirtuadas en este recurso. Igualmente, consideró que un contrato de seguro de sólo transporte, como el celebrado entre las partes en este juicio, únicamente amparaba, según las voces de sus cláusulas, los riesgos de dicho transporte, pero no los ocasionados por esas otras actividades distintas, base ésta que tampoco ha podido ser desvirtuada en el recurso. Así, pues, el fallo acusado no contiene aplicación indebida del artículo 2313 del Código Civil ni quebranto de los otros textos legales citados en el cargo y, por ende, éste no prospera.

Segundo cargo. En éste se denuncia quebranto por interpretación errónea de los artículos 660 y 663 del Código de Comercio y 1º de la Ley 95 de 1890, con la siguiente motivación:

''Este segundo cargo es la presentación por una nueva faz del anterior, en relación concretamente con los artículos 660 y 663 del Código de Comercio Terrestre, y 1º de la Ley 95 de 1890, expresamente invocados por el sentenciador de instancia.

''Estos preceptos han padecido quebranto, por interpretación errónea, por cuanto el Tribunal ha creído encontrar acreditadas, sin estarlo como se vio en el anterior ataque, causales exculpativas de la responsabilidad del asegurador surgidas de la convención o de la ley. Esto en

relación con los dos primeros artículos cardinalmente por la errada interpretación que de ellos se hace en la sentencia al pretender, en tratándose de contratos de seguros de transporte de vehículos automotores, recortarles su alcance y desvirtuar su sentido sosteniendo que el asegurador queda exento de responsabilidad cuando la cosa transportada se convierta en elemento transportador.

"Y el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 ha sido vulnerado por indebida aplicación, puesto que, entendido rectamente en sí mismo, sin embargo, fue actuado en frente de una situación no gobernada por él, habiendo consideración de que precisamente la naturaleza del seguro radica en la asunción del caso fortuito o fuerza mayor por parte de la compañía aseguradora.

"Y como consecuencia de la errada interpretación de los artículos 660 y 663 del Código de Comercio Terrestre, y de la indebida aplicación del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, han sido lesionados por no haber sido aplicados, debiéndolo haber sido, los mismos preceptos sustantivos enunciados con ocasión del primer cargo".

Consideraciones de la Corte:

I. Como la interpretación errónea de los artículos 660 y 663 del Código de Comercio se hace consistir en que el Tribunal creyó encontrar causales eximentes de la responsabilidad del asegurador no contempladas en estos textos legales ni en la convención, importa recordar el tenor literal de aquéllos a saber:

"Artículo 660. El asegurador puede tomar sobre sí todos o algunos de los riesgos a que está expuesta la cosa asegurada.

"No estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos el asegurador responde de todos, salvas las excepciones legales".

"Artículo 663. El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito; pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o ley".

II. Ahora bien, visto está que el motivo de exoneración de la responsabilidad de la compañía aseguradora en el caso *sub lite* consiste única y exclusivamente en lo siguiente que expresa el Tribunal:

"La prueba decisiva que configura la exoneración de pagar la indemnización está en el establecimiento que se ha hecho dentro del proceso de que el tractor D-8 se fue al agua no en razón de su transporte sino por habérsele utilizado en operaciones de transportador, riesgo éste que no cubre la póliza de seguro. Si la aseguradora indemnizó, en tales condiciones hizo un pago que no debía, y por tanto, conforme al artículo 2313 del Código Civil, tiene derecho para repetir lo pagado".

III. Del anterior paso del fallo acusado resulta a las claras que, entendida rectamente por el sentenciador la parte final del artículo 663 en cita, le dio aplicación adecuada por cuanto la compañía demandante demostró plenamente en el juicio que el accidente en que se perdió el tractor se produjo por causa distinta del transporte de éste que era la actividad amparada por el contrato de seguro, en toda su extensión y sin limitación alguna conforme a las condiciones de dicha convención, la cual debía ser interpretada y aplicada en consonancia con lo preceptuado por el artículo 660 *ibídem*. No se ve pues, cuál hubiera sido el yerro hermenéutico cometido por el Tribunal respecto de los mencionados textos legales.

Más, aún, siguiendo el pensamiento consignado en la censura y admitiendo que el contrato de seguro en cuestión indudablemente amparaba el transporte del tractor accidentado del depósito de la Caribbean en Barranquilla hasta el depósito de la misma en Carare, si el siniestro se hubiera presentado en el cumplimiento de dicha actividad de transporte, por ejemplo a causa de caerse la máquina del remolcador que la cargaba, o del hundimiento del terreno en el momento de su embarque o desembarque, o del rodamiento a una sima en los trayectos terrestres entre depósitos y puertos, cualquiera que fuese la distancia entre éstos, sería indiscutible que el fallo del Tribunal que hubiera declarado exenta de responsabilidad a la aseguradora, habría quebrantado el artículo 660 por infracción directa al limitar dicha responsabilidad contra la presunción consagrada en el inciso 2º de esta disposición legal, como también habría lesionado directamente el primer colon del artículo 663 que presume ocurrido el siniestro por caso fortuito y dentro del ámbito del seguro (aquí el transporte del interés), y también sería violatorio del segundo colon del propio artículo, por indebida aplicación consistente en imputar el siniestro a accidente ajeno a dicho objeto contractual.

Pero se repite que, como la motivación del fallo escapa a las hipótesis antedichas y a otras similares, por estribar exclusivamente aquélla

en la consideración de que el riesgo acaeció en circunstancias ajenas al transporte del bien asegurado, hay que concluir que las supuestas infracciones legales quedan descartadas, especialmente en lo que concierne a la errónea interpretación denunciada por la censura.

IV. Finalmente, tampoco es exacta la acusación de que el Tribunal hubiera hecho actuar indebidamente el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que ofrece la definición del caso fortuito, pues que el fallo acusado expresamente se abstiene de formular consideraciones relativas a las circunstancias del siniestro para calificarlo o descalificarlo como un caso de tal índole. Así, dice lo siguiente: "Nada importa que en la caída al agua hubiera privado la cesión del terreno donde el tractor operaba, porque esa causa no se produjo en menesteres atinentes al transporte del tractor. Incluso en esas circunstancias pudo haber cedido el terreno por caso fortuito o fuerza mayor, pero como el caso fortuito o la fuerza mayor no incidían en el transporte de esa máquina, es decir, en operaciones que el riesgo cubría, sino que ocurrieron en situación ajena a aquél, no cubiertas por la póliza, se viene en conocimiento que no hubo razón alguna para pagar el siniestro, que lo pagado no se debía, y, por ende, debe devolverse el valor correspondiente".

En conclusión: el recurso de la parte demandada no prospera.

El recurso de la parte actora

También por la causal primera de casación, fúndase éste en demanda que contiene dos cargos encaminados a impugnar el fallo del Tribunal por la absolución a la sociedad demandada del pago de intereses sobre la suma de dinero cuya devolución a la actora le fue ordenada en la misma providencia, a saber:

Primer cargo. Acuso quebranto, por falta de aplicación, del artículo 2318 del Código Civil, a consecuencia de manifiesto error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta pruebas que demuestran, en el sentir del censor, que la sociedad demandada conocía, antes de recibir el pago de la indemnización, la forma en que se produjo el siniestro que dio lugar a dicho pago, lo cual eliminaría su buena fe y la hace incurrir en la obligación de pagar intereses corrientes, conforme al citado texto legal.

Como el Tribunal fundó su decisión a este respecto en el certificado expedido por la oficialidad del vapor "Santander", que expresa que "... mientras se efectuaba el descargue, cayó al río un tractor de la Caribbean Equipment por haber cedido el piso en forma intempestiva ...", del cual dedujo que la sociedad demandada incurrió en error explicable acerca de las circunstancias del siniestro, el recurso le censura no haber tenido en cuenta "tres pruebas que le restan eficacia a dicho certificado, a saber:

"a) El documento de embarque del tractor (folio 18, cuaderno 1);

"b) La carta de 18 de octubre de 1959, dirigida por la Naviera a la Caribbean y aportada por ésta al proceso;

"c) La contestación de la demanda en cuanto confiesa el demandado que el tractor D-8 no viajó en el vapor 'Santander' ..."

Observa el censor que el certificado de los oficiales del vapor "Santander", en que principalmente se funda la motivación del fallo acusado, no especifica cuál fue el tractor accidentado, pese a lo cual ya el 26 de enero de 1959, en comunicación dirigida por el asegurado al agente del asegurador sí se determina dicha máquina, sin indicación de la fuente de esta determinación; a lo que se agrega que conforme al mencionado documento de embarque, fechado el 12 de enero de 1959, el tractor fue transportado en el barco "San Lucas", bote "Mairú", documento que tiene el "cumplido" puesto por Andrés Gómez; que en la contestación de la demanda se acepta tal hecho, o sea que el tractor no viajó en el vapor "Santander", como estaba acordado, sino en esa otra nave, sin que se le hubiera informado el cambio a aquél, lo que confirma el conocimiento que tuviera la sociedad demandada del documento de embarque antes referido; y que la Caribbean trajo al juicio la carta que le dirigió la Naviera Fluvial Colombiana el 19 de octubre de 1959, en la que se inserta el informe de Célimo Londoño, capitán del vapor "Santander", sobre la forma en que ocurrió el siniestro del tractor, que está confirmada por la declaración ratificada de este último, "carta cuya autenticidad no puede impugnarse, pues al ser aducida por la Caribbean, ésta se la está obviamente reconociendo".

La motivación de este cargo remata en las conclusiones que así se plantean: "Y si la parte demandada ha aceptado que los hechos sucedieron en la forma que los relata el Capitán Lon-

dоño en su informe, está admitiendo que los conocía desde antes del pago del seguro, puesto que el 'cumplido' de Andrés Gómez tuvo que ocurrir por lo menos el 23 de enero de 1959 cuando llegó al Carare el citado barco". "... En estas condiciones, el error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta las mencionadas pruebas que demuestran que el demandado conoció la forma en que el accidente se produjo, lo cual elimina su buena fe al momento de recibir el pago del seguro, determinó la no aplicación del artículo 2318 del Código Civil en la parte que dispone que el que ha recibido de mala fe dinero que no se le debía 'debe también los intereses corrientes' ".

Segundo cargo. "Ha quedado establecido en el cargo anterior, que el propio demandado allegó al proceso la carta de 18 de octubre de 1959, que le dirigió la Naviera, o sea el transportador. Y que de dicha misiva se desprende que en el descargue de las máquinas que viajaban en el vapor 'Santander' y que llegaron al Carare en la tarde del 23 de enero de 1959, participó el tractor D-8 que se encontraba en tierra antes de llegar dicho vapor al puerto. Por último, que fue en la operación de descargue realizada en la forma indicada, que cayó al agua el tractor antes especificado, cuyo 'cumplido' fue dado por Andrés Gómez.

"... Como la carta o documento en mención transcrita anteriormente, no fue tenida en cuenta por el Tribunal, quien la pasó por alto, y ella acredita al menos desde su fecha, que el demandado sabía la forma real como el accidente determinante del pago del seguro se produjo, lo cual descarta el error explicable que sirvió de base al fallo y configura la mala fe, el sentenciador incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, y este error lo condujo a violar indirectamente, por falta de aplicación, el referido artículo 2318 del Código Civil que establece que si hubo mala fe en el recibo del pago indebido, el dinero debe devolverse con intereses corrientes, así como el artículo 2319 *ibídem,* que preceptúa que quien recibe de buena fe, desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente se considera poseedor de mala fe, lo cual acarrea, conforme al artículo 2318 el pago de tales intereses".

Es de observar que respecto de los dos cargos hasta aquí sintetizados, el actor recurrente advierte que no pretende plantear su discrepancia con la sentencia acusada "sobre que determinados hechos constituyen buena fe, pues en tal supuesto es sabido que prevalecería la opinión del Tribunal, por versar sobre calificación inherente a su discrecionalidad, inaccesible a casación".

Consideraciones de la Corte:

I. *Dentro de la problemática de la valoración jurídica de la conducta humana, la buena o mala fe con que proceden los individuos es, en principio y según lo tiene enseñado la doctrina, una cuestión de hecho: tal estado es, por su naturaleza, un fenómeno síquico, vale decir, de índole subjetiva y moral, cuya apreciación necesariamente tiene que hacerse a través de otros hechos, estos sí objetivos, como lo son los rastros o huellas que deja al exteriorizarse y así alcanzar resonancia en la órbita del derecho.*

Excepcionalmente y en rarísimos casos, tal problema deviene cuestión jurídica, cuando los ordenamientos positivos, operando con criterios propios, o sea específicamente jurídicos, se apartan de la realidad axiológica y moral, y crean entidades ficticias que la reemplazan. Tal sucede en nuestra legislación que, siguiendo la tradición latina consagra la presunción de que la ley promulgada es conocida de todo el mundo y, por ende, nadie puede alegar su ignorancia como excusa (juris ignorantia non excusat) *con su colorario lógico de que el error de derecho perjudica* (error juris nocet), *el cual se traduce en la exclusión de dicho error de los vicios dirimentes del consentimiento y en que, como ocurre en materia posesoria, obra la presunción jurídica, de interpretación restrictiva, de que también implica mala fe o malicia en quien lo padece (Código Civil, artículos 9º, 768 y 1509).*

Pero, se repite que, salva esta excepción legal que la doctrina moderna tiende a desechar por ser contraria a la realidad y a los dictados de la justicia, la valoración de la buena o mala fe en la conducta de las personas es siempre una cuestión de hecho que, a falta de una prueba directa como lo sería la confesión del agente, generalmente implica el examen de los indicios que deja su exteriorización, circunstancias éstas que determinan la necesidad de atribuir dicha cuestión al fuero discrecional de los jueces de instancia, hasta el punto de que el criterio de éstos al respecto no pueda ser revisado en casación, sino en los casos en que abiertamente pugne con la evidencia procesal.

Lo dicho también explica la presunción general de la buena fe y la imposición de la carga probatoria a quien alegue la mala (Código Civil, artículo 769). En efecto, realizada una actuación por una persona ha de presumirse que ésta

es normal: entre otras cosas, que su etapa intelectiva está exenta de vicios del conocimiento y de móviles fraudulentos o maliciosos constitutivos de mala fe. Entonces, quien alegue estos factores anormales del proceso síquico de esa actuación, tiene que probar plenamente hechos de que el juzgador pueda inferirlos y derivar de los mismos las consecuencias previstas por la ley.

II. La motivación del fallo, controvertida por el recurso, es del siguiente tenor: "Empero, no está de acuerdo con el fallo en lo atinente a la condenación por concepto de intereses corrientes, por estas razones: no aparece probado el elemento constitutivo de la *mala fe* por parte de los asegurados. Estos reclamaron indemnización a raíz del siniestro y para ello tuvieron en cuenta el informe de los transportadores del tractor. En efecto, el Capitán y otros empleados del buque 'Santander' de la Naviera Colombiana, en certificado que aparece a folio 38 del cuaderno principal, manifiestan: '... mientras se efectuaba el descargue, cayó al río un tractor de la Caribbean Equipment por haber cedido el piso en forma intempestiva ...' ".

"Como la mala fe supone la convicción de no actuar legítimamente y en que falta la sinceridad y se impone la malicia, la Sala considera que no obran en el juicio medios de convicción que conformen el procedimiento de *mala fe*. Más bien y con justicia debe presumirse que el asegurador solicitó el pago de la avería por mala apreciación, y por haber incurrido en error, con base en un informe equivocado, como así se deduce de la mencionada certificación".

III. Como se ve en los pasos del fallo anteriormente transcritos, la calificación de la buena fe de la sociedad demandada al recibir el pago de la indemnización obedece a dos motivos distintos, a saber: en primer lugar, a la consideración general de la falta de prueba en el proceso de la mala fe imputada a dicha sociedad, prueba cuya carga correspondía a la parte actora para desvirtuar la presunción del artículo 769 del Código Civil; y, en segundo lugar, a la verificación concreta de la existencia en los autos de un elemento afirmativo de la buena fe, cual es la certificación expedida por los oficiales de mando del vapor "Santander", del que pudo inferir la Caribbean que su tractor se accidentó al ser desembarcado de dicha nave, y así proceder al cobro y recibo de la indemnización correspondiente.

IV. El recurso ataca los dos precitados motivos, o sea, que pretende establecer la existencia de pruebas fehacientes y aptas para destruir la aludida presunción general de buena fe, como también para poner en contraevidencia el medio que el sentenciador tuvo en cuenta para calificar en concreto la conducta de la sociedad demandada, en consonancia con dicha presunción.

V. El pago de la indemnización se hizo el día 9 de marzo de 1959 (cuaderno 1 folio 2 vuelto). El documento de embarque del tractor a que se refiere el recurrente (cuaderno 1 folio 18) fue expedido por la empresa transportadora, es decir, por tercero distinto de la sociedad demandada y el "cumplido" impuesto al mismo por Andrés Gómez A. no establece el hecho presumido en la censura de que dicha sociedad hubiera tenido conocimiento del mismo desde el día 23 de enero de 1959, fecha en que ocurrió el accidente, pues, no están acreditadas en los autos ni la vinculación del nombrado Gómez a dicha sociedad ni la autorización que tuviera para actuar en su nombre, y, por el contrario, esta última ha discutido tales extremos. La contestación de la demanda en este juicio fue presentada al juzgado el 16 de octubre de 1961, o sea, en fecha muy posterior al pago de la indemnización de cuya restitución se trata y, por tanto, de esta actuación de la sociedad demandada y de la declaración en ella contenida de que el tractor hubiera viajado en el barco "San Lucas" y no en el "Santander", tampoco se puede deducir necesariamente el cabal conocimiento de quien la hiciera acerca de las circunstancias del siniestro, antes o al tiempo del pago de la indemnización. En fin, la carta del 18 de octubre de 1959 dirigida por la Naviera a la Caribbean y aportada por ésta al proceso, también tiene fecha posterior al pago, a lo que se agrega que esta fecha no establece la de la expedición de la misma por la Naviera, y menos aún la del recibo por la destinataria. Cierto es que tal misiva fue presentada en este juicio por dicha destinataria sin reserva alguna, y, por ello valorada por el Tribunal como confesión de parte; pero como es obvio a esta confesión no se le puede dar el efecto retroactivo que le atribuye la censura.

De lo anteriormente dicho hay que concluir que el recurso no ha demostrado manifiesto error de hecho cometido por el sentenciador al ignorar los elementos probatorios señalados por aquél y con los cuales se pretende desvirtuar la certificación de los oficiales de mando del vapor "Santander", en la cual funda el fallo su con-

clusión de que la sociedad demandada cobró y recibió el pago de la indemnización sin tener conocimiento de las circunstancias del siniestro y, por el contrario, inducida a error respecto de las mismas, dados los términos de esta certificación.

VI. Pero si esto último no fuera así: si el recurso hubiese logrado desvirtuar la inferencia indiciaria del Tribunal acerca de que la mentada certificación indujo a la Caribbean a error explicable, y esto porque los medios señalados por el censor sí establecieran plenamente el conocimiento cabal que esta sociedad tuviera de las circunstancias que rodearon el siniestro del tractor, desde antes o al tiempo de recibir la indemnización correspondiente, el fallo tampoco podría ser casado porque la Corte llegaría a la conclusión de que, prescindiendo del mérito de la aludida certificación, las probanzas colacionadas en la censura tampoco alcanzarían virtualidad suficiente para destruir la presunción general de buena fe que ampara a dicha sociedad demandada y que no necesitaba del refuerzo de hechos concretos como el utilizado por el Tribunal.

En efecto, la buena o mala fe de la Caribbean. vale decir, su posición moral al recibir el pago de la indemnización, al retenerla y al sustentar este proceso, no se puede juzgar como lo quiere el recurso y a lo que da pie el fallo acusado, mediante la sola determinación de si dicha sociedad ignoró las circunstancias del siniestro o de cuándo tuvo conocimiento de ellas. El presente litigio no se agota en este tema de hecho últimamente enunciado. Mas aún, salvas discrepancias intrascendentes, las partes aceptan en principio la versión de que da cuenta la carta de 18 de octubre de 1959 dirigida por la Naviera a la Caribbean, aducida por ésta en el juicio y principal fundamento del fallo del Tribunal. Como ya quedó visto atrás, el punto álgido del debate ha sido otra cuestión también de hecho, la concerniente a la interpretación del contrato de seguro para declarar si éste cubría o no el siniestro en la forma en que acaeció.

El fallo del Tribunal resolvió acertadamente este dilema en el sentido de que el seguro no cubría tal riesgo, o sea, que puso en evidencia el error de la parte demandada al respecto. Pero esta conclusión tampoco autoriza a deducir mala fe en quien equivocadamente interpretó el alcance del contrato partiendo del supuesto de que el asegurador contraía responsabilidad por cualquier siniestro que sufriera el interés asegurado durante su transporte "de depósito a depósito", según el tenor literal de la póliza respectiva. Sin duda alguna, este error interpretativo constituyó vicio del conocimiento en quien lo padeció, pero como tal vicio se opone a la mala fe, la que supone, por el contrario una intención consciente y determinada por móviles dolosos y espurios. A esta diferencia y oposición conceptual excluyente se refiere el artículo 768 del Código Civil al expresar: "Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe".

Entonces, si por "justo error de hecho" ha de entenderse el que es explicable, el que está exento de malicia, en el que podría incurrir normalmente otra persona colocada ante una realidad relativamente compleja, razón tuvo el Tribunal al calificar de buena fe la actitud de la sociedad demandada por no encontrar prueba alguna en contrario. La justeza de esta calificación cobra todavía mayor relieve si se tiene en cuenta que el error en que incurrió la sociedad demandada fue compartido también por la demandante, la que hizo el pago del siniestro después de conocer la forma en que éste ocurrió, como lo demuestra la liquidación de avería producida por la misma con fundamento en el informe de sus ajustadores. Reza este documento: "Clase de daño y/o pérdida-caída al río (cayó al río un tractor de la Caribbean por haber cedido el piso en forma intempestiva) (4ª hoja informe Hudson 558)". (Cuaderno 1 folio 20). Precisamente por haber incurrido en error explicable ha prosperado en este juicio la acción de pago de lo no debido *(condictio indebiti)* incoada por la parte actora, y por ello debe calificarse de igual manera el propio error de la parte demandada, respecto del cual no existe en los autos elemento alguno de que pueda inferirse la mala fe, la intención maliciosa, ese saber de que se obra con injusticia *(Sciens se non habere ius)*, capaz de infirmar la presunción legal del citado artículo 769 del Código Civil.

No incurrió, pues, el Tribunal en los errores de hecho que se le censuran, ni tampoco quebrantó los artículos 2318 y 2319 de dicho Código. Por tanto, tampoco prospera el recurso de la parte actora.

Resolución

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 5 de febrero de 1964, proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Maritime Insurance Company Limited, contra Caribbean Equipment Limitada.

Sin costas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

IMPUGNACION DE FILIACION LEGITIMA

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, julio 6 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Aprobación: Julio 5 de 1968. Acta número 39).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 29 de septiembre de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de Miguel Homero Laiton, frente a Agueda Stella Laiton Orjuela y otra.

I

El litigio

Miguel Homero Laiton citó a juicio a la menor impúber Agueda Stella Laiton Orjuela, representada por un curador *ad litem,* y a Angela María Orjuela, mayor y vecina de Bogotá, para que mediante los trámites correspondientes se declare que la nombrada Agueda Stella no es hija legítima del demandante, y que Angela María Orjuela está obligada a pagar al actor los perjuicios que la pretendida legitimidad le ha irrogado.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

Miguel Homero Laiton y Angela María Orjuela contrajeron matrimonio católico en Chiquinquirá el 15 de febrero de 1947 (sic), habiendo procreado tres hijos legítimos; el matrimonio vivió inicialmente en el Tolima, se trasladó luego a Bogotá y después a Saboyá, Departamento de Boyacá, lugar de origen de Angela María; a principios de 1953 Miguel se trasladó definitivamente a Bogotá, pero su esposa se negó a seguirlo, abandonando definitivamente el hogar en ese año; desde entonces Angela María permaneció viviendo en Saboyá por su cuenta y riesgo; el 16 de marzo de 1957 dio a luz una niña en dicha población, que fue bautizada en Cali con el nombre de Agueda Stella; para esa fecha el demandante no mantenía relaciones sexuales con su cónyuge, por el abandono que ésta había hecho del hogar Agueda Stella fue denunciada en la Notaría Primera de Cali con indicación de una fecha inexacta de nacimiento, pero en todo caso nació después de haber transcurrido más de diez meses desde la fecha en que su madre abandonó el hogar.

Sin contestación de la demanda se tramitó la primera instancia del juicio. El juzgado del conocimiento negó las súplicas del libelo y absolvió a la parte demandada de los cargos formulados, según fallo de 14 de noviembre de 1963 que, apelado por el actor, fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 29 de septiembre de 1964, materia del presente recurso de casación.

II

El fallo acusado

El Tribunal parte de las siguientes bases para confirmar la sentencia del juzgado: Que las acciones ejercidas son las de desconocimiento de la paternidad legítima, fundada en el artículo 6º de la Ley 95 de 1890, y la de indemnización de perjuicios como consecuencial de la primera; que el matrimonio de Miguel Homero Laiton y Angela María Orjuela se encuentra acreditado con el acta notarial correspondiente (folio 1 cuaderno 1), en la cual consta que el 15 de febrero de 1946 se casaron católicamente en Chiquinquirá; que la menor Agueda Stella es hija de Angela María, quien la concibió y dio a luz estando casada con Miguel Homero (folios 6 y 7 cuaderno 1); y que las declaraciones de Fideligno Cobos, Jorge Antonio Muñoz y Querubín de los Angeles García, solicitadas por el actor en el empeño de demostrar sus pretensiones, no acreditan el abandono del hogar por la madre de Agueda Stella.

"Como puede observarse —dice el Tribunal— de las transcripciones hechas de las partes pertinentes de las exposiciones de los testigos aportados por el demandante, lejos está esa prueba de poder establecer el abandono del hogar que el actor invocó para impugnar la paternidad de la menor Agueda Stella, pues la imprecisión del primero respecto de la fecha en que los esposos vivían en Saboyá, le resta valor probatorio a su exposición. La manifestación que hace el segundo respecto del abandono del hogar, se refiere a un relato que sobre ese aspecto le hizo el demandante, es decir, a una exposición que le hizo el actor respecto a la conducta de la esposa de éste, y ello no puede ser prueba del abandono del hogar, ya que el artículo 699 del Código Judicial, dice al particular: 'Las declaraciones sobre palabras no forman jamás prueba sobre los hechos ...' Y por lo que hace a los dos últimos declarantes, como ellos se limitan a repetir el interrogatorio de manera uniforme, no se les puede dar credibilidad".

El sentenciador anota, además, que el demandante manifestó en el juicio de alimentos que se le adelantó ante el Juez de Menores de Bogotá, que su esposa vivió en Cali por los años de 1953 a 1957, y que los declarantes afirman que por esa época permaneció en Saboyá, lo cual pone de manifiesto una contradicción que contribuye a restarle valor probatorio a las declaraciones aducidas por el actor.

III

El recurso

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia del Tribunal por "errores de hecho, que aparecen de manifiesto en los autos, al valorar equivocadamente algunas pruebas y al dejar de apreciar otras", lo cual llevó al sentenciador a dejar de aplicar el artículo 6º de la Ley 95 de 1890. Al final del cargo el recurrente cita, además, como infringidos, indirectamente, los artículos 178 del Código Civil y 665, 666, 696 y 697 del Código Judicial.

Las pruebas erróneamente apreciadas, según la censura, son las declaraciones de Fideligno Cobos, Jorge Antonio Muñoz, Querubín de los Angeles García e Irenarco Santamaría, con las cuales se demuestra, en opinión del recurrente, el abandono del hogar por parte de Angela María Orjuela, esposa del actor. Como el Tribunal no lo estimó así, dice la censura que ello revela "el tremendo error cometido por el desprecio que le inspiraron las declaraciones comentadas ... que lo llevó a dejar de aplicar la norma contenida en el artículo 6º de la Ley 95 de 1890".

Expresa, además, el recurrente que el fallador no tuvo en cuenta algunos indicios que surgen de la prueba existente en el proceso, y que refuerzan la demostración de que la nombrada Angela María abandonó el hogar.

Esos indicios, según la demanda de casación, son los siguientes:

a) El que surge de las dos cartas dirigidas por Angela María, desde Cali, a su hijo Doncey Ricardo y que señalan el hecho de la presencia de aquélla en dicha ciudad;

b) El que surge de la sentencia recaída en el juicio de alimentos adelantado ante el Juzgado de Menores de Bogotá, en donde se anotó que tres de los hijos legítimos estaban en poder del padre y la menor Agueda Stella en poder de la madre. Este hecho indica, según el recurrente, "que los padres estaban separados de hecho, que la mujer no se hallaba en el domicilio del marido y que ésta había abandonado el hogar";

c) El que resulta de la partida eclesiástica de nacimiento de la menor Agueda Stella, extendida en la Parroquia de Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Cali, y del acta notarial de nacimiento de la misma, expedida por el Notario Primero de dicha ciudad, documentos que demuestran "la presencia de la madre de la menor en Cali y, en consecuencia, la separación de los esposos y el abandono del hogar por la madre";

d) El que resulta de la declaración de Julio Suárez, quien dice que tuvo relaciones sinceras con Angela María Orjuela, lo que demuestra que tuvo relaciones sexuales con ella, como lo dicen algunos testigos, y

f) El que emerge de los testimonios de Fideligno Cobos y Jorge Antonio Muñoz, al decir el primero que por la misma Angela María Orjuela supo que ella le había traído sus tres hijos mayores a su hermano Armando Orjuela, y al declarar el segundo hechos relacionados con la mala conducta de la esposa del demandante. Esto indica, claramente, el abandono del hogar por parte de la Orjuela, en opinión del recurrente.

La Corte considera:

El origen de la filiación legítima es el matrimonio. Legítimo es todo hijo cuyos padres estaban casados entre sí en el momento de ser con-

cebido. Son también legítimos los hijos concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que se expresan en el Título II del Libro I del Código Civil.

A diferencia del nacimiento, que es un hecho de fácil comprobación, pues por el parto se establece la filiación materna, la concepción es un hecho oscuro, rodeado de misterio, que no puede probarse por medios directos, razón por la cual el legislador, ante la imposibilidad de una prueba de esta especie en el particular, tuvo que ocurrir a probabilidades y establecer algunas presunciones para tener como verdadero lo que es apenas verosímil.

Así, en materia de filiación legítima paterna, presumió que el hijo engendrado dentro del matrimonio tiene como padre al marido: Pater is est quem nuptiae demonstrant. *Es lo que expresa el artículo 213 del Código Civil al preceptuar que "el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo".*

Se basa esta presunción en las obligaciones de fidelidad y de cohabitación que la ley impone a los casados; la misma ley presume el cumplimiento de esos deberes y de allí concluye que el hijo nacido de mujer casada y concebido dentro del matrimonio, es hijo del marido.

Mas por poderosa que sea la presunción de paternidad legítima del hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, existe la posibilidad de que la madre no haya guardado el deber de fidelidad para con su esposo, y entonces esa presunción se consagra apenas como legal, es decir, que admite prueba tendiente a desvirtuarla.

Pero si no es posible acreditar la paternidad mediante prueba directa, en cambio es factible demostrar en ocasiones la imposibilidad de que el marido sea el padre, y por eso la ley le permite, en limitados casos, que desconozca al hijo que se le atribuye presuntivamente por haber sido concebido durante el matrimonio.

Uno de tales casos es el de abandono del hogar por parte de la mujer, a que se refiere el artículo 6º de la Ley 95 de 1890, hipótesis en la cual el actor situó su demanda. Ese artículo expresa que "en cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo".

Para la prosperidad de la acción de impugnación de la paternidad legítima en el caso del artículo 6º citado, el marido debe probar que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal y que el hijo nació después del décimo mes siguiente a ese abandono; a la contraparte correspondería la prueba de que la recibió nuevamente en su casa.

En el *sub lite* el sentenciador estimó que el hecho del abandono del hogar por parte de Angela María Orjuela no estaba demostrado fehacientemente, pues las declaraciones de Fideligno Cobos, Jorge Antonio Muñoz y Querubín de los Angeles García, aportadas por la parte demandante con ese objeto, no lo acreditaban.

El Tribunal tuvo en cuenta esos testimonios, los vio tal como obran en el proceso, no les hizo decir cosa distinta de lo que expresan, pero desestimó su mérito probatorio por la imprecisión del primero respecto de la fecha en que los esposos vivían en Saboyá; porque el segundo es apenas testigo de oídas y su relato se refiere a lo que el demandante mismo le contó respecto de la conducta de su esposa; y porque el tercero de los testimonios carece de responsividad en cuanto el declarante se limitó a repetir el interrogatorio que se le propuso.

No existe, pues, el error de hecho a que se refiere el recurrente, en relación con tales testimonios. Dicho error consiste, según la doctrina, "en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que no haya tenido en cuenta la existencia en el proceso de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como *no* probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (Tomo LXXVII, página 119).

Si para el recurrente el sentenciador se equivocó al apreciar los referidos testimonios en función de su mérito probatorio, por haberles negado el valor que la ley les asigna, ha debido acusar el fallo por error de derecho en su apreciación, pues se trataría entonces de un error de

valoración probatoria, y no por error de hecho, como lo hizo.

Con relación al testimonio de Irenarco Santamaría, al cual la censura se refiere igualmente, es preciso observar que el Tribunal no lo tuvo en cuenta, pues no lo cita en su fallo. Pero esta omisión no tiene trascendencia porque dicho testimonio carece de responsividad dado que el testigo se limita a reproducir el cuestionario a que se le sometió.

Respecto de los pretendidos indicios a que alude la censura, cabe notar que si el fallador no se refirió a ellos en la sentencia, tampoco demuestran el hecho averiguado, en que se apoya la acción. En efecto, las cartas dirigidas por Angela María a su hijo Doncey Ricardo, apenas acreditan que ella estaba en Cali en la fecha en que fueron escritas, pero por sí solas no demostrarían el abandono del hogar por parte suya; su permanencia en aquella ciudad podría ser apenas transitoria o con licencia aun implícita de su marido; si bien en el fallo recaído en el juicio de alimentos adelantado ante el Juzgado de Menores de Bogotá, se dice que tres de los hijos estaban en poder del padre y Agueda Stella en poder de la madre, de allí tampoco se deduce el abandono del hogar por parte de ésta; ni lo acreditan las actas de nacimiento de la menor; Julio Suárez al declarar que tuvo relaciones sinceras con la madre de Agueda Stella, negó que tales relaciones hubiesen sido sexuales, y de su testimonio, como de los de Fideligno Cobos y José Antonio Muñoz, menos se deduce el abandono del hogar por parte de la Orjuela, como lo dice la censura.

Con otras palabras, los indicios que cree encontrar el recurrente, y sobre los cuales ha elaborado su censura, son indiscutiblemente equívocos y por lo mismo ineptos para sustentarla.

Por consiguiente, no se ha quebrantado, por falta de aplicación, el artículo 6º de la Ley 95 de 1890, como lo considera el recurrente.

En consecuencia, el cargo no prospera y debe rechazarse.

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 fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio.

Sin costas por no haberse causado.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

1. Es imprescriptible la acción de filiación natural. — 2. Legítima y cuarta de libre disposición.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., julio 6 de 1968.

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

La señora Esperanza Mercedes Gómez Hernández demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Sincelejo al señor Dionisio Gómez Buelvas, en su calidad de heredero del difunto Francisco Javier Gómez Buelvas, para que se le declarara hija natural y heredera exclusiva de este causante y para que se condenase al demandado a restituirle los bienes que a la actora le corresponden en la sucesión de aquél.

Los hechos de la demanda expresan que el señor Francisco Javier Gómez Buelvas murió el 13 de mayo de 1957; que este mismo señor tuvo en vida relaciones sexuales, estables y notorias, con la señora Juana Hernández, madre de la demandante; que estas relaciones se llevaron a cabo en el Municipio de Palmito, desde el año de 1930 hasta 1933, inclusive, y que durante ellas nació la actora Esperanza Mercedes, el seis de mayo de 1932; que el mismo Gómez Buelvas trató a ésta como hija suya, prodigándole manifestaciones de afecto, que proveyó a su subsistencia y establecimiento, que la presentó como tal hija a sus familiares y amigos y confesaba ante éstos que era el padre de aquélla; que Gómez Buelvas dejó un testamento en que instituyó heredero a su hermano Dionisio Gómez Buelvas y en que declaró no dejar descendientes legítimos ni naturales.

El demandado no contestó el libelo, y la primera instancia del juicio culminó con el fallo de 27 de noviembre de 1962, por el cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

La sentencia acusada

Surtido el segundo grado por apelación de la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena profirió la sentencia de 20 de septiembre de 1963, por la cual se revocó la decisión de primera instancia y en su lugar se resolvió:

"1º Declárase al señor Francisco Javier Gómez Buelvas, padre natural de Esperanza Mercedes Gómez Hernández.

"2º Como consecuencia de lo anterior declárase heredera del causante Francisco Javier Gómez Buelvas, a Esperanza Mercedes Gómez Hernández, y adjudíquesele la herencia respectiva, con exclusión del señor Dionisio Gómez Buelvas en su calidad de heredero.

"3º Dése aviso al Notario Primero del Circuito de Sincelejo para el cumplimiento de los artículos 32 y 33 del Decreto 1003 de 1939.

"4º Decláranse no aprobadas las excepciones propuestas, y

"5º Costas del juicio a cargo del demandado".

La motivación de la sentencia expone los términos y el desarrollo de la litis; anota que, en respaldo de sus pretensiones, la demandante alega las causales de declaración de paternidad natural señaladas en los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y acomete en seguida el estudio de la prueba testimonial que fue aducida para demostrar que Francisco Javier Gómez Buelvas tuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con Juana Hernández, madre natural de la misma actora, durante los años de 1930 a 1933.

A este propósito transcribe los pasos sustanciales de los testimonios rendidos por Rúgero

Pérez Mendoza, José Toscano Peralta, Gregorio Hernández, Francisco Monterroza Pérez, Manuel Montes Pérez, Telmo Monterroza González, José Monterroza Narváez, Julio Bertel Monterroza y Antonio Monterroza Monterroza y comenta en seguida: "A la lectura de los anteriores testimonios, salta a la vista que todos los testigos están de acuerdo en que entre el señor Francisco Javier Gómez Buelvas y la señora Juana Hernández existieron relaciones sexuales, estables y notorias, desde el año de 1930 hasta 1933. Están igualmente de acuerdo en que de esas relaciones sexuales nació Esperanza Mercedes Gómez Hernández, en el año de 1932".

Dice que los declarantes nombrados dan la razón de sus dichos y que la partida de bautismo de la actora Esperanza Mercedes prueba que ella nació el seis de mayo de 1932, y expresa luego: "Se tienen entonces dos datos interesantes: el primero, que en el año de 1930 se iniciaron las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Francisco Javier Gómez Buelvas y Juana Hernández, y segundo, que Esperanza Mercedes Gómez Hernández nació de esas relaciones el día 6 de mayo de 1932. De estos hechos se desprende claramente que Esperanza Mercedes Gómez Hernández nació después de haber transcurrido los ciento ochenta días desde que se iniciaron las relaciones sexuales de que se ha hablado. Aun cuando no hay dato del día y mes del año de 1930 en que se iniciaron las relaciones, eso no es obstáculo para que, en interés de la ley que se busca aplicar, se tome como punto de partida para el conteo de los ciento ochenta días, la fecha del 31 de diciembre de 1930. Así, pues, partiendo de esa fecha, hasta el 6 de mayo de 1932, se tiene que han transcurrido más de ciento ochenta días, por lo que la Sala llega a la conclusión de que hay lugar a declarar la paternidad natural demandada, de acuerdo con el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

El fallo continúa comentando las afirmaciones principales de los testigos acerca de los hechos concernientes a las relaciones sexuales entre Gómez Buelvas y Juana Hernández, cita una doctrina de la Corte sobre que los testimonios no necesitan ser de una precisión matemática, sostiene que el juez de primera instancia no tenía razón para rechazar las declaraciones de Julio Bertel y Antonio Monterroza y concluye así el estudio de la prueba: "Pero el hecho de las relaciones sexuales, estables, públicas y notorias, habidas entre Gómez y la Hernández está tan probado en los autos que, aun rechazando, como lo hizo el inferior, los testimonios de Julio Bertel M. y Antonio Monterroza, quedan las declaraciones de los otros testigos ya examinados, todos los cuales llevan a la Sala la certeza de la existencia de tales relaciones para los años de 1930 a 1933 y por consiguiente en el caso *sub judice* se ha probado la presunción establecida en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Respecto de la causal de posesión notoria del estado civil de hija natural que también alegó la demandante, afirma el fallo que los testimonios citados no son precisos en cuanto a los factores que integran dicha causal y que por tanto se hace forzoso concluir que ella no aparece probada.

La sentencia examina también las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y de prescripción de la acción propuesta y llega a la conclusión de que ellas tampoco fueron acreditadas.

El recurso de casación

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en la causal primera, formula contra la sentencia dos cargos que la Corte procede a examinar:

Primer cargo. Consiste en la violación directa, por falta de aplicación, del artículo 1º de la Ley 50 de 1936 y del inciso segundo del artículo 2541 del Código Civil, y por aplicación indebida, del inciso primero del mismo artículo 2541.

El recurso sustenta el cargo diciendo que la sentencia admite que la acción de declaración judicial de paternidad natural, se extingue por prescripción, pero que no aplicó al caso el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, que redujo a veinte años el término de prescripción extraordinaria, ni tampoco el inciso segundo del artículo 2541 del Código Civil, que para la misma prescripción no toma en cuenta ninguna de las suspensiones señaladas por el artículo 2530 *ibídem*. Bastaba, pues, el transcurso de veinte años para la prescripción de la acción propuesta, sin tener en cuenta ninguna suspensión.

En este caso transcurrieron veinticinco años desde que entró en vigencia la Ley 50 de 1936 y por tanto la acción aludida estaba prescrita cuando se promovió la demanda inicial de esta litis. Por tanto así debe declararse, a menos que ahora se sostenga que la acción dicha no es prescriptible, punto que está fuera de la apreciación de la Corte por haber sido admitido y resuelto por la sentencia impugnada y que, siendo favorable al recurrente, no es materia del recurso.

La demanda de casación se extiende en una serie de consideraciones sobre la necesidad y la conveniencia de admitir y asentar la tesis de que la acción en referencia se extingue por prescripción, sobre la teoría del legítimo contradictor y sobre que el artículo 406 del Código Civil no se aplica sino a la filiación legítima y exige además, como presupuesto de su aplicación, que la acción se promueva contra el padre que vive y no contra sus herederos, hipótesis que no se ofrecen en el caso de este litigio.

Segundo cargo. Versa sobre el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1155, 1156, 1274, 1275 y 1276 del Código Civil y 23 de la Ley 45 de 1936, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso sustenta la censura en estos términos: "La sentencia acusada no ha tenido en cuenta para nada la presencia en el expediente del testamento del causante, que la misma parte demandante allegó a los autos junto con la propia demanda, que a él se refiere. Este testamento obra a folios 4 y 5 del cuaderno primero, y, mediante él, el causante instituyó, como lo transcribí en el numeral 2º del capítulo Historia Sintética de los hechos, heredero de todos sus bienes a su hermano legítimo, mi poderdante Dionisio Gómez Buelvas. Sólo en virtud de esa manifiesta omisión pudo el Tribunal ordenar en el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia adjudicar la herencia a la demandante en su calidad de hija natural del causante 'con exclusión del señor Dionisio Gómez Buelvas en su calidad de heredero'.

"Esa exclusión es ilegal, pues mi poderdante, en todo caso, tiene derecho a la cuarta parte de libre disposición de los bienes del testador. La omisión de estimar esa prueba, fundamental para todo el juicio, hizo incurrir al Tribunal en la violación indirecta de los artículos mencionados. Pues el Tribunal, consecuencialmente, olvidó que en nuestro Código Civil estaba instituida en su artículo 1242 la cuarta de libre disposición del testador, que luego reprodujo el artículo 23 de la Ley 45 de 1936; que el asignatario a título universal, es heredero, conforme al artículo 1155 del Código Civil; que, según el artículo 1156, el heredero universal, si concurriere con herederos de cuota, se entenderá heredero de aquella cuota que, con las designadas en el testamento, complete la unidad o entero, y que la acción de reforma del testamento, según los artículos 1274 y 1275 del Código Civil, es para reclamar la legítima rigorosa o la efectiva en su caso".

El recurso continúa diciendo que el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 establece la manera como el testador puede repartir su herencia, disponiendo que, si hay descendientes legítimos o naturales, dicho testador debe destinar tres cuartas partes de sus bienes para tales descendientes y reservarse la otra cuarta parte para dejarla a quien quiera. En el caso presente el testador dispuso de todos los bienes en favor de su hermano, a quien instituyó su heredero universal, por afirmar que no tenía descendientes legítimos ni naturales; si posteriormente le resultó una hija natural y se la declaró heredera del mismo causante, ella se entiende haber sido preterida y no puede reclamar sino su legítima rigorosa o la efectiva, en su caso, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 1274 y 1275 del Código Civil. Como consecuencia de esto, el heredero testamentario Dionisio Gómez Buelvas tiene derecho a conservar y recoger la cuarta parte de los bienes del causante.

Afirma por último el recurso que, de acuerdo con lo expuesto, la sentencia incurrió en un error manifiesto de hecho al no tener en cuenta el testamento del causante Francisco Javier Gómez B., y que, como consecuencia de tal yerro, violó en forma indirecta los preceptos antes citados al disponer adjudicarle a la heredera Esperanza Mercedes Gómez Hernández todos los bienes de la herencia, con exclusión del heredero testamentario, señor Dionisio Gómez Buelvas, y al desconocerle a éste el derecho de retener para sí la cuarta parte de esos bienes.

Consideraciones de la Corte:

I. *La filiación, tanto legítima como natural, da origen a dos clases de acciones: unas llamadas acciones de reclamación de estado, que se encaminan a obtener el reconocimiento de la calidad de padre, de madre o de hijo y en general de un determinado estado civil, y otras denominadas acciones e impugnación de estado, que tienen por objeto establecer que una persona no tiene el estado civil que posee en apariencia (XLVIII - 1948, 255).*

Varios preceptos del Código Civil (214, 247 y 335) se refieren a las acciones de impugnación del estado civil de padre y de madre.

El artículo 406 ibídem *preceptúa: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce". Esta norma consagra la acción de recla-*

mación del estado civil de padre, de madre y de hijo, y dispone que tal acción es imprescriptible. El precepto no distingue entre filiación legítima y filiación natural y es por tanto aplicable a estas dos clases de filiación. Con respaldo en esta misma norma la Corte ha asentado la doctrina de que es imprescriptible la acción de reclamación del estado civil de hijo natural, llamada comúnmente acción de filiación natural o acción de declaración judicial de paternidad natural, como puede verse en sentencias de octubre primero de 1945 (LIX - 2025, 692) y de mayo 11 de 1948 (LXIV - 2062, 371).

En el caso presente se ejercita una acción de reclamación del estado de hijo natural, pues la demandante pretende que se la declare hija natural y heredera del difunto Francisco Javier Gómez Buelvas. La sentencia impugnada admite que tal acción puede extinguirse por prescripción y expresa que aquí no se produjo este fenómeno de extinción porque no había transcurrido el término necesario para prescribir. El recurso le imputa al fallo el quebranto de varios preceptos sustanciales por no haber declarado esa prescripción y sostiene que sí había transcurrido el término expresado, desde luego que tal término no se suspende en favor de los incapaces cuando se trata de la prescripción extraordinaria.

Muy claro se ve que la sentencia incurrió en un error jurídico al sostener que la acción aludida es prescriptible, cuando el artículo 406 del Código Civil establece lo contrario, y es obvio que la Corte no puede prohijar tal yerro para el efecto de proceder a considerar si el supuesto término de prescripción se suspendió o no en favor de la demandante y si la acción dicha quedó o no extinguida. Ese error, fuera de ser intrascendente en casación, no puede producir las consecuencias que el recurso propugna, contra lo que la ley prescribe.

II. Es verdad que el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 autoriza al testador para disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes en presencia de descendientes legítimos o naturales. Las tres cuartas partes restantes deben quedar para éstos.

También los artículos 1275 y 1276 del Código Civil disponen que lo que un legitimario puede reclamar mediante la acción de reforma del testamento, es su legítima rigorosa o la efectiva en su caso, y que el legitimario preterido se entiende instituido heredero en su legítima. Los preceptos citados dejan ver que, si el testador ha dispuesto de todos sus bienes, pretermitiendo a uno o varios de sus legitimarios, éstos tienen, sin embargo, derecho de reclamar sus correspondientes legítimas, rigorosas o efectivas, y deben respetar y acatar en lo demás la voluntad del mismo causante en cuanto concierne a la asignación o destinación testamentaria de la cuarta de bienes de que pudo disponer y dispuso libremente.

En el caso de esta litis no se remite a duda que Francisco Javier Gómez Buelvas otorgó testamento e instituyó heredero universal de sus bienes a su hermano Dionisio Gómez Buelvas. Ante este hecho, la hija natural y heredera, Esperanza Mercedes Gómez Hernández sólo tiene derecho de reclamar su legítima efectiva como legitimaria preterida, debiendo someterse a la voluntad del testador en lo relativo a la asignación de la cuarta parte de bienes de libre disposición al demandado Dionisio Gómez Buelvas. Lo cual quiere decir que dicha hija natural desaloja al heredero testamentario en cuanto a las tres cuartas partes de los bienes del causante, que en este caso forman la legítima efectiva, pero no en lo que atañe a la cuarta parte de libre disposición. En otras palabras, la legitimaria Gómez Hernández y el heredero testamentario Gómez Buelvas han de concurrir simultáneamente a recoger la herencia del causante Francisco Javier Gómez Buelvas en la proporción de la legítima efectiva para la primera y de la cuarta parte restante para el segundo.

Es evidente que la sentencia incurrió en un error de hecho al no tener en cuenta el testamento otorgado por Francisco Javier Gómez Buelvas y al no ver que esa memoria tiene valor en provecho de Dionisio Gómez Buelvas en lo referente a la institución de heredero de la cuarta de bienes de libre disposición. Y es también cierto que, a consecuencia de ese yerro de hecho, la sentencia quebrantó, por falta de aplicación, los preceptos sustanciales que el recurso cita. Por tanto ese fallo debe ser infirmado para el efecto de sustituirlo por la respectiva decisión de fondo.

Las razones que vienen expuestas son suficientes para concluir que las partes litigantes tienen derecho de concurrir a recoger la herencia de Francisco Javier Gómez Buelvas en la proporción de la legítima efectiva para la hija natural Esperanza Mercedes Gómez Hernández y de la cuarta de bienes de libre disposición para el heredero testamentario Dionisio Gómez Buelvas. En este sentido habrá de proveerse.

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 veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este juicio sobre filiación natural propuesto por Esperanza Mercedes Gómez Hernández, contra Dionisio Gómez Buelvas y en su lugar,

Resuelve:

Primero. Se revoca en todas sus partes la sentencia de primer grado, de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, proferida en este mismo negocio por el Juez Primero Civil del Circuito de Sincelejo.

Segundo. Declárase no probadas las excepciones propuestas.

Tercero. Declárase que Esperanza Mercedes Gómez Hernández es hija natural y por tanto heredera legitimaria de Francisco Javier Gómez Buelvas.

Cuarto. Declárase que Esperanza Mercedes Gómez Hernández, en su referida calidad de legitimaria de Francisco Javier Gómez Buelvas, tiene derecho de intervenir, en concurrencia con Dionisio Gómez Buelvas, en la sucesión de su nombrado padre natural para que se le satisfaga a ella su legítima efectiva.

Quinto. Condénase a Dionisio Gómez Buelvas a restituir a Esperanza Mercedes Gómez Hernández el derecho que a ésta le corresponde en la sucesión de su padre natural Francisco Javier Gómez Buelvas, derecho equivalente a la legítima efectiva, la cual consiste en las tres cuartas partes de la herencia.

Sexto. Comuníquese esta providencia al Notario Primero del Circuito de Sincelejo para los efectos de los artículos 32 y 33 del Decreto 1003 de 1939.

Séptimo. Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso de casación.

(Este fallo fue discutido y acordado por la Sala en su sesión del tres de julio en curso, como consta en el Acta número 38).

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, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Carlos J. Medellín, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

LESION ENORME

1. Criterio objetivo de nuestra legislación. — 2. La interpretación errónea de la ley sustancial no depende de la estimación de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, julio 12 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 40 de 9 de julio de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha 31 de octubre de 1963, en el juicio ordinario seguido por Genaro Desiderio López y Angela Torres de López frente a Segundo Arcelio Basante y Licenia Hercilia o Herlinda Basante.

I

El litigio

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, Genaro Desiderio López y Angela Torres de López demandaron a Segundo Arcelio Basante y Licenia Hercilia o Herlinda Basante, para que se rescindiese por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado entre los demandantes como vendedores y los demandados como compradores, mediante la Escritura pública número 1914 de 7 de diciembre de 1955, de la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, sobre "una casa de tapias, cubierta de tejas, de dos plantas, situada en la calle Real de la población de Guaitarilla" y determinada por los linderos que tal instrumento reza.

Como *hecho* fundamental de la *causa petendi,* los actores alegaron que el precio de la compraventa, recibido por ellos, que lo fue la suma de $ 5.000.00 moneda corriente, "era inferior a la mitad del justo precio del inmueble vendido", al tiempo del contrato.

Ante la oposición de los demandados, deducida en las respectivas contestaciones dadas al libelo y por las cuales ellos, denegando el hecho fundamental reseñado, se opusieron formalmente a las peticiones de la parte actora, tramitóse con aducción de pruebas de una y otra parte la primera instancia que se cerró con sentencia del Juez del Circuito, por la cual sustancialmente se resuelve:

1º Que los vendedores sufrieron lesión enorme en la celebración de la compraventa consignada en la Escritura número 1914 de 7 de diciembre de 1955, de la Notaría 2ª de Pasto;

2º Que se rescinde por dicha causa el contrato en referencia;

3º Que "los compradores Segundo Arcelio Basante y Licenia Herlinda o Hercilia Basante podrán consentir en la rescisión o completar el justo precio de *doce mil novecientos setenta y dos pesos con veinte centavos* ($ 12.972.20), fijado por los peritos, con deducción de una décima parte. Esta opción la ejercitarán dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia";

4º Y que si los demandados consintieren en la rescisión deberán restituir a los actores el inmueble objeto de tal contrato, y pagarles sus frutos desde la fecha de la demanda; y a su vez éstos deberán restituir a los primeros la suma de $ 5.000.00 que recibieron como precio de la cosa vendida, con sus intereses legales desde la fecha de la demanda.

Por apelación de los demandados surtióse la segunda instancia, a que recayó la sentencia del Tribunal de Pasto, de 31 de octubre de 1963, la cual, con salvamento de voto de uno de sus magistrados, confirma la del inferior.

Abierto el recurso de casación, por interposición que del mismo hicieron los litigantes vencidos, procede la Corte, en este acto, a su despacho.

II

La sentencia impugnada

El Tribunal, luego de detenerse en la consideración de las condiciones necesarias para que una venta sea rescindible por lesión enorme y de estimar que, aunque nuestro Código consagra en la materia el criterio objetivo, la Corte en sentencia de 8 de noviembre de 1957 adoptó uno mixto, llega a las siguientes conclusiones, básicas en su pronunciamiento:

Que "en el negocio en estudio está demostrada la vileza del precio contractual en comparación con el justo precio de la cosa al tiempo en que se efectuó el contrato, demostrado con el avalúo pericial uniforme y fundamentado de los peritos, doctor Julio César Enríquez y Rodrigo Rivera N. Estos determinaron tal justo precio en la suma de $ 12.972.20. Así resulta que el precio recibido por los vendedores fue inferior a la mitad del justo precio", y

Que, si de acuerdo con la aludida doctrina de la Corte existiría para este negocio la presunción del ánimo especulativo y engaño en contra de los compradores demandados, con todo, en el caso del pleito, esa presunción no ha sido destruida, pues "la declaración de Justino Bastidas, en cuanto afirma que Desiderio López le dio la comisión para ofrecer en venta la casa y que no encontró comprador, es prueba incompleta no sólo por ser testigo único de esta circunstancia, sino también por la vaguedad de su afirmación", como porque "la afirmación del demandado Segundo Arcelio Basante sobre que Desiderio López anduvo ofreciendo la casa a varias personas y nadie quiso comprarla, no constituye prueba alguna contra los demandantes, ya que la prueba de confesión se limita a los hechos que perjudican al propio confesante; y en cuanto confiesa que el precio no lo pagó de contado, une una circunstancia más desfavorable aún a la vileza del precio. De modo que con estos dos elementos probatorios en manera alguna se ha desvirtuado el ánimo especulativo que la vileza del precio hace presumir en los compradores".

Es de advertir que las razones del salvamento de voto de uno de los magistrados, descansando principalmente en el criterio mixto que él profesa, se condensan, por tal aspecto, en el siguiente paso de su manifestación disidente:

"Se ve así, en el demandado la inexistencia del ánimo especulativo ni el aprovechamiento de situaciones especiales propias para forzar o precipitar a los vendedores a salir del bien, siendo además, de advertir, que según el Catastro de Guaitarilla, el inmueble de que trata esta demanda figuraba avaluado en el año de 1955, en la suma de dos mil pesos (folio 6 cuaderno número 3). Así, pues, las circunstancias de las ofertas de venta que voluntariamente habían hecho los propietarios de la casa, y el avalúo catastral preindicado liberan a los compradores del ánimo de especulación y de engaño".

III

El recurso extraordinario

La demanda de casación, con fundamento en la causal primera, propone dos cargos, de que cabe hacer el resumen siguiente:

Primer cargo. Está formulado así: "La sentencia acusada constituye una violación indirecta, por interpretación errónea del artículo 1947 del Código Civil". Se alega lo siguiente:

Que "tanto el juez de primera instancia como el juzgador de segundo grado, violaron el artículo 1947 del Código Civil, porque el ánimo de especulación que debe tenerse en cuenta para declarar la lesión enorme en el contrato de compraventa, no aparece establecido en parte alguna del juicio, siendo imposible que pudiesen prosperar las peticiones de la demanda, al aparecer destruida totalmente dicha presunción, encontrándonos entonces frente al error en materia de derecho".

Con el fin de acreditar este aserto, argumenta el impugnante: que el Tribunal le asignó a la declaración de Justino Bastidas y a las posiciones absueltas por Segundo Arcelio Basante un valor distinto o inferior al que realmente tienen;

Que "además el ánimo especulativo no fue planteado siquiera por los vendedores demandantes, ya que propiamente lo que se trató de insinuar durante el período de prueba fue lo relacionado con una violencia (que no existió) en la población de Guaitarilla, que habría obligado a los vendedores a transferir el inmueble en las condiciones dichas en la demanda";

Que, en definitiva, la sentencia acusada violó por interpretación errónea el precepto señalado al principio.

Segundo cargo. Es por violación indirecta del mismo artículo 1947 del Código Civil, "a con-

secuencia de error evidente de hecho por falta de apreciación de otras pruebas", las que relaciona así:

El "certificado sobre avalúo catastral del inmueble objeto de la controversia, expedido por el señor Tesorero Municipal de Guaitarilla (folio 6 cuaderno de pruebas de la parte demandada), en el cual consta que en el año de 1955, este inmueble estaba avaluado en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) y fue posteriormente, en el año de 1956, cuando figura como propietario Segundo Arcelio Basante y otra, que fue avaluado en la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00). Esta prueba libera una vez más a los compradores demandados del presunto ánimo de especulación o engaño, que tanto pesó en la decisión del honorable Tribunal";

El "certificado expedido por el presidente y secretario de la Cámara de Comercio de Pasto sobre precio medio de cotización del dólar en los años 1955 a 1959 (folios 10 vuelto y 11 del cuaderno de pruebas de la parte demandada)". Al no apreciar esta prueba, el juzgador "incurrió en error evidente de hecho, porque la teoría cuantitativa no debe descartarse cuando se trata de analizar la lesión enorme en el contrato de compraventa, ya que se basa en principios de justicia y en el advenimiento de sucesos imprevisibles, porque en teoría económica es evidente que cuando el valor de los bienes se eleva, baja el poder adquisitivo del dinero, e inversamente, baja el valor de los bienes y aumenta el poder adquisitivo del dinero ... De conformidad con estos enunciados, debe tenerse en cuenta la variación que haya sufrido el poder adquisitivo de la moneda en el momento de apreciar el justo precio para deducir si hay o no lesión, porque según esto, no es lo mismo considerar el valor del inmueble en 1955 que en 1959, cuando se inspeccionó este inmueble y se rindió el concepto pericial";

Los "testimonios rendidos por los señores Higinio Solarte, Miguel Cerón, Segundo Tobar, José Solarte, Misael Bastidas (folios 17 a 19 vuelto cuaderno de pruebas de la parte demandada)". Pues, aunque "la sentencia impugnada se basa exclusivamente en el ánimo especulativo de los demandados, sin que esto haya sido alegado por la parte demandante", como "parece existir correlación entre esto y la posible violencia política que incidiera en el ánimo de los vendedores para vender el inmueble por bajo precio", los testimonios que se acaban de mencionar "expresan clara y terminantemente, que la tal violencia política no existió y todos están acordes en manifestar que aunque el señor Desiderio López era de filiación liberal, su esposa, señora Angela Torres de López pertenecía al partido conservador y el uno y la otra no eran sectarios sino amigos de los habitantes de Guaitarilla, y que nunca fueron perseguidos ni hostilizados en sus actividades públicas y privadas".

Finalmente, alega el acusador que, si bien es cierto que nuestro Código, al tener en cuenta la vileza del precio, sigue en principio el criterio objetivo, no lo es menos que se debe indagar si, al concretarse el contrato de venta, existió el ánimo especulativo de una de las partes, "pues como en el caso que nos ocupa, ha ocurrido y está plenamente demostrado que la parte demandada ha justificado la honestidad de su ánimo al realizar el negocio. Y es que además la ley al consagrar la rescisión del contrato de compra venta por lesión enorme, sanciona también el ánimo doloso que subjetivamente va implícito en el precio vil. Entonces, demostrada la total ausencia de este aspecto subjetivo, es injusto tomar en cuenta únicamente el precio para declarar la nulidad del contrato".

Tal el contenido del libelo de casación, el que fue cuidadosa y oportunamente contestado por el mandatario de la parte opositora.

Consideraciones de la Corte:

Como se ve, la impugnación se contiene en dos cargos, ambos por violación del artículo 1947 del Código Civil, que se pretende ocurrida, según el primero, por interpretación errónea del mismo texto, y según el segundo, por causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas.

En el ámbito de una y otra censura, el esfuerzo de la parte recurrente y, por lo tanto, la íntegra esencia de sus acusaciones —salvo la digresión que hace en el segundo de los cargos acerca de la variación en el poder adquisitivo de la moneda, relativamente a un certificado de la Cámara de Comercio de Pasto—, están dirigidos a demostrar que el sentenciador violó el artículo 1947 del Código Civil en cuanto lo interpretó y aplicó en un sentido distinto al que la impugnación entiende ser el verdadero del mismo texto.

Las deficiencias formales de que la demanda de casación adolece, podrían bastar a desecharla:

a) Porque en el primer cargo, se intenta sostener la interpretación errónea de la ley sustancial por vía indirecta, o sea como consecuencia de habérsele asignado a determinadas pruebas (la declaración de Justino Bastidas y la abso-

lución de posiciones del demandado) un valor distinto o inferior al de la tarifa legal. Lo que carece de procedencia, pues la interpretación errónea de la ley sustancial no depende de la estimación de las pruebas, sino que es independiente de ella y radica exclusivamente en la inteligencia equivocada que el sentenciador haya hecho de la norma sustancial en sí misma considerada. Es decir, que la censura por interpretación errónea supone la verdad de los hechos sobre que se litiga y el empleo del precepto sustancial pertinente, aunque dándole, sí, a éste un significado, alcance o restricción que no tiene.

b) Porque en el segundo cargo, en lo tocante con los pretendidos yerros de valoración probatoria, no se citaron —como tampoco se hizo en el primero—, los preceptos determinativos del valor de los medios que se dicen mal estimados, lo que sería indispensable. y porque, tratándose del alegado error de hecho en la apreciación de unos testimonios, el recurso no lo demuestra, sino que apenas se limita a un argumento de simple parecer, tratando de contraponer su propio criterio al del Tribunal en la consideración de la prueba, pero sin demostrar error alguno de hecho evidente, lo que también sería necesario.

Con todo, si estas faltas de técnica no ocurrieran, la Corte tendría que rechazar la acusación, como habrá de hacerlo, porque toda ella está montada sobre una inteligencia equivocada del artículo 1947 del Código Civil, según se verá luego. Vale decir, que, aunque el Tribunal hubiese dejado de dar a las pruebas sobre que cabalga la censura el correspondiente valor legal o el adecuado manejo de hecho, su pronunciamiento no concluiría en la violación del artículo 1947 en referencia, no obstante el haberse ocupado de estudiar el caso del litigio a la luz de una doctrina jurisprudencial que no estaba llamada a hacer carrera y que fue recogida después.

Ciertamente, aunque el Tribunal manifestó ser su concepto el de que "nuestro Código adoptó el criterio objetivo para determinar cuándo hay lesión enorme", no le fue suficiente el haber encontrado, en la especie del pleito, "demostrada la vileza del precio contractual en comparación con el justo precio de la cosa al tiempo en que se efectuó el contrato", sino que, guiándose por aquella aislada doctrina de la Corte, contenida en sentencia de casación de 8 de noviembre de 1957 (LXXXVI, páginas 514 a 517), echó por la vía del criterio mixto, para entrar a indagar si los demandados destruyeron la presunción del ánimo especulativo y engaño de su parte, en la celebración de la compraventa. Y habiendo parado en resultado adverso a los mismos, hubo por todo ello de confirmar la sentencia del *a quo*, rescisoria de ese contrato a mérito de la lesión enorme sufrida por los vendedores, fundamento y materia del juicio. Y en ese mismo criterio afianzóse el magistrado que salvó su voto, al disentir del Tribunal en la apreciación de no haber los demandados quitádose la susodicha presunción a su contra.

Conviene, pues, que la Corte insista explícitamente en la rectificación de aquella doctrina del 8 de noviembre de 1957, ya desalojada por la de sentencias posteriores, una de éstas la de casación de 17 de junio de 1960, pasos de la cual se transcribirán adelante.

Entiéndese por lesión, *en ciertos negocios jurídicos, el perjuicio patrimonial que resulta para una de las partes, de la falta de equivalencia en las prestaciones exigidas por la naturaleza del contrato.*

Sábese con certeza que el Derecho Romano clásico no exigió que el precio en la venta tuviese que ser justum *y que la lesión en los contratos no vino a tenerse en cuenta sino para la protección del menor* —restitutio in integrum obaetatem—. *Más tarde un rescripto célebre atribuido a Diocleciano concedió la rescisión de la venta de un inmueble al vendedor que no había recibido la mitad del justo precio. Andando los tiempos, bajo la influencia de la idea moral de justicia conmutativa, los canonistas se preocuparon por el problema jurídico de la lesión. Sus doctores proclamaron que la equidad impone la igualdad, en el contrato. Doctrina en que se acuna la noción del "justo precio", que se transformaría en la del "justo salario" para el arrendamiento de servicios. La determinación del justo precio había de traducirse en una cuestión objetiva sobre el valor de las cosas: la* communis aestimatio. *Mas como no era posible condenar un contrato por el sólo hecho de que la cosa, objeto del mismo, no hubiese figurado por su valor, lo que sería contrario a las necesidades del comercio jurídico, los canonistas imaginaron un sistema de límites extremos, a saber: un* summun justum pretium, *más allá del cual el vendedor no debía vender; y un* infimum justum pretium *por debajo del cual el adquirente no debía comprar.*

Contemplado, pues, el entrecruzarse de estas dificultades que, pasando de una edad a otra, habían sido motivo de incertidumbres y contradicción entre doctrinantes del derecho y economistas, siguiendo al Derecho Español, el Código

Civil Chileno, de que es trasunto el Colombiano, optó por consagrar un criterio objetivo como es el recogido para la compraventa en el artículo 1947 de nuestro estatuto, igual al 1899 del de Chile, sin dejar de lado el pensamiento de que el contrato debe ser justo en cuanto ha de realizar cierta equivalencia entre las prestaciones de una y otra parte, no excluye la consideración de que la utilidad económica, acicate en principio de los contratos onerosos, no puede lograrse sino cuando éstos permiten un razonable margen de amplitud en el juego de las equivalencias.

Quiere decir que de los tres sistemas que disciplinan el fenómeno de la lesión: el objetivo, *el* subjetivo *y el* mixto, *nuestro legislador optó por el primero, o sea el llamado* objetivo. *Ciertamente, tiénese éste, cuando la ley en la tipificación y tratamiento de la lesión no toma en cuenta consideraciones de ninguna especie acerca de las circunstancias personales o de medio ambiental en que hubieran obrado las partes, sino que impone un módulo o razón constante de tolerancia cuanto al exceso o al defecto en relación con el justo precio de la cosa para el tiempo del contrato, fijando, cual lo hace nuestro artículo 1947, términos intraspasables, so pena de incurrir fatalmente en el vicio de lesión enorme, sancionable con la rescisión del negocio o su opcional reajuste.*

Entonces, lo que la ley reprime es la exorbitante desproporción entre las prestaciones de las partes, conforme al módulo predeterminado por ella y que envuelve, de una parte un injusto empobrecimiento, y de la otra el correspondiente enriquecimiento indebido. Como sobriamente lo dijo esta superioridad en sentencia de 28 de marzo de 1958. "La acción por lesión enorme pretende sancionar un indebido enriquecimiento en el terreno contractual. Para que estos enriquecimientos contractuales puedan ser sancionados, es obvio que hay que probar, en primer término, un empobrecimiento contractual sufrido por el vendedor, el cual produce como consecuencia directa un correlativo enriquecimiento en el comprador" (LXXXVII, página 532).

Se reitera, pues, aquí la verdadera doctrina de la Corte acerca del criterio que informa nuestra preceptiva civil en punto de rescisión de la compraventa de inmuebles por lesión enorme, expuesta en la sobredicha sentencia de casación de 17 de junio de 1960, a la que pertenecen los siguientes pasajes:

"Incorporado formalmente como principio jurídico en el Código de Justiniano, el fenómeno de la rescisión por lesión grave o enorme pasó a las legislaciones modernas con la hostilidad de la escuela de la autonomía de la voluntad que con él veía quebrantado el principio de la libertad contractual. Unas de esas legislaciones apreciaban la lesión con criterio subjetivo como un vicio del consentimiento originado en el estado de necesidad, en la ligereza o la inexperiencia de uno de los contratantes y en la voluntad de explotación en la contraparte. Otras, siguiendo la concepción romana, la juzgan con un criterio objetivo como un daño patrimonial causado por la falta de equivalencia o la desproporción entre las prestaciones impuestas por el contrato. Nuestro Código Civil consagra la rescisión por lesión enorme con este criterio objetivo y en forma excepcional, esto es, aplicable, no a todos los negocios jurídicos, sino a determinados actos y contratos, como son la aceptación de una herencia, la partición de bienes, la cláusula penal, la compraventa, la permutación, el mutuo y la anticresis (Código Civil, 1291, 1405, 1601, 1946, 1958, 2231 y 2466).

"El artículo 1947 *ibídem* prescribe que 'el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella'. De acuerdo con este precepto el problema de la lesión enorme se reduce a una cuestión de cifras, a una confrontación del valor recibido o dado con el precio justo. Es un fenómeno objetivo que 'funciona mecánicamente, matemáticamente, desde el momento en que las condiciones requeridas por la ley se encuentran reunidas, y con abstracción de toda consideración derivada de la mentalidad de los contratantes, del fin perseguido por ellos' (Josserand, 'De L'esprit des droits', número 103).

"Siendo esto así, lo natural y obvio es que en las controversias sobre dicha rescisión se establezca en forma legal por el demandante el justo precio que tenía el inmueble al tiempo de celebrarse la compraventa para poder compararlo con el valor recibido o pagado y deducir si entre esos guarismos existe la desproporción determinante de la lesión enorme —XLVII— 41 y 325 ..." (XCII, página 952).

Dados estos principios, resulta claro que el Tribunal, para determinar si los vendedores sufrieron lesión que los legitimase a pedir contra los compradores la rescisión del contrato, no tenía para qué ocuparse en averiguar las circunstancias personales o de medio en que las partes

hubieran actuado al tiempo de la celebración de tal negocio, sino que debía atenerse únicamente al dato que resultase de la confrontación objetiva entre el precio recibido por los vendedores y el justo precio que el inmueble vendido tenía al tiempo del contrato, y definir entonces si esa diferencia, de acuerdo con el artículo 1947 del Código Civil, importó la lesión de ultramitad, generadora de la rescisión.

Ahora bien: Es verdad del proceso y uno de los pilares de la sentencia recurrida, el estar "demostrado con el avalúo pericial uniforme y fundamentado de los peritos, doctor Julio César Enríquez y Rodrigo Rivera N." que el justo precio del inmueble vendido era el de $ 12.972.20 al tiempo del contrato; y que, en consecuencia, el precio de $ 5.000.00 estipulado y recibido por los vendedores fue inferior a la mitad del dicho justo precio. Y como la apreciación que hiciera el Tribunal, de ese dictamen de peritos no ha sido atacada en el recurso extraordinario, el argumento de aquél fundado en tal prueba está en pie, sirviendo por sí solo de sustentáculo al fallo, con independencia de cualesquiera otras consideraciones de aspecto subjetivo.

Es improcedente en este asunto, la teoría cuantitativa de la moneda, que el recurrente ha pretendido traer a cuento, no tanto porque su invocación aparece hecha en forma que no consulta la técnica del recurso extraordinario, sino por cuanto sería inadmisible que la disciplina de la lesión pudiera modificarse en razón de situaciones presentadas con posterioridad a la celebración del acto lesivo, como porque la moneda cual patrón de los valores y común denominador de las obligaciones, es idéntica a sí misma, a través del tiempo, en la satisfacción de las deudas, sin que esa identidad tocante con su poder liberatorio pueda alterarse por causa de la ondulación de los precios en el comercio.

Se rechazan, pues, los cargos.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

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 Pavá, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

REIVINDICACION DE BIENES MUEBLES

Es inadmisible la prueba de testigos respecto a obligaciones que valgan más de quinientos pesos ($ 500.00). — La tarjeta de inscripción o matrícula de vehículos no es prueba de dominio ni de venta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, julio 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Aprobación: Julio 10 de 1968. Acta número 41).

Contra la sentencia de 10 de julio de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el ordinario de Víctor Julio Cárdenas Corredor, contra la sociedad "Torovega Limitada", interpuso casación la parte demandante. Admitido el recurso y tramitado en legal forma, se decide ahora sobre su mérito.

I

Antecedentes

1. Por documento privado suscrito en Cúcuta el 29 de diciembre de 1959, debidamente reconocido, la sociedad "Torovega Limitada" dio en venta a Víctor Maldonado R., un vehículo automotor marca Ford, tipo F-600, cabina de 192, motor número 60D9 F-23371, por la suma de $ 39.240.00 moneda corriente, que el comprador se obligó a pagar en la siguiente forma: $ 10.000.00 a la firma del contrato, y por el saldo firmó doce (12) letras de $ 2.270.00 cada una y una de $ 2.000.00, de vencimiento mensual escalonado, debiendo pagar la primera el 2 de febrero de 1960.

En la cláusula tercera del documento aludido, consta que el vendedor se reservó el dominio o propiedad del vehículo "hasta que se verifique el pago total del precio", y se expresó que seguiría ejerciendo la posesión del mismo, no obstante su entrega al comprador.

2. El automotor —un camión tipo estaca— fue presentado para su matrícula el 25 de enero de 1960 en las oficinas de la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito del Departamento de Norte de Santander, por Víctor Julio Cárdenas Corredor. En la tarjeta correspondiente (folio 4 cuaderno 1) hay esta observación: "vehículo vendido por la agencia 'Torovega Limitada' factura adjunta".

3. Cárdenas Corredor afirma que compró tal vehículo a Víctor Maldonado R. por la suma de $ 40.000.00, que pagó en su totalidad a satisfacción del vendedor; que éste le hizo entrega del automotor y que lo venía poseyendo desde cuando lo recibió hasta los primeros días de septiembre de 1961, quieta, pública y pacíficamente, explotándolo en su único y exclusivo beneficio; que en dicho mes y año, la Secretaría de Transportes y Tránsito de Bogotá, "cumpliendo una orden telegráfica de la Dirección de Tránsito y Transportes de Norte de Santander" lo privó de la posesión material del vehículo, que fue puesto a disposición de la sociedad "Torovega Limitada"; que la sociedad dice que Víctor Maldonado le adeuda todavía $ 15.620.00 moneda corriente, pero que el actor "no tuvo conocimiento de que existiera pacto alguno de reserva de dominio a favor de la precitada sociedad"; que el vehículo en cuestión le producía más de $ 12.000.00 mensuales; que le hizo arreglos y reparaciones por más de $ 8.000.00; que había celebrado una promesa de permuta con Guillermo Cobos, en donde se pactó una cláusula penal de $ 5.000.00; que por haber sido privado del automotor no pudo cumplir tal promesa y tuvo que pagar el valor de la cláusula penal; que en agosto de 1961 había transferido su do-

minio a Arturo Cárdenas, pero que adquirió de nuevo la propiedad del carro por compra al mismo Cárdenas; que al hacer las diligencias para la cancelación de placas y traspaso del vehículo fue éste decomisado; y que la sociedad "Torovega Limitada" es su poseedora actual.

II

La demanda

Con fundamento en los hechos relacionados, Víctor Julio Cárdenas Corredor demandó a la sociedad "Torovega Limitada", representada por su gerente, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: Declarar que mi mandante señor Víctor Julio Cárdenas Corredor, es el titular del derecho de dominio pleno sobre el camión marca Ford, modelo 1959, tipo estaca, de capacidad para cuatro toneladas, motor número F60D9 F-23371, en virtud de haberlo adquirido mediante un contrato legítimo de compraventa;

"Segunda: Condenar a la sociedad demandada a restituir seis días después de ejecutoriada la sentencia, a mi mandante, el vehículo materia de la anterior declaración;

"Tercera: Condenar igualmente a la sociedad demandada 'Torovega Limitada' a pagar a mi mandante seis días después de ejecutoriada la sentencia la suma de doce mil pesos ($ 12.000) moneda corriente mensuales o el mayor o menor valor que se establezca en el juicio, desde el día del despojo hasta el día que se verifique la restitución como frutos civiles producidos por el vehículo antes relacionado;

"Cuarta. Condenar igualmente a la sociedad demandada 'Torovega Limitada', a pagar a favor de mi mandante, seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) moneda corriente o el mayor o menor valor que se establezca dentro del juicio, ocasionados por el abuso del derecho, por lucro cesante y daño emergente, y demás a que hubiere lugar, según la ley;

"Quinta: Condenar a los demandados a las costas procesales".

"Torovega Limitada" se opuso a las pretensiones del actor. Manifestó que Víctor Maldonado no había cancelado el valor del automotor a él vendido con pacto de reserva de dominio, por lo cual "endosó"; al doctor Léntulo Ruiz C. "el contrato ... para que hiciera efectivas las obligaciones en él contenidas"; que el nombrado doctor Ruiz C., obrando en su propio nombre como cesionario de "Torovega Limitada", solicitó el depósito del vehículo, cosa que así ocurrió; que Víctor Maldonado debe todavía $ 15.620.00 como saldo del precio de venta, pero que esa deuda es actualmente a favor del doctor Léntulo Ruiz C. como cesionario de los derechos de "Torovega Limitada"; y que en razón de esa cesión, el poseedor del vehículo es el nombrado doctor Ruiz C. y no la casa vendedora.

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, decidió la primera instancia del juicio absolviendo a la sociedad demandada de los cargos formulados, en sentencia de 12 de febrero de 1964 que, apelada por la parte actora, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, según su fallo de 10 de julio del mismo año, materia del presente recurso de casación.

III

Consideraciones de la sentencia acusada

El Tribunal, sobre la base de que la acción ejercida es la reivindicatoria, y de que pueden reivindicarse las cosas corporales muebles, empieza por analizar la primera de las condiciones axiológicas de la acción de dominio, o sea la calidad de dueño en el demandante.

Anota que según el hecho primero de la demanda, el actor adquirió el vehículo materia de la acción por compra a Víctor Maldonado, en la suma de $ 40.000.00. "Esto significa —dice el fallador— que el modo alegado es la tradición, que según el artículo 740 del Código Civil, consiste en la entrega que el dueño de una cosa hace a otro, habiendo por una parte la facultad o intención para transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo".

Advierte además: que para que la tradición sea válida se requiere un título traslaticio de dominio, y que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa entregada por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada; que para demostrar el título traslaticio de dominio invocado por el demandante, éste "acude fundamentalmente a varias declaraciones de personas que dicen haber conocido el automotor cuando lo utilizaba en hacer viajes a distintos lugares trans-

portando ganado''; que de conformidad con el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de $ 500.00; que de acuerdo con el artículo 1767 del Código Civil, es inadmisible la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito; que resulta inocuo ''intentar acreditar la compraventa de un vehículo valorado en $ 40.000.00 con meros testimonios, porque a ello se oponen aquellas disposiciones en una forma que no admite duda''; que la parte actora ha insistido en la tarjeta de inscripción o matrícula del vehículo, expedida a su favor por la Dirección Departamental de Tránsito y Transportes de Norte de Santander, como título de propiedad; que esa tarjeta no es título de dominio, pues las autoridades de tránsito ''se limitan a llevar el control de los vehículos automotores con base en los datos que los particulares les suministran''; que descartada esa prueba documental como título de dominio, no queda otra distinta de la testimonial aportada para el mismo efecto; que ''media la prohibición legal para tenerla en cuenta por tratarse de un acto jurídico relativo a obligaciones cuyo valor excede la suma de $ 500.00'', ya que ''no obra en los autos un principio de prueba por escrito, emanado naturalmente de 'Torovega Limitada' '', para justificar una de las excepciones que prevé el artículo 93 de la Ley 153 de 1887; y que el acto jurídico de valor mayor de $ 500.00 puede igualmente demostrarse con la confesión del obligado, pero que en el *sub lite* ''no se da esta prueba porque el dicho del señor Víctor Maldonado, quien no es parte en el juicio, es simplemente una declaración más y no una confesión''.

El Tribunal estima igualmente que el actor debió conocer el contrato de venta del automotor, con cláusula de reserva del dominio, celebrado entre la sociedad demandada y Víctor Maldonado, y hace al efecto esta consideración: ''En la tarjeta de inscripción o matrícula del vehículo materia del juicio, aparece la constancia de que éste fue vendido por 'Torovega Limitada'. Y es elemental suponer que lo que así quedó escrito fue a instancia de la persona que aparecía como propietaria, esto es, el señor Víctor Cárdenas, y en estas condiciones no es fácilmente explicable que el actor ignorara el contrato de venta con cláusula de reserva de dominio celebrado por 'Torovega Limitada' con el señor Víctor Maldonado y cuya prueba existe en el juicio precisamente a solicitud del mismo demandante''.

Concluye el sentenciador manifestando que la posición jurídica del actor frente a la sociedad demandada no le es favorable, y que no estando acreditada su calidad de dueño, es inútil analizar las demás condiciones axiológicas de la acción reivindicatoria.

IV

La acusación

Se formulan tres cargos contra la sentencia del Tribunal, todos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo. Se hace consistir en quebranto directo del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, por interpretación errónea del artículo 1767 del Código Civil por aplicación indebida; y de los artículos 1849, 1857, 946, 947, 950, 951 y 952 del mismo estatuto y 183 y 220 del Código de Comercio Terrestre, por falta de aplicación.

Dice el autor del recurso que el fallador interpretó erróneamente el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, disposición que se refiere, lo mismo que el artículo 1767 del Código Civil, al objeto de la obligación, a la prestación en sí misma considerada; que la exigencia del escrito para acreditar el contrato respecto de actos de valor mayor de $ 500.00, ''tiene aplicación cuando se trata de hacer efectiva la obligación, la prestación que nace del contrato''; que en el *sub lite* no se trata de probar un contrato de compraventa de bienes muebles para hacer efectivas las obligaciones que se deducen de él, pues no se discute un derecho personal sino uno real: no se demandó a Víctor Maldonado —vendedor del camión al actor— para que entregara el vehículo, sino a ''Torovega Limitada'' como poseedora del mismo, para que fuese condenada a restituirlo; que si se mencionó el contrato de compraventa celebrado entre Víctor Maldonado y Víctor Julio Cárdenas, fue con la finalidad de acreditar que éste es un tercero de buena fe, a quien no puede perjudicar el pacto de reserva de dominio celebrado por aquél y la sociedad demandada; que en materia de bienes muebles la posesión equivale al título; y que el actor tenía la posesión, adquirida por causa del contrato de compraventa, cuando fue ''despojado por las autoridades policivas''.

El cargo concluye con la expresión de que, a consecuencia de la interpretación errada de los textos legales anotados, se violaron, por falta de aplicación, las normas sustanciales citadas en él.

La Corte considera:

El artículo 1767 del Código Civil preceptúa la inadmisibilidad de la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito, y el 91 de la Ley 153 de 1887 establece qué actos deben constar en esa forma: aquéllos cuyo objeto valga más de $ 500.00.

La prueba testimonial está, pues, excluida por la ley cuando quiera que se trate de acreditar actos jurídicos de valor mayor de $ 500.00 restricción que se explica porque la seguridad y estabilidad de los negocios jurídicos requieren la prueba escrita, por ser peligroso dejar su suerte, cuando se trata de negocios de alguna consideración, en manos de simples testigos; el testimonio de por sí no ofrece las mismas calidades que la prueba escrita, la cual no depende en su mérito de la percepción, la memoria y la buena fe de los declarantes.

Pero si la ley exige un escrito ad probationem *para los actos jurídicos cuyo objeto valga más de $ 500.00, descartando la prueba testimonial, no excluye, respecto de actos no solemnes, la prueba de confesión; y admite, además, la de testigos en los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso; en aquéllos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y en los demás expresamente exceptuados por la ley (artículo 93 Ley 153 de 1887).*

Como el actor afirma en la demanda incoativa del juicio que adquirió el automotor cuya reivindicación solicita por compra a Víctor Maldonado en la suma de $ 40.000.00, el Tribunal, en vista de que el modo de adquirir el dominio invocado por el demandante es la tradición, pasó a estudiar el título traslaticio de compraventa y halló que el acto jurídico en que consiste, por ser de valor mayor de $ 500.00 debió otorgarse por escrito y no lo fue.

La Corte encuentra que el Tribunal obró con acierto en el particular, porque si bien, como lo dice el autor del recurso, aquí no se trata de hacer efectiva una obligación de valor mayor de $ 500.00 por el vendedor del vehículo, se trata sí de acreditar el dominio de éste por parte del demandante, que es una de las condiciones axiológicas de la acción ejercida; esa prueba se hace por su fuente, es decir, en este caso, por la tradición respaldada en el respectivo título traslaticio; y ese título, según la demanda, fue una compraventa por valor mayor de $ 500.00 que debió acreditarse mediante prueba escrita, como lo entendió el sentenciador.

Por consiguiente, el Tribunal no aplicó indebidamente los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, ni violó las disposiciones sustanciales a que se refiere el cargo, el cual no prospera, en consecuencia.

Segundo cargo. Se formula por quebranto indirecto a causa de errores de hecho y de derecho en la estimación de algunas pruebas, de los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 1767 del Código Civil, por aplicación indebida; y 946, 947, 950, 951, 1849 y 1857 del mismo Código, y 472, 593, 606, 607, 632, 645, 648 y 697 del Código Judicial, por falta de aplicación.

Su desarrollo es el siguiente:

a) Erró de hecho el Tribunal al no ver el certificado expedido por la Dirección de Tránsito y Transportes del Norte de Santander, que obra al folio 2 del cuaderno número 1, el cual prueba que el vehículo a que se refiere la demanda se hallaba inscrito como de propiedad del demandante;

b) Erró de derecho al negarle valor probatorio a la matrícula de propiedad, visible al folio 4 del mismo cuaderno, en que consta que Víctor Julio Cárdenas Corredor es su dueño;

c) Erró igualmente de hecho al atribuirle a la observación de la matrícula ("vehículo vendido por la agencia 'Torovega Limitada' factura adjunta"), una aptitud probatoria que no tiene;

d) También erró de hecho al no percatar la copia de los documentos visibles a folios 18 vuelto y 21 del cuaderno 1, relativas a las transacciones realizadas por el demandante en relación con el automotor objeto del litigio; al no tomar nota de los que demuestran la manera como fue aprehendido el camión para ponerlo a disposición de la sociedad demandada; al no ver la confesión hecha por el gerente de tal sociedad en las posiciones que absolvió, referente a que Víctor Maldonado era comisionista de ella para la venta de vehículos; y al no tomar en cuenta los testimonios de Víctor Maldonado, Rafael Mejía, Raúl Ojeda, Natividad Trespalacios, Hugo Beltrán y Belén Alba, con los cuales se prueba que Víctor Julio Cárdenas era el poseedor y propietario del vehículo en cuestión.

Concluye este cargo con la afirmación de que, a consecuencia de tales errores, el Tribunal quebrantó las normas sustanciales relacionadas en él.

Se considera

El certificado visible al folio 2 del cuaderno número 1, emanado de la Dirección de Tránsito y Transportes del Norte de Santander, hace relación a que el vehículo inscrito como de propiedad de Víctor Julio Cárdenas, se encuentra a paz y salvo; y el visible al folio 4 del mismo cuaderno, se refiere a la matrícula o inscripción de dicho vehículo en cabeza del demandante y tiene la observación de que fue vendido por la agencia "Torovega Limitada" "factura adjunta".

El sentenciador se refirió de manera especial a tal matrícula para rechazarla como prueba del dominio del demandante, en atención a que no acredita el título alegado en la demanda, comoquiera que las autoridades de tránsito se limitan, simplemente, a llevar el control de los vehículos automotores con base en los datos que los particulares suministran.

Para la Corte es evidente que el documento de matrícula del automotor, en cabeza del demandante, no es la prueba del contrato de compraventa celebrado entre el actor y Víctor Maldonado, invocado como título traslaticio del dominio, que ha debido hacerse constar por escrito, como ya se dijo.

En relación con el certificado de paz y salvo expedido el 14 de julio de 1961, para traspaso del vehículo, al cual no aludió expresamente el fallador, cabe hacer la misma observación.

Si estos documentos no constituyen el título traslaticio del dominio invocado por el actor, no existió el error alegado; respecto del primero porque fue tomado en cuenta y debidamente valorado; y respecto del segundo porque no se presume el desconocimiento de la prueba por el sentenciador cuando la decisión es armónica con lo que de ella resulta; y porque, además, en este caso tal prueba carece de trascendencia en lo resolutivo del fallo materia de acusación.

Son igualmente intrascendentes los demás supuestos errores de hecho que el censor le imputa al Tribunal, en relación: con los documentos de traspaso del vehículo por el actor a Arturo Cárdenas, y por éste nuevamente a aquél; con los de secuestro del mismo; con la confesión del gerente de la sociedad demandada; y con los testimonios citados por el recurrente, porque ninguno de estos elementos de juicio acredita el contrato de compraventa del vehículo a que alude el actor el cual, como título traslaticio del dominio, debió hacerse constar por escrito en tratándose de un acto jurídico de valor mayor de $ 500.00. En cuanto a la confesión del gerente de la empresa demandada a que alude el cargo, es necesario notar que ella se refiere a la circunstancia de que Víctor Maldonado era empleado o trabajador de "Torovega Limitada", mas no a que el nombrado Maldonado le hubiese vendido el automotor al demandante como comisionista de la sociedad o por cuenta de ella.

Y respecto de los testimonios a que se refiere la censura, preciso es observar que el Tribunal hizo alusión a ellos y los rechazó como prueba idónea para demostrar la primera de las condiciones axiológicas de la acción de dominio, aunque no mencionó los nombres de los declarantes, excepto el de Víctor Maldonado, de quien el actor hubo el vehículo por compra, según su propia afirmación. Maldonado dijo, efectivamente, que se lo había vendido al demandante, pero su dicho, por provenir de quien no es parte en el juicio, fue tomado por el sentenciador como la declaración de un testigo y no como una confesión que pudiese servir, frente a la sociedad demandada, para ameritar el acto jurídico de la compraventa invocado como título de dominio.

En consecuencia, el sentenciador no incurrió en los errores que la censura le atribuye.

De lo expuesto se sigue que el cargo no prospera.

Tercer cargo. El tercer cargo es también por error de hecho en la apreciación de los siguientes elementos probatorios: de la nota de cesión que de los derechos contenidos en el contrato de compraventa suscrito por "Torovega Limitada" con Víctor Maldonado, hizo la sociedad demandada al doctor Léntulo Ruiz C., cesión que no vio el Tribunal; de las declaraciones que hizo el propio doctor Ruiz C. al "oponerse como tercero a la diligencia de secuestro preventivo del vehículo", invocando la calidad de cesionario de los derechos que correspondían a "Torovega Limitada" en el mencionado contrato; de las que hizo en el memorial que dirigió al Director de Tránsito y Transportes de Cúcuta el 24 de agosto de 1961, en donde dice que "Torovega Limitada" le cedió sus derechos en el contrato; y de las contenidas en la respuesta dada a la demanda por el propio doctor Ruiz C., en donde insiste en que es propietario del vehículo en virtud de la cesión hecha por la sociedad demandada.

Expresa la censura que el Tribunal no vio estas pruebas y que cometió un evidente error de hecho al no tomarlas en cuenta, pues no es

la sociedad "Torovega Limitada" la titular de los derechos relacionados con la cláusula de reserva de dominio constituida por Víctor Maldonado.

El cargo concluye con la afirmación de que a consecuencia de tales errores, el Tribunal quebrantó indirectamente las siguientes normas jurídicas: artículos 33 de la Ley 57 de 1887; 1964, 769, 791, 946, 947, 950, 951, 952, 1542 y 1547 del Código Civil; 1º de la Ley 45 de 1930, último inciso; y 595, 606, 607, 637, 645 del Código Judicial, todos por falta de aplicación.

Se observa:

Es evidente que al pie del documento contentivo del contrato celebrado entre "Torovega Limitada" y Víctor Maldonado, aparece una nota de cesión que dice: "*Traspaso.* Cedemos y traspasamos al doctor Léntulo Ruiz C. todos los derechos, acciones, privilegios y garantías que se originan de este contrato en forma y de manera que el cedente subroga al cesionario el cumplimiento de sus obligaciones, pudiendo este último exigir el cumplimiento de las obligaciones al comprador".

La cesión está fechada el 21 de agosto de 1961 y en razón de ella el cesionario solicitó y obtuvo en su propio nombre el secuestro del vehículo. También es evidente que el mismo doctor Ruiz C. en la contestación de la demanda, invoca su calidad de cesionario de los derechos correspondientes a "Torovega Limitada" en el aludido contrato.

El Tribunal no hizo mención de la cesión aludida, pero esa circunstancia carece de trascendencia para los efectos del recurso extraordinario, porque tratándose en el *sub lite,* como en efecto se trata, de una acción reivindicatoria de cosa mueble, lo primero que debía analizar el fallador era la titularidad del dominio en el demandante, y al examinar esta condición axiológica de la acción ejercida, encontró que faltaba su prueba, porque habiendo invocado el actor una compraventa de $ 40.000.00 de valor como título traslaticio del dominio, era necesario que acreditase ese acto jurídico mediante prueba escrita, cosa que no ocurrió.

Fundándose el fallo en esa apreciación, ésta era suficiente para que el Tribunal desestimase la acción propuesta y no se dio, por tanto, la oportunidad de proceder al examen de si la sociedad demandada era la poseedora del vehículo, como se afirma en la demanda, o si lo era su cesionario en los derechos emanados del contrato celebrado por aquélla con Víctor Maldonado.

No existe, pues, el error de hecho alegado por el recurrente y, por lo tanto, el cargo es impróspero.

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 fecha diez (10) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

Técnica de casación. — Petición de herencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, julio 19 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Aprobación: sesión de 12 de julio de 1968. Acta número 42).

Se decide el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué datada el 16 de agosto de 1963.

Antecedentes

Hernando Tolosa y Silvia Tolosa, demandaron en juicio ordinario a José Helio, Ana Rita, José Antonio, Francia Helena, María Elisa y Luis Eduardo Camacho S., como representantes de la sucesión de José Griseldo Camacho Mahecha, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que Silvia Tolosa, nacida en Honda el 8 de febrero de 1938 y Hernando Tolosa nacido el 10 de mayo de 1940, en la misma ciudad, son hijos naturales de José Griseldo Camacho, con todos los derechos que tal declaración confiere, declaración que debe inscribirse en el registro civil respectivo.

En la petición cuarta se dice literalmente: "Declarar que Silvia y Hernando Tolosa, en virtud de su reconocimiento de hijos naturales de José Griseldo Camacho Mahecha tienen derecho a su legítima, bien la rigurosa o la efectiva, computadas sobre la totalidad de los bienes dejados por dicho causante, y hacer consecuencialmente, la reforma del testamento contenido en la Escritura pública número 618 de 18 de junio de 1958, otorgada por el causante mencionado".

"Quinta. Declarar que los demandados o el demandado que se encuentre en posesión de la cuota que le corresponda a los actores en los bienes sucesorales del causante deben restituirla a Silvia y Hernando Tolosa, seis días después de ejecutoriada la sentencia que así lo decrete".

Por la sexta se solicitó que la declaración de petición de herencia debe ser inscrita en el libro de registro de la oficina en donde se hallen ubicados los bienes raíces de acuerdo con la ley; por la séptima se impetró la condenación en costas a cargo de los demandados. Como hechos fundamentales de las acciones se anotaron los que siguen:

"a) Bertha Tolosa, madre natural de Silvia y Hernando Tolosa, en el lapso comprendido entre el año de 1934 y fines de 1941, vivió en concubinato público y notorio con José Griseldo Camacho Mahecha en una casa de éste, situada en la fracción de 'Purnio', Municipio de La Dorada. Durante el tiempo antes mencionado, Bertha Tolosa y José Griseldo Camacho hicieron vida marital como casados, viviendo bajo un mismo techo en la casa antes mencionada en el sitio denominado 'Purnio'. Cuando Bertha y José Griseldo venían a la ciudad de Honda se hospedaban en la casa de la madre de aquélla, dormían en la misma pieza como marido y mujer, hechos que fueron conocidos de todo el vecindario, por tratarse de un concubinato permanente, continuo y notorio, realizado en el lapso antes mencionado. Como resultado de ese concubinato público nacieron los demandantes en el lugar y fechas antes señaladas. A fines de 1941, por desavenencias entre los concubinos terminaron sus relaciones amorosas permanentes, aunque continuaron en su amistad y accidentales relaciones sexuales. Desde el nacimiento de Hernando y Silvia Tolosa, José Griseldo Camacho hasta su muerte les suministró alojamiento, vestido, alimentación, les prestó ayuda para su educación,

tratamiento que se prolongó por un período mayor a los veinte años. Camacho Mahecha presentó continuamente a sus familiares y amigos como a sus hijos naturales a los citados Silvia y Hernando. Siempre les dio el tratamiento de hijos en presencia de todo el vecindario, de todos los amigos y parientes de Honda y de los de la finca de 'Purnio', deudos y amigos que han considerado siempre a los nombrados como hijos naturales de Camacho Mahecha, quien contrajo matrimonio por el rito católico con Margarita Saldaña en el año de 1946.

"José Griseldo Camacho Mahecha, suscribió el 18 de junio de 1958, testamento abierto por medio de Escritura pública número 618 de la Notaría de Honda. En ese instrumento instituyó como herederos a sus hijos José Helio, Ana Rita, José Antonio, Francia Helena, María Elisa y Luis Eduardo Camacho, institución de herederos que hizo a título universal. Solamente se hizo un legado especial. La cuarta de libre disposición la asignó a Luis Eduardo Camacho, y la cuarta de mejoras, a María Elisa Camacho. A Silvia y a Hernando, hijos del precitado testador se les pasó en silencio. El legitimario, reza uno de los hechos de la demanda no necesita ejercitar la acción de reforma del testamento, según la doctrina de la Corte; empero, aquí se ejercerá tal acción en forma alternativa".

Camacho Mahecha falleció en Honda el 27 de junio de 1958, su esposa había muerto el 10 de junio de 1950. El juicio de sucesión del citado causante, se declaró abierto y radicado en el Juzgado del Circuito de Honda por auto de fecha 9 de agosto de 1958 y allí se reconocieron como herederos testamentarios a los demandados. Se ejercita, dice la demanda, consecuencialmente, la acción de petición de herencia.

En la diligencia de inventarios y avalúos practicada el día 9 de octubre de 1958 se incluyeron los bienes mencionados en la demanda.

Ninguno de los demandados contestó el libelo, y el negocio fue fallado en primera instancia reconociendo la filiación natural de Hernando y Silvia Tolosa con respecto a su padre José Griseldo Camacho Mahecha.

En la declaración cuarta se expresa que los nombrados Silvia y Hernando "tienen derecho a su herencia legítima como hijos naturales de José Griseldo Camacho Mahecha, computada sobre la totalidad de los bienes dejados por el causante en la sucesión por causa de muerte de José Griseldo Camacho".

En la quinta se dispuso: "En consecuencia, el testamento otorgado por José Griseldo Camacho Mahecha el día 18 de junio de 1958, por medio de la Escritura número 618, queda reformado en el sentido de incluir en él la calidad hereditaria de Silvia y Hernando Tolosa como hijos naturales de José Griseldo Camacho en la proporción que les corresponda, en concurso, con los hijos legítimos del mismo causante".

En la sexta se dijo: que "no se decreta la restitución de los bienes sucesorales pedidos por la demandante, porque no se probó que los demandados poseyeran bienes de esa naturaleza". No se hizo condenación en costas.

Apelado este fallo por las partes demandantes y demandada, el Tribunal Superior de Ibagué pronunció la sentencia materia del recurso extraordinario, por medio de la cual revocó los numerales cuarto y quinto de la parte resolutiva del fallo del *a quo* y en su lugar dispuso: "Refórmase el testamento otorgado por José Griseldo Camacho Mahecha, consignado en la Escritura número 618 ... en el sentido de que Silvia Tolosa y Hernando Tolosa en su condición de hijos naturales de José Griseldo Camacho tienen derecho a su correspondiente legítima rigurosa. En lo demás, se confirma el citado fallo".

Los fundamentos del fallo recurrido

En tres apartes estudia el Tribunal las peticiones de la demanda. En el primero, se refiere a la filiación natural; en el segundo, a la reforma del testamento; y en el tercero, a la petición de herencia.

Filiación natural

El fallador de instancia encuentra demostrada para declarar la filiación natural la causal expuesta en el numeral cuarto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; y al efecto estudia los testimonios aducidos al juicio por la parte demandante. Son ellos los de Fidel Tolosa, Clara Rosa González, Francisco Camacho, Filomena Monroy de Franklin, Carlos Alvarez Mantilla, Marco A. Murcia y Evangelina de Murcia; y al mismo tiempo analiza las producidas por la parte demandada en cuanto ellas pretenden demostrar que José Griseldo Camacho Mahecha, mantuvo relaciones sexuales con Elisa Saldaña, con quien después vino a contraer matrimonio, como se anota en la demanda, y de donde proceden los demandados en el juicio. Entre otras cosas, dice el fallador: "Ante las afirmaciones de los

muchos testigos citados de que en un lapso no menor de ocho años José Griseldo Camacho tuvo relaciones sexuales con Bertha Tolosa, declaraciones de las cuales se deduce sin mayor esfuerzo que esas relaciones fueron estables y notorias, y las declaraciones de que José Griseldo no las tuvo en ese tiempo sino con Elisa Saldaña, el Tribunal opta por las primeras, pues las considera más afirmativas, razonadas, concretas y convincentes".

Reforma del testamento

Transcribe el Tribunal la súplica cuarta de la demanda y lo resuelto al respecto por el juez *a quo* y dice: "Sentado que Silvia y Hernando Tolosa son hijos naturales de José Griseldo Camacho, y que éste no los mencionó en el testamento, hay que dar aplicación al artículo 23 de la Ley 45 de 1936", lo mismo que al 1249 del Código Civil que se transcribe en el fallo.

Estas dos disposiciones dan cabida a la acción de reforma del testamento de que habla los artículos 1274 y siguientes del Código Civil. Pero es necesario destacar que el artículo 1275 de la obra citada ordena que lo que los legitimarios tienen derecho a reclamar "es su legítima rigorosa y la efectiva en su caso"; es decir, reclamarán la legítima rigorosa en el caso del artículo 23 transcrito, o la efectiva en el caso del artículo 1249 ya copiado. Como en el testamento el testador dispuso a favor de otros legitimarios y no de terceros extraños, de la parte de libre disposición y de la correspondiente a mejoras, a los actuales demandantes no les corresponde sino su legítima rigurosa. Como en el fallo apelado no se hace distinción al respecto, hay necesidad de aclararlo en el sentido indicado.

Petición de herencia

El Tribunal transcribe la resolución sexta del fallo del juzgado en que no se decretó la restitución de los bienes sucesorales pedida por los demandantes, porque no se probó que los demandados poseyeran bienes de esa naturaleza. Sobre este aspecto el Tribunal transcribe algún paso de una de sus sentencias, para llegar a la conclusión de que "no procede la restitución de las cosas hereditarias porque en ningún hecho de la demanda se afirma, que los demandados o uno o varios de ellos, se encontraban en el momento de la demanda ocupando las cosas hereditarias. Antes bien en la súplica quinta se pide que debe restituir al demandado o demandados que se encuentren en posesión de la cosa que corresponde a los demandantes. En ninguna parte se halla acreditada esa ocupación o posesión por parte de los demandados".

Los recursos

Ambas partes interpusieron el recurso extraordinario contra la sentencia del Tribunal: la parte actora para que se case parcialmente la sentencia y en su lugar se ordene la restitución a los actores de las respectivas cuotas en los bienes herenciales, y la parte demandada con ataque al reconocimiento de la filiación natural; ésta representada por dos apoderados presentó sendos libelos de casación, que en sus fundamentos y en su sustentación tienen los mismos caracteres.

Por razón de lógica se entra a examinar el recurso interpuesto por la parte demandada en el juicio, la que luego de hacer un recuento de los antecedentes del negocio, acusa la sentencia por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial vigente por la fecha de su presentación, exponiendo que hubo violación "de ley sustantiva por infracción indirecta al través de manifiesto error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial".

Los recurrentes demandados exponen que el Tribunal encontró probado el hecho señalado en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para declarar judicialmente la paternidad natural, y que con fundamento en ese solo hecho el Tribunal pronunció la respectiva declaración. Y que para llegar a esa conclusión "apreció y valoró como plena prueba de las relaciones sexuales entre la madre de los demandantes y su pretendido padre los testimonios de Fidel Tolosa, Clara Rosa González, Francisco Camacho, Filomena Monroy de Franklin, Carlos Alvarez Mantilla y Marco A. Murcia, únicos que cita respecto del hecho en referencia. Pero que en la apreciación de tales testimonios el Tribunal incurrió en manifiestos errores de derecho ..."

a) Afirma la parte recurrente que el fallador les dio valor a los dichos de los testigos Clara Rosa González y Filomena Monroy de Franklin contra la norma del artículo 701 del Código Judicial, a pesar de las graves contradicciones en que cada uno de ellos incurre en sus declaraciones.

Se refiere a la exposición de Clara Rosa González, cuando dice: "Es verdad señor juez, por cuanto yo viví en una casa contigua a la en que vivía Camacho Mahecha con Bertha Tolosa, en el lapso de 1934 a 1941, los mencionados vivían

bajo un mismo techo, haciendo vida de casados en el punto de Purnio de la Dorada, en donde era conocido de todo el vecindario; que la Tolosa y José Griseldo Camacho vivían en concubinato público, lo mismo en que en la finca de 'Rayeros', jurisdicción del Municipio de La Dorada". Y al ser repreguntada si vivió alguna vez en la fracción de Purnio del Municipio de La Dorada, dijo la misma declarante: "yo no he vivido en la fracción de Purnio". El recurrente demandado encuentra en lo expuesto, una contradicción que no permitía aceptar el testimonio de la declarante.

En cuanto a Filomena Monroy de Franklin, transcribe la contestación a la pregunta cuarta del interrogante en que dijo: "Sí señor, me consta y puedo afirmar que José Griseldo Camacho y Bertha Tolosa para los años de 1934 y 1941, hicieron vida en común en concubinato público, mejor dicho, haciendo las veces de casados, pero lo vi bajo el mismo techo, que por cierto estuvieron viviendo en un punto cerca de Guarinocito". A la séptima pregunta expuso: "Ya lo dije anteriormente que José Griseldo Camacho y Bertha Tolosa vivían en concubinato público en Purnio, jurisdicción del Municipio de La Dorada. Y al ser preguntada si vio a José Griseldo Camacho y a Bertha Tolosa viviendo como concubinos en la fracción de Purnio tantas veces mencionada y durante cuánto tiempo los vio en ese estado permanente, contestó: "Como nunca fui allá nada me consta de eso".

La acusación transcribe el artículo 701 y dice que el Tribunal a pesar de ser contradictoria la declaración la apreció en su fallo.

b) En relación con los testimonios de Francisco Camacho, Carlos Alvarez Mantilla y Marco A. Murcia, dice el recurso que: "Si bien no presenta contradicciones notables como las anteriores, pecan contra el principio de derecho, según el cual el testigo debe expresar la fuente de su conocimiento del hecho que afirma. No es admisible el testimonio de quien se limita a decir que es cierto el hecho porque se le pregunta, sin expresar de manera concreta cómo tuvo conocimiento de él. Ni siquiera le basta decir que le consta por haberlo visto, si no agrega la expresión de circunstancia de modo, tiempo y lugar en que lo vio". Que "este principio general de derecho si bien no está consagrado en esos términos en la legislación probatoria, se encuentra implícitamente contenido en el artículo 697 del Código Judicial", el que transcribe.

Sobre estos antecedentes los recurrentes se refieren en forma global a los testigos anotados para llegar a la conclusión de que "hay un silencio absoluto de los declarantes respecto a hechos concretos por medio de los cuales hubiera llegado a su conocimiento la existencia del concubinato que atribuyen a José Griseldo Camacho y Bertha Tolosa".

c) Aluden al testigo Fidel Tolosa, quien dice ser hermano de Bertha y que "sí relata un hecho concreto, presenciado por él de las relaciones sexuales de que se trata; que Camacho y la Tolosa cuando iban a Honda, se hospedaban en la casa de la madre del declarante. dormían en un mismo lecho". Que repreguntado contestó: "Don José Griseldo Camacho venía cada ocho días a la casa de mi madre en el barrio de Arrancaplumas y se demoraba del sábado al domingo de cada semana. Esto ocurría en el año de 1940. De esto aduce el censor que como el único hecho revelador, concreto de las relaciones sexuales entre Camacho y la Tolosa consisten en haber dormido en un mismo lecho, lo que ocurrió en el año de 1940. Pero habiendo nacido Silvia varios años antes y Hernando el 10 de mayo de 1940, los contactos sexuales se realizaron fuera de la época en que según la presunción del artículo 92 del Código Civil debió tener lugar la concepción de los dos mencionados hijos de Bertha Tolosa". Atacan la exposición de Fidel Tolosa, además, por las mismas razones invocadas al hacer la crítica de los testimonios anteriores, para llegar a la conclusión de que "ninguno de los seis testimonios en referencia hace fe en cuanto la existencia de las relaciones sexuales entre José Griseldo Camacho y la Tolosa, por mandato de expresas normas legales y de principios fundamentales de derecho probatorio, incurriendo, por tanto, el Tribunal en manifiesto error de derecho en materia apreciativa".

Entra luego la censura a examinar otros testimonios que el Tribunal no apreció y con los cuales, según ella, tampoco podrían demostrarse las relaciones sexuales, estables y notorias. Y por último, para en el caso improbable de que la Corte no acepte los fundamentos en que se inspiró el fallo, se detiene a formular objeciones contra las declaraciones que demuestran la posesión de estado civil de hijos naturales de los actores con relación a Camacho Mahecha, situación no confrontada por el Tribunal en su fallo.

En otro capítulo, el tercero, se pretende que el Tribunal violó indirectamente el precepto del artículo 4º ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, porque no se encontró probada la existencia de las

relaciones sexuales que se han examinado; que violó también por infracción indirecta el artículo 85 de la Ley 153 de 1887 sobre vocación hereditaria de los hijos naturales, lo mismo que el artículo 18 de la Ley 45 de 1946, y los artículos 1240 y 1274 del Código Civil, violación que consistió en haberle reconocido a Silvia y a Hernando Tolosa derechos de legítima en la sucesión de José Griseldo Camacho, sin que se halle legalmente acreditada su calidad de hijos naturales de éste; y haber decretado la reforma del testamento sin que esté demostrada la calidad de legitimarios.

La Corte considera:

Cuando se alega en el recurso extraordinario el error de derecho cometido por el fallador en la valoración de las pruebas, es preciso indicar expresamente cuáles son las normas procesales que fueron infringidas, y a un mismo tiempo, es indispensable señalar los preceptos sustanciales que se dice fueron violados por esa vía con expresión del motivo en que consiste la violación, ya sea por aplicación indebida o por falta de aplicación, para que la Corte, colocada dentro de un terreno de concreta censura pueda estudiar el recurso.

El ataque por el aspecto probatorio se hace consistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta el artículo 701 del Código Judicial al apreciar el dicho de testigos que se contradijeron, según la impugnación, en los hechos por ellos expuestos. Esto en relación con las exposiciones de Clara Rosa González y Filomena Monroy de Franklin; y en cuanto a los demás testigos, que la propia censura reconoce "que no presentan contradicciones notables", ésta alega que por no haber los declarantes expuesto las condiciones, hechos y circunstancias de las cuales se deduce el conocimiento de las situaciones que afirman constarles, el Tribunal implícitamente violó el artículo 697 del Código Judicial al acogerlas, pues según dicho texto "los testigos deben expresar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que percibieron el hecho, y por ende el modo como tuvieron conocimiento de él". A esto observa que los testigos Francisco Camacho, Carlos Alvarez y Marco A. Murcia, rindieron sus exposiciones no manifestando simplemente que era cierto el contenido de la pregunta, sino declarando sobre hechos de los cuales expresaron tener conocimiento personal y directo, o configurativos de las relaciones sexuales notorias y estables de las cuales nacieron los demandantes, con la circunstancia de que el declarante Camacho afirma ser hermano "por parte de madre y padre" de José Griseldo Camacho Mahecha. y en su exposición da cuenta de motivos muy concretos, como cuando sostiene que los concubinos llegaban a Honda "se hospedaban en la casa de la madre de Bertha Tolosa, llamada Serafina Tolosa, casa ésta que está situada en el punto denominado 'Arrancaplumas' ". Y en las repreguntas a que fue sometido el testigo se reafirma claramente en su exposición. El testigo Marco A. Murcia Ramírez dice constarle los hechos sobre que expone, porque fue vecino de José Griseldo Camacho y de Bertha Tolosa cuando hacían vida marital en el punto denominado Purnio. Este hecho de la vecindad explica la razón de su dicho, lo mismo que el de Evangelina de Murcia, quien sostiene, así mismo, que José Griseldo Camacho y Bertha Tolosa se hospedaban en la casa de Serafina cuando iban a Honda. Murcia y la señora de Murcia afirman ser "allegados" a Camacho Mahecha.

Los recurrentes demandados han pretendido desvirtuar el testimonio de Fidel Tolosa, porque éste dice que Griseldo Camacho iba con Bertha cada ocho días a la casa de Serafina, madre de Bertha, se demoraba allí de sábado a domingo y que esto ocurría en el año de 1940. Este testigo es hermano de Bertha Tolosa y, por consiguiente, tiene motivos y está en capacidad de afirmar los hechos que relata sobre las relaciones sexuales permanentes y notorias que sostenían entre sí las nombradas personas y afirma que su hermana se salió de la casa desde 1934 con José Griseldo y que juntos fueron a vivir a Purnio; que cuando llegaban a la casa de su madre lo hacían con sus hijos Hernando y Silvia. La contradicción y las deducciones que pretende inferir la censura no desvirtúan el valor probatorio que el Tribunal le dio a esta declaración.

En cuanto a la exponente Filomena Monroy, el recurso pasa por alto un hecho de excepcional importancia, que la declarante expone con sencillez y que coadyuva al mérito del haz probatorio que sirvió de fundamento a la decisión del Tribunal. En efecto, dice Filomena: "Sí señor, a los tres días de nacido Hernando Tolosa Camacho, fue el mismo José Griseldo Camacho Mahecha y me buscó como madrina, que por cierto lo bautizamos en esta ciudad ... y el padrino fue el señor Angel Rubio. La manifestación de José Griseldo fue de que le sirviera de madrina de Hernando por ser él el padre de dicho menor. Además, Silvia Tolosa también fue bautizada y la madrina fue Gregoria Rojas de Suárez y el mismo José Griseldo Camacho Mahecha fue

quien nos buscó diciéndonos que eran sus hijos naturales''. Respecto al testimonio de Clara Rosa González no tiene razón el recurso de la parte demandada: cuando la declarante afirma que era vecina de José Griseldo Camacho y Bertha Tolosa y ''que los mencionados vivían bajo un mismo techo, haciendo vida de casados en el punto de Purnio de La Dorada, lo mismo que en la finca de Rayeros en jurisdicción del mismo Municipio; que vivía en Guarinocito, pero que iba constantemente a Purnio, por allá en el año de 1942'', pudo la declarante ser vecina de los concubinos cuando estos vivían en la finca de Rayeros y podía darse cuenta de la vida marital que llevaban los amantes, en los frecuentes viajes que hacía a Purnio.

No encuentra, pues, la Corte motivos razonables para rechazar el valor que el Tribunal le dio al elenco probatorio y que, lo expuso en la motivación de la sentencia, entre las declaraciones de la parte demandante y las ofrecidas por la opositora optó por las primeras, pues las ''consideró más afirmativas, razonadas, concretas y convincentes''; con ello hizo uso de la facultad que le concede el artículo 702 del Código Judicial.

No prospera, pues, la censura formulada por la parte demandada.

Demanda de los actores

Acusa parcialmente el fallo por la causal primera del artículo 520 en dos cargos. Se considera que el segundo de los motivos de censura prospera para casar la sentencia y, de consiguiente, se entra a su examen según lo dispuesto por el artículo 538 del Código Judicial.

Se descompone en tres numerales: en el primero afirma el recurrente que el Tribunal erró de hecho al interpretar la demanda en sus hechos 1º, 2º, 3º y 4º del Capítulo III, que se relacionan específicamente con la acción de petición de herencia. y que igualmente interpretó erróneamente la petición quinta del libelo. Manifiesta el autor del recurso que de esta parte de la demanda se infiere lógicamente que los demandados están ocupando los bienes de la herencia.

En el segundo, declara que el Tribunal erró igualmente de hecho al no percatar, para efectos de la petición de herencia, las copias de los autos mediante los cuales se reconoció a los demandados su calidad de herederos del causante José Griseldo Camacho M. y en donde consta que aceptaron la herencia con beneficio de inventario, documentos que obran a los folios 43 y 44 del cuaderno número 2, pruebas del demandante. Según el recurrente esas providencias demuestran la delación de la herencia y que los herederos entraron en la posesión legal de la misma, de donde se infiere igualmente que ellos son sus ocupantes.

En el tercero expresa el censor que el Tribunal erró igualmente de hecho al no tener en cuenta que en el expediente obra copia del trabajo de partición de los bienes herenciales de la sucesión de Camacho Mahecha, en donde se adjudicaron a todos y cada uno de los demandados los bienes herenciales, pruebas que el Tribunal pasó por alto sin haberse detenido a examinarlas, pues con ella se demuestra que los herederos se hallan ocupando los bienes herenciales.

Que como consecuencia de los errores anotados el Tribunal violó indirectamente, en la parte de la sentencia sometida a censura en casación, los artículos 757, 1321, 1322 y 1324 del Código Civil, por falta de aplicación y el artículo 219 del Código Judicial. Violó igualmente los artículos 632 y 661 del Código Judicial por falta de aplicación.

Con fundamento en este cargo se pide que la Corte case parcialmente la sentencia en cuanto negó la restitución de la cuota hereditaria que corresponde a los demandantes, que se revoque el numeral 6º de la sentencia de primera instancia y, como consecuencia, se resuelva favorablemente la petición quinta de la demanda.

La Corte considera:

La acción de petición de herencia es la que tiene el heredero para reclamar, ya sea en forma excluyente la universalidad de los bienes que integran el patrimonio de su causante ocupados por otra u otras personas que alegan también título de herederos, ya para concurrir con ellos en la cuota que le corresponda de acuerdo con las órdenes sucesorales.

Al legitimario preterido le basta probar su calidad de tal para que se entienda instituido en su legítima y se le satisfaga ésta como asignación privilegiada expuesta por la ley (artículo 1276 del Código Civil). Por tanto, no es estrictamente indispensable la declaratoria sobre reforma del testamento otorgado por Griseldo Camacho Machecha, consignado en la Escritura Pública número 618 de 18 de junio de 1958, otorgada en la Notaría de Honda.

Para que prospere la orden de restitución de la cuota respectiva, basta que se acredite que los

herederos demandados tienen la posesión de la herencia y que la cuota se reclame como lo dispone el artículo 219 del Código Judicial (casación civil de 13 de agosto de 1959, *Gaceta Judicial*, Tomo XCI, números 2215 a 2216, páginas 419 y siguientes).

De acuerdo con estos antecedentes doctrinarios, se tiene: el señor José Griseldo Camacho Mahecha falleció en Honda el 27 de junio de 1958; su esposa había muerto anteriormente; el juicio sucesorio de Camacho Mahecha se declaró abierto y radicado en el Juzgado del Circuito de Honda el 9 de agosto de 1959; allí se reconoció a los demandados como herederos del causante, en su calidad de hijos legítimos, quienes aceptaron la herencia con beneficio de inventario (folios 43 y siguientes cuaderno 2º); en dicho juicio se verificó la partición que fue aprobada por sentencia de 5 de noviembre de 1961 (folios 56 y siguientes del mismo cuaderno).

El Tribunal incurrió en error de hecho evidente al desconocer e ignorar la partición de los bienes sucesorales, cuya prueba obra en los autos y que concurre en este caso a demostrar la ocupación de los bienes sucesorales por parte de los demandados. Agrégase a lo dicho que al no contestar los demandados el libelo contra ellos formulado y en el que se les hace aparecer como poseedores de los bienes sucesorales, este extremo queda por ministerio de la ley fuera del debate y los demandados se hacen responsables de los bienes que fueron señalados en la demanda. Código Judicial artículo 214.

Al verificar el nuevo trabajo de partición se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 1396 numeral 3º del Código Civil, en relación con los frutos a que tengan derecho los demandantes a prorrata de sus cuotas sobre los bienes sucesorales.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario iniciado por Silvia y Hernando Tolosa, contra la sucesión de José Griseldo Camacho Mahecha, y procediendo como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Juzgado del Circuito de Honda.

Segundo. Declárase que Silvia y Hernando Tolosa, nacidos de Bertha Tolosa, son hijos naturales de José Griseldo Camacho.

Tercero. Condénase a los demandados José Helio, Ana Rita, José Antonio, Francia Helena y Luis Alberto Camacho a restituir a los nombrados Silvia y Hernando Tolosa las cuotas de bienes a que tienen derecho en la ya dicha calidad de hijos naturales, por razón de su legítima rigorosa, junto con los frutos correspondientes a estas cuotas en la masa sucesoral.

Cuarto. Declárase, en consecuencia, reformado en los términos de este proveído el trabajo de partición y adjudicación de bienes de la sucesión de José Griseldo Camacho Mahecha, aprobada por sentencia del juzgado *a quo* el cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), y en tal virtud, ordénase hacer la partición de la comunidad que por razón de este fallo queda establecida entre los demandantes y los demandados.

Quinto. Las declaraciones de filiación natural de Silvia y Hernando Tolosa deben ser inscritas en los libros de registro de nacimientos del Municipio de Honda.

Costas a cargo de los recurrentes demandados.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

RECURSO DE HECHO (Cuantía)

La cuantía fijada inicialmente al juicio rige hasta cuando éste concluya en forma definitiva. — 2. La acumulación de acciones no fusiona en una sola sus cuantías correspondientes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., julio 26 de 1968.

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

1. El doctor Guillermo Restrepo, obrando en su calidad de heredero de su padre Ricardo Restrepo Maya, demandó a la señora Lucía Roldán ante el Juez Sexto Civil Municipal de Medellín para que, en beneficio de la mortuoria del difunto Restrepo Maya, se decretara la reivindicación de un lote de terreno de trescientas varas cuadradas, aproximadamente, que hace parte de una porción mayor, ubicada en la fracción de la América, del Municipio citado. El demandante fijó en $ 20.000.00 la cuantía de esta acción de dominio.

2. El mismo doctor Guillermo Restrepo, actuando para la expresada sucesión de Ricardo Restrepo Maya, promovió otro juicio contra José Vicente Serna ante el Juez Quinto Civil Municipal de Medellín, a fin de que se decretara también la reivindicación de un lote de terreno de seiscientas treinta varas cuadradas que hace parte de una porción mayor de terreno, situada en la propia fracción de la América, del referido Municipio. El actor señaló en $ 50.000.00 la cuantía de esta segunda acción reivindicatoria.

3. Obrando en su referida calidad de heredero de Ricardo Restrepo Maya, el nombrado doctor Guillermo Restrepo Velásquez propuso sendas demandas de reivindicación contra Francisco Luis Zuluaga y Martha Edilma Pérez, a fin de obtener la restitución de otros tantos lotes de terreno que forman parte de una porción mayor, ubicada en el punto de la América, del mentado Municipio de Medellín. El demandante le fijó a cada una de estas dos últimas acciones una cuantía de $ 20.000.00.

4. Los juicios antes mencionados fueron acumulados al de que conocía el Juez Sexto Civil Municipal de Medellín, quien desató la litis por sentencia de cuatro de octubre de 1965, en el sentido de absolver a los demandados Francisco Luis Zuluaga y Martha Edilma Pérez y de condenar a los señores Lucía Roldán y José Vicente Serna a restituir los lotes de terreno poseídos por ellos.

5. Contra el fallo de primera instancia se alzaron los demandados Lucía Roldán y José Vicente Serna. La parte actora se conformó con la misma sentencia, pues ningún recurso interpuso contra ella.

6. Por sentencia de 28 de marzo del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín resolvió la apelación interpuesta por los demandados Roldán y Serna, revocando el fallo de primer grado y absolviendo en su lugar a dichos apelantes.

7. La parte actora recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, pero el Tribunal, por auto de 17 de mayo de este mismo año, le denegó la concesión de este recurso por estimar que la cuantía de las acciones no montaba la suma de $ 100.000.00.

8. La parte recurrente solicitó reposición del auto anterior y en subsidio pidió que se le expidiera copia de las piezas pertinentes para recurrir de hecho ante la Corte. El Tribunal denegó la reposición pedida y dispuso que se compulsara la copia correspondiente. Provista de esta copia, la parte demandante se presentó en la oportunidad debida a la Corte a solicitar que se le otorgue el recurso de casación contra la mencionada sentencia de veintiocho de marzo de este año, y en el memorial respectivo expone las razones que considera pertinentes para sustentar su pedimento.

Para resolver se considera

Como queda visto, el demandante Restrepo Velásquez promovió cuatro juicios de reivindicación contra sendos demandados y relativos a otros tantos lotes de terreno que, según el propio actor, forman parte de dos porciones que corresponden a la mortuoria del extinto Ricardo Restrepo Maya. En cada una de las demandas se fijó la cuantía respectiva. Posteriormente se acumularon los cuatro negocios y fueron decididos en un solo fallo. En la sentencia de primer grado se absolvió a dos de los demandados y se condenó a los otros dos. Los vencidos apelaron de dicha sentencia y obtuvieron que también se los absolviera en el fallo de segunda instancia. La parte demandante recurrió en casación, pero el recurso le fue denegado por razón de que la cuantía no alcanza la suma de $ 100.000.00.

La misma parte sustenta su recurso de hecho en varios argumentos, así:

a) Que al fijar la cuantía de cada negocio sólo se pretendió que el respectivo juicio quedara de mayor cuantía.

b) Que no fue el propio demandante quien señaló las cuantías aludidas, sino su apoderado, y que por tanto éstas no obligan a los demás interesados en la sucesión.

c) Que las dichas cuantías hacen relación a cada uno de los lotes cuya restitución se demanda, pero no a la porción global de que hacen parte, y que, habiendo conexión entre esos lotes, lo que debe tenerse en cuenta es el valor de todo el inmueble que ellos forman.

d) Que al producirse la acumulación de los juicios y quedar éstos convertidos en un solo negocio, debe también entenderse que no hay sino una cuantía única, cuyo monto es superior a $ 100.000.00.

e) Que el artículo 50 del Decreto 528 de 1964 habla, no de la cuantía de la demanda, sino de la cuantía del interés para recurrir en casación, que tal interés equivale al precio del inmueble en litigio y que este valor es el que señalan peritos y no el que por sí y ante sí fija un abogado. Con base en estas razones solicita el recurrente de hecho que se le conceda el recurso de casación, o al menos que se ordene fijar la cuantía mediante peritos, ya que hay verdadero motivo de duda sobre ella.

Cierto es que, como lo recuerda el Tribunal, la doctrina de la Corte sobre *la cuantía del interés para recurrir en casación ha adolecido de indecisión y sufrido variaciones notorias, pero también es verdad que, a pesar de tales mudanzas, ha tenido mayor acogida y prevalecido a la postre el criterio de que la cuantía de la acción fijada por el demandante en su libelo y no contradicha por el demandado, constituye uno de los factores de la relación jurídico-procesal que regulan el desarrollo del litigio desde su iniciación hasta cuando concluye en forma definitiva (CVI - 2271, 118).*

Entre los requisitos que la demanda debe cumplir, según el artículo 205 del Código Judicial, figura el del señalamiento de la cuantía. El actor debe fijar en cifra numérica el valor o cuantía de su pretensión. Si son varias las acciones o pretensiones, lo natural y obvio es que se determine la cuantía de cada una de ellas. Por su parte el artículo 519 *ibídem* señalaba la cuantía necesaria para recurrir en casación. Este precepto fue modificado por el artículo 1º del Decreto número 3547 de 1950, en el sentido de elevar a diez mil pesos la cuantía requerida para interponer el recurso de casación. Con base en estas normas expresó la Corte que la cuantía fijada al iniciarse el juicio, entra a formar parte de la relación jurídico-procesal y gobierna todo el curso del negocio, de tal modo que los litigantes quedan sujetos a las consecuencias procesales de esa determinación de cuantía, entre las cuales se cuenta la de la posibilidad ulterior de recurrir en casación (XCII - 2221, 57).

El artículo 17 de la Ley 16 de 1968 señala en la actualidad las clases de fallos que pueden ser acusados en casación y dispone que en los casos en que procede este recurso se requiere que "la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de $ 100.000.00". Este interés surge de la pretensión formulada en la demanda y por tanto la cuantía que al mismo se le fija en tal pieza, de la medida para decidir en cada caso si procede o no el recurso de casación. Lo cual significa que el texto legal citado no determina ningún cambio en la doctrina de la Corte que se ha recordado.

En el caso presente, un mismo demandante instauró por separado cuatro acciones de reivindicación contra sendos demandados y referentes a otras tantas porciones de terreno. A ninguna de esas acciones se le fijó una cuantía igual o superior a $ 100.000.00. No obstante la acumulación de los juicios respectivos, aquellas acciones no perdieron su autonomía ni sus cuantías se sumaron para constituir un solo guarismo. La unidad de procedimiento no les resta independencia a las acciones acumuladas ni fusiona en

acumulación de los juicios, se hubiera formado una cuantía superior a $ 100.000.00, y menos cuando dos de las acciones propuestas fueron desestimadas en primera instancia, cuando el demandante no apeló del fallo respectivo, sino que se satisfizo con él, y cuando la sentencia de segundo grado se limitó a pronunciarse sobre las otras dos acciones, cuyas cuantías se fijaron en 20.000.00 y 50.000.00 pesos, esto es, en cifras que, sumadas, no alcanzarían la dicha cantidad de $ 100.000.00.

Nada arguye en favor del otorgamiento del recurso de casación el hecho de que los inmuebles que son objeto de las acciones reivindicatorias, hagan parte de dos porciones mayores de terreno, porque aquellos lotes figuran especificados como cuerpos ciertos y poseídos separadamente por cada uno de los demandados y porque a las acciones dichas se les fijaron sus cuantías respectivas. No se trata de reivindicar las dos aludidas porciones de terreno y por tanto no es su valor el que debe tenerse en cuenta para fijar la cuantía de los cuatro juicios acumulados. Ya está dicho que la acumulación no convierte en una sola las cuantías de los negocios que se reúnen.

Y mucho menos admisible resulta el argumento de que no fue la parte misma ni sus copartícipes en la sucesión de Ricardo Restrepo Maya, sino el abogado del demandante quien fijó las cuantías de las acciones que se acumularon y que por tanto esas cuantías no obligan a los primeros, porque, conforme a lo prescrito por el artículo 1505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si este mismo hubiese obrado. Las cuantías de los juicios señaladas por el mandatario del actor se entienden fijadas por este mismo en virtud del mandato judicial conferido por el propio demandante a su apoderado.

Estas consideraciones son suficientes para concluir que el Tribunal obró conforme a derecho al denegar el otorgamiento del recurso de casación de que se trata y que así debe declararse.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veintiocho de marzo del año en curso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de reivindicación propuesto por Guillermo Restrepo Velásquez, contra Lucía Roldán y otros.

Transcríbase esta providencia al Tribunal nombrado para su conocimiento y para que conste en autos.

(Este auto fue acordado por la Sala en su sesión del veinticuatro de este mes, como consta en el Acta número 47).

Cópiese, notifíquese y archívense estas diligencias.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

Presupuesto procesal de demanda en forma. — Para la designación de curador del demandado desconocido se requiere que la afirmación al respecto del actor sea verosímil. — Hay siempre un heredero conocido contra quién dirigir la acción de filiación natural, en último término, el municipio del finado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 20 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Aprobación: Agosto 13 de 1968. Acta número 54).

Contra la sentencia de 4 de mayo de 1964, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, interpuso casación la parte demandante. Otorgado el recurso, admitido en la Corte y tramitado en debida forma, se decide ahora sobre su mérito.

I

El litigio

Rita Camargo de Paredes demandó la declaración de su filiación natural paterna respecto de Samuel Carreño, fallecido en El Cocuy el 19 de agosto de 1954; como consecuencia pidió que se le tuviera como heredera del causante, en concurrencia con la cónyuge Esther Carrillo viuda de Carreño, "ya finada", para que se le adjudicase la cuota hereditaria correspondiente.

Señaló como demandados a "Esther Carrillo viuda de Carreño, representada por sus herederos, por ser hoy muerta, los cuales son personas inciertas y desconocidas para mí", y a "las demás personas que puedan representar al señor Samuel Carreño como sus herederos, las cuales también son personas inciertas y desconocidas para mí".

Se afirma en la demanda que el nombrado Samuel casó con Esther Carrillo y que no dejó ascendientes ni descendientes legítimos; que la Carrillo murió el 7 de octubre de 1956 sin que se sepa quiénes la representan; que Samuel, antes de casarse, convivió con Presentación Camargo en Tipacoque, vereda de Ovejeras, en jurisdicción de Panqueva, desde 1908 en adelante, por un espacio mayor de 15 años; que durante este lapso mantuvo relaciones sexuales con la Camargo y de tales relaciones nació la demandante Rita Camargo, quien fue bautizada el 28 de mayo de 1910; que Samuel trató a Rita como hija natural suya desde el nacimiento, y le prodigó las atenciones propias de padre; que durante su crianza y desarrollo atendió a su alimentación, educación y establecimiento, poniéndola en la escuela y a que aprendiese modistería; que por esta razón los amigos de Samuel y el vecindario de Panqueva en general, tuvieron a Rita como hija natural del causante; y que este tratamiento de Samuel para con su hija duró más de diez (10) años continuos.

Se tramitó el juicio por el procedimiento ordinario, previo emplazamiento de los herederos inciertos de Esther Carrillo viuda de Carreño, a quienes se les designó un curador *ad litem.* Con éste se siguió el juicio después de que tomó posesión y se le discernió el cargo, dándosele en traslado la demanda, a la cual se opuso.

El juzgado del conocimiento, o sea el Civil del Circuito de El Cocuy, negó las peticiones de la demanda por sentencia de 4 de junio de 1962, de la cual apeló la demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, al decidir el recurso, revocó el fallo del juzgado y en su lugar se inhibió de resolver en el fondo el negocio "por

falta del presupuesto procesal de demanda en forma", según su sentencia de 4 de mayo de 1964, materia del presente recurso de casación.

II

El fallo acusado

Dice el sentenciador que la demanda, o sea la petición con que se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales, y que si el juez no ha ordenado su corrección cuando adolezca de vicios de esa naturaleza ni la parte demandada ha propuesto oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda, es deber del juzgador inhibirse para decidir la controversia por falta del presupuesto procesal de demanda en forma. Como el juez del conocimiento, de acuerdo con lo pedido por la parte actora, emplazó a los representantes de la sucesión de Esther Carrillo y les nombró curador conforme al artículo 317 del Código Judicial, con quien se siguió el juicio, transcribe el Tribunal esta disposición, y comenta:

"En la demanda se señala a los herederos de Esther Carrillo viuda de Carreño como inciertos y desconocidos, esa declaración es inverosímil, y lo es porque el Código Civil en su artículo 1040 subrogado por el artículo 85 de la Ley 153 de 1887 dispone: 'son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes, sus colaterales legítimos, sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hermanos naturales, el cónyuge supérstite y en último lugar, el municipio de la vecindad del finado'. Por este mandato legal siempre habrá un heredero conocido que es el municipio de la vecindad del causante.

"En la demanda no se cumplió con lo que la ley ordena sobre el demandado, y entonces se ha pedido mal, y la demanda carece de idoneidad jurídica.

"Y se ha pedido mal, porque pudiéndose denominar el demandado, no se hizo".

III

El recurso

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera de casación.

Primer cargo. Se hace consistir en violación directa, por aplicación indebida de los artículos 205, 317 y 737 del Código Judicial y falta de aplicación de los artículos 404 y 1155 del Código Civil y 1º, 4º, 5º y 7º de la Ley 45 de 1936.

Dice la censura que el sentenciador entendió correctamente los artículos 205, 317 y 737 del Código Judicial, pero que a la situación planteada en la demanda sobre que los demandados son personas inciertas y desconocidas, le "hizo producir un efecto distinto del previsto por ellas".

Anota el censor que la demandante expresó, claramente, en su libelo, que al fallecimiento de Samuel Carreño, quedó únicamente como heredera suya, en el carácter de cónyuge sobreviviente, Esther Carrillo, pero que como ésta falleció poco después de la muerte de su esposo, demandó a sus herederos o causahabientes, quienes son personas inciertas y desconocidas para la actora; que indicar como demandado en la acción de filiación natural al heredero del presunto padre, "es apenas de estricta legalidad según doctrina de los citados artículos 404 y 1155 del Código Civil", porque los herederos representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles; y que la afirmación de que los demandados son personas inciertas o desconocidas, no implica la más mínima contradicción, ni es hecho que esté reñido con la realidad del proceso.

También observa el autor del recurso:

"Hay necesidad de aceptar que la simple posibilidad de heredar para varias personas colocadas también en distintos grados de parentesco o relación con el causante que establece el artículo 85 de la Ley 153 de 1887 no se opone a que, en un caso determinado, se ignore o desconozca absolutamente el verdadero heredero, el llamado directa o inmediatamente por la ley a percibir la herencia, pues esto, como ya lo dije, depende de circunstancias concretas y reales que determinan la vocación hereditaria. No se trata, en efecto, de saber si un causante ha dejado o no herederos, sino de determinar cuál es ese heredero. Y esto es o debe ser objeto de un conocimiento real, objetivo, no de la previsión de la misma ley".

Concluye diciendo que la afirmación hecha en la demanda de que los herederos del causante son personas inciertas y desconocidas, resulta verosímil y, por ende, aceptable; que, por tanto, erró el sentenciador al atribuir a esa afirmación efectos distintos de los contemplados en las normas acusadas del Código Judicial, que lo llevaron a inhibirse de proveer en el fondo, dejando de aplicar al caso controvertido las normas del Código Civil y de la Ley 45 de 1936, citadas en la censura.

La Corte considera:

Para el nacimiento válido del proceso es indispensable que se cumplan algunos requisitos, a fin de que la demanda, o sea la petición con que se inicia el juicio, pueda ser atendida por el juez. Tales requisitos, que miran al ejercicio de la acción incoada como acto puramente formal susceptible de dar origen a la formación de la relación jurídico-procesal, están constituidos por ciertos supuestos previos al juicio, que se denominan, por ello, presupuestos procesales.

Entre esos presupuestos figura el conocido con el nombre de demanda en forma, *que consiste, fundamentalmente, en que el libelo inicial del juicio se acomode, en su aspecto formal y en los respectivos casos, a las disposiciones de los artículos 205 y 737 del Código Judicial, del 209* ibídem *cuando se trate de acumulación de acciones en la demanda, y de los artículos 742 y 743 del mismo estatuto, cuando hubiere demanda de reconvención.*

El artículo 205 citado, preceptúa que toda demanda debe contener, entre otros requisitos, "el nombre de las partes y el de sus representantes, si aquéllas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas; su vecindad y residencia, si es conocida, o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad".

Es necesario, pues, que las partes entre quienes se va a debatir la pretensión aducida, actora y opositora, queden determinadas ab initio, *por sus nombres y la indicación de su vecindad o residencia.*

Pero puede ocurrir que para el demandante sea incierta la persona a quien va a demandar o que desconozca su residencia, situaciones a las cuales provee el artículo 317 del Código Judicial, a fin de que el proceso no se paralice y continúe regularmente su desarrollo. Tal disposición reza así en sus dos primeros apartes: "Si la residencia del demandado no es conocida o si se trata de persona incierta, el juez de la causa lo cita por medio de un edicto emplazatorio que dura fijado un mes en la Secretaría, que se publica por tres veces en un periódico de la localidad o en el oficial del Departamento, Intendencia o Comisaría, y en último caso en el "Diario Oficial", y, si transcurridos diez días más no se presenta, le nombra un curador ad litem.

"Si el demandado se oculta, el juez, previa comprobación sumaria del hecho, le nombra un curador para la litis".

Esta disposición contempla tres hipótesis diferentes, a saber: la del demandado conocido, de residencia desconocida para el actor; la del demandado incierto; y la del demandado a quien se conoce, pero que se oculta.

En la primera de tales situaciones existe la presunción de ser verídico el actor en su afirmación acerca del desconocimiento de la residencia de la persona a quien va a demandar, porque en la misma demanda ha de afirmar que no conoce la residencia del demandado o que la ignora, "con protesta de no faltar a la verdad", según las voces del artículo 205 citado del Código Judicial. En la tercera, si el actor afirma que el demandado se oculta, debe acreditar el hecho sumariamente, según lo dispuesto en los artículos 317 y 1001 del mismo Código. En la segunda de esas situaciones, la del demandado incierto, la ley no exige, al afirmarse el hecho, que el demandante proteste no faltar a la verdad, o que aduzca prueba sumaria del mismo. Pero la jurisprudencia ha expresado que tal afirmación del actor debe ser verosímil para que pueda acudir al procedimiento del artículo 317 del Código Judicial.

En fallo de 29 de septiembre de 1950 (Tomo LXVIII, páginas 420 y siguientes), dijo la Corte:

"La anotación que el demandante haga acerca de que el demandado es desconocido, no puede ser una afirmación reñida con la realidad. Bien que esa afirmación no requiera prueba sumaria, como en el caso de opositor que se oculta, ni requiera promesa de no faltar a la verdad, como en el caso de ignorancia sobre domicilio de ese opositor; pero al menos debe ser verosímil la declaración de que la parte demandada es desconocida".

El Tribunal considera que de conformidad con el artículo 85 de la Ley 153 de 1887, hay siempre un heredero conocido contra quién dirigir la acción.

Efectivamente el referido artículo, sustitutivo del 1040 del Código Civil, indica quiénes son llamados a la sucesión intestada del *de cujus* y señala, en último término, al municipio de la vecindad del finado.

No hay, pues, entre nosotros, herencias vacantes, porque el patrimonio, como universalidad jurídica que es, se entiende que sobrevive al difunto y tiene siempre por titular a un heredero, aunque en determinado momento nadie haya aceptado la herencia.

Cuando ocurre esto último y alguien necesita ejercitar alguna acción contra los herederos, lo natural es que averigüe quiénes son ellos, y si

para el ejercicio de esa acción fuere necesaria la aceptación de la herencia a efecto de que la demanda se encamine contra quien deba figurar como sujeto pasivo de dicha acción, lógico es que el interesado proceda como lo indican los artículos 1289 y siguientes del Código Civil. Si se ignora quiénes son los llamados a suceder preferentemente al causante, no por eso puede afirmarse que los herederos son desconocidos, porque se sabe con certeza, que en último término hay un heredero que es el municipio de la vecindad del finado.

También podría el presunto demandante, tratándose del ejercicio de una acción que va a afectar el patrimonio hereditario, acudir al procedimiento de los artículos 1297 del Código Civil y 910 del Código Judicial cuando pasados 15 días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes.

En efecto, como lo dijo la Corte en fallo de 29 de abril de 1955 (Tomo LXXX, páginas 102 y siguientes), "la herencia no es persona indeterminada o incierta: simplemente carece de personalidad. Si hay heredero que acepta, su interés, por cuanto ocupa el lugar jurídico del causante, se ventila en juicio activa o pasivamente. Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no aparece heredero, se predica la yacencia y procede el nombramiento del respectivo curador de bienes ... Toca al curador atender a las acciones que puedan suscitarse en pro o en contra del patrimonio herencial (artículo 578 del Código Civil).

"El discernimiento de esa curaduría es de orden público, se puede hacer a solicitud de toda persona interesada en ello y aun de oficio por el juez. Pero no está al arbitrio de quien quiera que con la herencia yacente continúe el juicio, el sustituir con ningún otro procedimiento la regulación legal de aquella guarda. Menos todavía con el trámite judicial atinente a la citación de personas inciertas, desde luego que la herencia no tiene personalidad".

Esta última solución es indiscutible cuando la acción que se pretenda incoar tiende a afectar el patrimonio del causante, comoquiera que el curador de la herencia yacente es un curador de bienes que representa a los herederos, administra el patrimonio herencial mientras no se haya aceptado la herencia, y está facultado para el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados, como lo preceptúa el artículo 578 del Código Civil.

En el *sub lite* la demanda se dirigió contra la sucesión de Samuel Carreño, que inicialmente estuvo representada por su cónyuge Esther Carrillo, y contra cualesquiera otros herederos de Carreño, desconocidos o inciertos; como la Carrillo había muerto cuando se inició el presente juicio, la actora también citó en el libelo a los herederos de la nombrada Esther, afirmando que le eran desconocidos o inciertos.

Por consiguiente, si la demandante ignoraba quiénes representaban a la sucesión de Esther Carrillo, ésta como heredera de Samuel Carreño cuya herencia había aceptado, ha debido proceder a dirigir su demanda, en último término contra el municipio de la vecindad del finado, como heredero conocido; o, en la hipótesis de estos autos, a obtener la declaración de yacencia de la herencia y entablar la acción contra los herederos de la Carrillo, representados por el curador.

Como el Tribunal entendió que el artículo 317 del Código Judicial no era aplicable al caso en estudio, la interpretó correctamente y obró con acierto al inhibirse de fallar en el fondo el negocio, porque no habiéndose presentado ningún heredero de Esther Carrillo y aceptar su herencia, ha debido procederse como se indicó anteriormente.

No se hizo así, sino que se procedió innominadamente al emplazamiento de los herederos desconocidos como demandados, lo cual condujo a que en el libelo inicial no quedasen reunidos todos los requisitos exigidos por el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, la demanda no se presentó en forma y, en tales condiciones, no era el caso de proveer sobre su mérito; lo procedente era la inhibición, como lo hizo el fallador.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Es por quebranto directo del artículo 85 de la Ley 153 de 1887, por interpretación errónea del Tribunal, que lo llevó a dejar de fallar el fondo de la cuestión propuesta en la demanda.

La censura dice que esta norma establece quiénes pueden heredar *ab intestato,* pero que de ese llamamiento general a la herencia no puede deducirse *a priori* quién es el heredero. "El conocimiento de ese heredero no depende, pues, de los términos de dicha disposición solamente, sino también de algo que le es extraño como hecho", agrega el autor del recurso, quien estima que el fallador incurrió en error en la interpretación

de tal norma, porque "desvió el pensamiento que la informa para hacerla significar algo no contenido en su texto".

Se considera:

El cargo así formulado está llamado a fracasar por haber quedado corto en la cita de las normas sustanciales que la demanda de casación ha debido señalar. Era necesario, en efecto, que el recurrente, además de la disposición que estimó quebrantada, hubiese citado también aquellas otras que serían las aplicables en caso de que el Tribunal hubiera entrado a dictar fallo de fondo, y que no aplicó por haberse inhibido de conocer. Sólo así, con la cita de tales disposiciones, habría quedado integrada una proposición jurídica completa de derecho sustancial.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de cuatro (4) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

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.

Los Magistrados,

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

Técnica de casación. — Prueba de la posesión notoria de hijo natural. — En el cargo de violación directa de la ley no entra en juego el error de hecho, ni el error de derecho en la apreciación del precepto. — El error de hecho en la apreciación de la prueba es objetivo, sin que entre en juego su valoración o mérito legal. — Para demostrar la posesión notoria de hijo natural; la ley no exige que el padre lo presente como tal a sus deudos y amigos, lo que sí hace en tratándose de filiación legítima.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 27 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada.*

(Aprobado Acta Sala número 58 de agosto 21 de 1968).

María Adelina Molina, obrando en nombre y representación de su hijo natural Pablo Emilio Molina, menor de edad, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá a la sucesión de Pompilio Gutiérrez Torres, representada por María Dolores Gutiérrez, Eudora Gutiérrez de Romero, Betulia Gutiérrez de Vásquez y Omaira Gutiérrez de Gutiérrez, hermanas legítimas del causante y únicas herederas suyas, para que previos los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primero. Que el menor Pablo Emilio Molina o Gutiérrez, nacido el día 12 de febrero de 1942, en el Municipio de Pasca, Cundinamarca, es hijo natural de Pompilio Gutiérrez Torres, para todos los efectos civiles señalados en las leyes;

"Segundo. Que, como consecuencia de la anterior declaración, el menor Pablo Emilio Molina o Gutiérrez es heredero legal de Pompilio Gutiérrez Torres y tiene derecho para intervenir en el juicio de sucesión de éste;

"Tercero. Que el juzgado ordene a términos del artículo 370 del Código Civil que al margen de la partida de nacimiento del menor Pablo Emilio Molina o Gutiérrez, se tome nota de su estado civil de hijo natural de Pompilio Gutiérrez Torres en la forma como se determina en el artículo 33 del Decreto 1003 de 1936, una vez que la sentencia quede ejecutoriada".

Como hechos de la demanda en mención se postularon sustancialmente los siguientes, que se extractan:

a) Que el día 12 de febrero de 1942, en el Municipio de Pasca, María Adelina Molina dio a luz a Pablo Emilio Molina;

b) Que María Adelina afirma que el padre de Pablo Emilio Molina fue Pompilio Gutiérrez Torres, por haberlo concebido de él siendo soltera, en las condiciones a que se refieren los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936;

c) Que Pompilio Gutiérrez Torres proveyó al sostenimiento y educación de su hijo Pablo Emilio;

d) Que desde su adolescencia Pablo Emilio fue reconocido como hijo suyo por Pompilio Gutiérrez Torres, privada y públicamente;

e) Que en virtud del tratamiento de hijo que Pompilio Gutiérrez dio a Pablo Emilio, durante más de diez años, amigos y el vecindario en general reputaron a éste como hijo de aquél;

f) Que los amigos de María Adelina Molina y de Pompilio Gutiérrez Torres, y el vecindario en general, han considerado que entre éste y aquélla existieron relaciones sexuales estables;

g) Que Pompilio Gutiérrez Torres falleció en Pasca el 5 de agosto de 1961 siendo soltero, y que como herederos suyos existen únicamente las cuatro hermanas arriba citadas como representantes de la sucesión demandada.

Las demandadas contestaron la demanda oponiéndose a las peticiones formuladas en ella, y agotados los trámites de la primera instancia el juzgado del conocimiento le puso fin por sentencia de fecha 24 de mayo de 1962, acogiendo todas las peticiones de la demanda.

Apelado por la parte demandada dicho fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió con fecha 2 de marzo de 1963 el fallo de segunda instancia, en el sentido de confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida.

Contra la aludida sentencia de segunda instancia interpuso la parte demandada el recurso de casación, recurso éste que procede ahora la Corte a decidir.

La sentencia acusada

El Tribunal en su sentencia se contrae al estudio de la posesión notoria del estado civil de hijo natural invocada por la parte actora en la demanda, y la da por probada con apoyo en las declaraciones testimoniales de Erasmo Acosta, Jorge E. Segura, Presbítero Alberto Otálora, Ignacio Suárez, Gonzalo Torres, Tito Cubillos, Hernando Cruz Palacios, Alvaro Torres, María de Jesús Rey, Carlos Betancourt y Carmen Lombo de Rivas. Al calificar la prueba resultaute de estos testimonios, expresa el Tribunal los siguientes conceptos:

"Este conjunto de testigos, dignos de fe por sus calidades personales, por la precisión de sus asertos, por la exactitud de sus afirmaciones, por la completa motivación de sus dichos, amén de la claridad en la deposición de los hechos por ellos directamente advertidos, llevan a este juzgador la íntima convicción de que Pompilio Gutiérrez hizo durante los últimos años de su vida un tácito reconocimiento de la paternidad de Pablo Emilio Molina. Puesto que todos ellos afirman que aquél siempre se comportó con éste como padre, reconociéndolo pública y privadamente como su descendiente inmediato y recibiendo en cambio el trato que usualmente el hijo da a su padre; es decir, que las relaciones familiares entre estos dos sujetos siempre se efectuaron sobre el recíproco reconocimiento paterno-filial.

"Pues que si a todos estos declarantes Pompilio les hizo categórica confesión de su paternidad, les presentó a Pablo Emilio como hijo suyo, ¿no son acaso estos actos la más palmaria manifestación externa del *tractus* que es elemento constitutivo de la posesión notoria? Y si, además, aquél prodigó a éste continuamente la ayuda espiritual y económica que demanda su edad, ¿no estaba acaso cumpliendo con los más elementales imperativos que nacen del fondo de una conciencia paternal?

"Repetida y directamente percibieron estos deponentes que Pompilio daba frecuentemente y a título de padre dineros al menor Pablo Emilio, por sí mismo algunas veces y por conducto de la madre de éste o de terceros algunas otras; que pagó las pensiones en el colegio 'Lázaro Fonte'; que gestionó y atendió en todos los frentes el traslado del escolar a la Escuela Vocacional de Pacho; que encargaba y pagaba la confección del vestuario; que, al verlo fracasar en sus estudios, activó y le costeó el aprendizaje de la sastrería; y, en fin, que lo inició en los trabajos agrícolas: la percepción de todo este conjunto de actos es, sin duda alguna, base fundamental para que sus observadores infieran necesariamente que su ejecución es un inequívoco reflejo de la posesión prolongada de la calidad civil presumida, puesto que se traducen en el acaecimiento de los hechos de sostenimiento, educación y establecimiento del hijo.

"En tales circunstancias de facto debe aceptarse que la supuesta paternidad —que llegó a ser 'de dominio público' en el poblado de Pasca—, no es una creencia abstracta de los deponentes sino que, muy al contrario, por estar edificada sobre antecedentes serios los llevó al sincero convencimiento de que las personas que así actuaban estaban en posesión de una calidad nacida de una directa e inmediata vinculación de sangre. Y la inducción así transmitida por estos testigos debe aceptarse, puesto que es el resultado lógico de una situación vivida, palpada y movida de ese ambiente social, constitutivo en suma de una posesión notoria que, aunque indirecta, es y ha sido a través de la historia la prueba más importante para acreditar el estado civil de las personas por basarse precisamente en la prolongada y continua posesión de una calidad".

Refutando la afirmación de la parte demandada de que en el caso de autos no está acreditado que los hechos constitutivos de la posesión notoria alegada hayan tenido una duración continua de diez años, expresa el Tribunal:

"Mas, si como lo ha dicho la jurisprudencia, tratándose de esta causal de la investigación de paternidad natural, es absurdo pretender que a cada uno de los testigos tenga que constarle la permanencia de esa posesión por un lapso no menor de diez años, se impone aceptar que el reparo formulado carece de eficacia. En efecto:

"El testigo José E. Segura, quien con sobra

de detalles relata el tratamiento paternal que Pompilio dispensó a Pablo Emilio, dice que tal comportamiento lo presenció, pues desempeñó en Pasca cargos de larga duración, desde 1942 y hasta 1950, año en que salió de allí; el Presbítero Otálora, quien a la sazón desempeñaba la parroquia, narra hechos reveladores de la paternidad sucedidos desde 1944 hasta 1953; Erasmo Acosta, cuya declaración brilla de sinceridad por apoyarse en muchísimas y muy sólidas razones, afirma que el referido tratamiento lo observó 'por más de diez años' que es preciso contar a partir de 1951, pues que habla de los últimos años de la vida de Pompilio extinguida en 1961; Ignacio Suárez cuenta hechos ocurridos desde 1949, íntimamente vinculados con la paternidad discutida; y, Alvaro Torres a más de revelar hechos por él observados periódicamente de 1942 a 1954, sostiene que a partir de esta última fecha el tratamiento paterno-filial lo observó permanentemente. Esta relación cronológica es bastante para deducir que los hechos constitutivos de la alegada en la demanda posesión notoria (sic) sí tuvieron una duración no inferior a diez años, sin solución de continuidad alguna".

La demanda de casación

Se funda en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial "por ser ella (la sentencia) violatoria de la disposición sustantiva contenida en los numerales 5º y 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación al caso de la controversia, y proveniente dicha violación de las siguientes causas: . . ."

Entra en seguida el reccurrente a exponer las causas por él anunciadas, que limita a tres, así:

Primer cargo. Empieza el recurrente diciendo que "en forma directa se interpretaron erróneamente las disposiciones sustantivas contenidas en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y los artículos 398 y 399 del Código Civil", para pasar luego a explicar el cargo resumiendo el contenido de estas disposiciones, deduciendo de ellas, y en particular del artículo 399 del Código Civil, que en materia de prueba de la posesión notoria del estado civil la ley tiene establecido un principio de excepción en virtud del cual está eliminada para el juzgador de instancia la soberanía que en materia de apreciación de pruebas suele reconocérsele, ya que la irrefragabilidad que al respecto exige la ley "aleja la admisibilidad de las deducciones o inducciones que puedan hacerse con criterio de hombre en orden a buscar la comprobación de los hechos sustanciales de sostenimiento, educación y establecimiento, que son los elementos materiales sobre los cuales se hace posible la aplicación de la parte formal del artículo 6º de la Ley 45 de 1936. En síntesis, no puede tenerse por acreditada una posesión notoria del estado civil de hijo natural, mientras los hechos materiales que constituyen el trato del padre al hijo —susbsistencia, educación y establecimiento—, no parezcan acreditados, con prueba directa y no indirecta, pues sólo así es incontrovertible, no deja lugar a duda, y no se presenta (sic) a vacilaciones, que es lo que se ha aceptado por irrefragable. Con ser esto así, el Tribunal sentenciador para fundamentar su fallo, adopta un concepto erróneo sobre las tres normas citadas que he citado y de manera especial con relación al contenido en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, pues después de transcribir los testimonios aducidos por la parte demandante dice que ellos 'llevan a este juzgador la íntima convicción de que Pompilio Gutiérrez hizo durante los últimos años de su vida *un tácito reconocimiento* (subraya el recurrente) de la paternidad de Pablo Emilio Molina. Puesto que todos ellos afirman que aquél siempre se comportó con éste como su padre, reconociéndolo pública y privadamente como su descendiente inmediato y recibiendo en cambio el tratamiento que usualmente el hijo da a su padre; es decir, que las relaciones familiares entre estos dos sujetos siempre se efectuaron sobre el recíproco reconocimiento paterno-filial' ".

Expresa luego el recurrente que sobre este concepto erróneo de lo que es la posesión notoria del estado civil de hijo natural y su probanza, el Tribunal construyó su fallo y tomó "un reconocimiento tácito de paternidad como sustituto de los elementos materiales y objetivos de subsistencia, educación y establecimiento, permanentes y regulares siquiera en diez años, para fundar el reconocimiento de una posesión notoria del estado civil", lo cual es extraño al artículo 6º de la Ley 45 de 1936. Y que la sustitución de tales elementos materiales por el reconocimiento tácito, implica una interpretación errónea de tal disposición sustantiva, que incide en la aplicación indebida del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Dentro de este mismo cargo censura el recurrente el siguiente pasaje de la sentencia acusada: "La percepción de todo este conjunto de actos es, sin duda alguna, base fundamental para que sus observadores infieran necesariamente que su ejecución es un equívoco reflejo de la posesión prolongada de la calidad civil presumida, puesto que se traducen en el acaecimiento de los hechos de soste-

nimiento, educación y establecimiento del hijo". Ese fundamento del fallo, expresa el recurrente, pone de presente que ya no es el juzgador el llamado a apreciar los hechos probados, sino los testigos, y que eso es contrario al carácter de irrefragable que debe tener la prueba de la posesión notoria del estado civil, e implica interpretación errónea del artículo 399 del Código Civil.

Segundo cargo. La violación del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 tiene también como causa, dice el recurrente, el manifiesto y evidente error de hecho en la apreciación de la prueba aportada al juicio para demostrar los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, por cuanto se dan por acreditados los hechos de subsistencia, educación y establecimiento, sin estarlo en las condiciones que prescribe el artículo 399 del Código Civil.

Para demostrar este cargo, el recurrente extracta el contenido de las declaraciones de todos y cada uno de los testigos tenidos en cuenta por el Tribunal en su sentencia, las critica, una por una, hace el resumen de lo que en su opinión resulta efectivamente afirmado por cada testigo, y llega a la conclusión de que solamente el testigo Erasmo Acosta afirma haber presenciado hechos relativos al sostenimiento de Pablo Emilio Molina por Pompilio Gutiérrez; que los testigos Jorge Segura, Presbítero Alberto Otálora, Ignacio Suárez, Gonzalo Torres, Alvaro Torres, María de Jesús Rey y Carmen de Lombo, no dicen nada respecto a hechos relacionados con la subsistencia, y menos respecto al factor tiempo, permanencia y regularidad de actos constitutivos de posesión notoria; que en cuanto a educación, sólo existen las declaraciones del Presbítero Alberto Otálora y de Alvaro Torres, pero en forma abstracta, imprecisa y contradictoria; que los testigos Carlos Betancourt y Hernando Cruz afirman perentoriamente que no les consta nada en cuanto a subsistencia; que en relación con el factor establecimiento, sólo da datos el testigo Alvaro Torres, pero con base en hechos que no son indicativos del mencionado factor. Y comentando en conjunto los testimonios aludidos expresa: "Dar por acreditados *en forma irrefragable,* con estos testimonios los hechos de subsistencia, educación y establecimiento, que son los que constituyen el trato de padre a hijo, que toma en cuenta la ley para deducir una posesión notoria, es incurrir en el mayor manifiesto error de hecho, pues es dar por acreditados en este proceso, lo que legalmente no aparece, en la forma y términos que prescribe el artículo 399 del Código Civil, que no da margen para tomar uno o varios testimonios, como indicios, ya que ello es contrario a la irrefragabilidad que caracteriza esta clase especial de prueba. De este manifiesto error de hecho, al dar por acreditado lo que no aparece en este especial proceso sobre posesión notoria de un estado civil, vino la indebida aplicación del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, al decretar una paternidad natural por la posesión notoria no acreditada legalmente".

Tercer cargo. La indebida aplicación del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 tiene también como causa indirecta el manifiesto error de derecho en la valoración, como prueba, de lo que "pudo tomarse como una confesión extrajudicial del pretenso padre Pompilio Gutiérrez".

Para sustentar el cargo dice el recurrente ser evidente que todos los testigos afirmaron haber oído a Pompilio Gutiérrez decir que Pablo Emilio Molina era su hijo, y que por ello los testigos lo reputaron como tal. "Muy seguramente el Tribunal sentenciador, con base en esta afirmación de los testigos, creyó encontrar la base probatoria suficiente para tener por acreditada la posesión notoria del estado civil de hijo natural que reclama Pablo Emilio Molina, con relación a Pompilio Gutiérrez. Sin embargo, nada más contrario a la verdad legal:

A) En primer lugar esa confesión extrajudicial que se atribuye al pretenso padre natural, no sustituye en ningún caso los elementos fijados por la ley para constituir una posesión notoria de estado civil, y que son el trato de padre a hijo, mediante los actos de subsistencia, educación y establecimiento, en forma regular y continua por un mínimun de diez años, y que es lo que debe probarse.

B) En segundo lugar y es donde se concreta el manifiesto y evidente error de derecho, la facultad legal que creyó tener el sentenciador en este asunto, para valorar la confesión extrajudicial sobre los dichos y manifestaciones de Pompilio Gutiérrez relativas a la paternidad del joven Pablo Emilio Molina a término del artículo 608 del Código Judicial, está eliminada para esta clase de controversias conforme al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el cual dice que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural 'si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad' ". Dice luego el recurrente que esta disposición demuestra cómo para esta clase de acciones se eliminó como

prueba la confesión extrajudicial puramente verbal. Y agrega que al decir el Tribunal sentenciador: "Pues que si a todos estos declarantes Pompilio les hizo categórica confesión de su paternidad ...", está tomando en cuenta, como fundamento de su fallo, tal confesión, incurriendo así en manifiesto error de derecho, por la razón atrás expuesta, y además porque el artículo 29 de la Ley 45 de 1936 establece en forma perentoria que no es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en la misma ley.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. Claramente expresa la demanda de casación que la violación de ley sustancial que se imputa a la sentencia del Tribunal se hace consistir en la aplicación indebida de los numerales 5º y 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Y también claramente se expresa en la misma demanda que la aludida imputación proviene en primer término, constitutivo del primer cargo que se examina, de que "en forma directa se interpretaron erróneamente las disposiciones sustantivas contenidas en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y los artículos 398 y 399 del Código Civil".

Aunque el recurrente afirma que las disposiciones sustanciales indebidamente aplicadas, al través de las erróneamente interpretadas, son las de los numerales 3º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, lo cierto es que dentro del desarrollo de este primer cargo, que se estructura exclusivamente en función del concepto de posesión notoria del estado civil de hijo natural, se hace referencia únicamente a la aplicación indebida del numeral 5º del artículo 4º de la citada ley, es decir, sin hacer mención alguna a la aplicación indebida del numeral 3º del mismo artículo. Por consiguiente, este primer cargo debe considerarse contraído a la pretensa violación por aplicación indebida del aludido numeral 5º. Así las cosas, se tiene:

Decir, como lo dice el recurrente, que en forma directa se interpretaron erróneamente unas disposiciones, y que en razón de ello se aplicó indebidamente otra disposición sustancial, es colocar la censura en el campo nítido del error jurídico, y, por lo mismo, aceptar como supuesto necesario que no existe discrepancia con el sentenciador en lo que a la cuestión de hecho respecta, lo cual, por lo demás, corresponde a la posición natural en que se ha de ubicar siempre el censor que ataca en casación por violación directa de la ley sustancial. Se presupone que en virtud de hallarse debidamente establecida en el proceso la hipótesis de hecho materia del mismo, al tenerla como tal no incurrió el fallador de instancia en yerro alguno; pero a la vez se afirma que sí incurrió en error al determinar el régimen jurídico sustancial a cuya disciplina sometió esa hipótesis de hecho no controvertida en sí misma. Por eso la Corte ha dicho que "la violación directa hiere la ley directamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio ... No entra en juego el error de hecho ni el error de derecho, expresiones éstas que, por lo demás, deben reservarse en casación ... para designar exclusivamente las equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, página 504).

Siendo ello así, es claro entonces que la demostración del error jurídico materia de la acusación por violación directa, no puede intentarse tomando pie en que el Tribunal apreció mal la prueba de los hechos, y haciendo al efecto una crítica global o individualizada de las pruebas aportadas al debate, pues ello significaría contradecir la naturaleza jurídica de la violación directa al sacarla de su ámbito propio para llevarla al de la violación indirecta.

Eso es lo que ocurre en el caso de la causal objeto de examen. Pues al sustentar el recurrente el error jurídico que enuncia al formular el cargo, lo hace situándose en el terreno de la prueba, mediante consideraciones atinentes a la irrefragabilidad que respecto a la demostración de la posesión notoria de estado civil exige la ley; a la necesidad de emplear para ello pruebas directas y a la improcedencia de las indirectas; a que en el caso de autos el Tribunal de instancia dio erróneamente por probada la posesión notoria del estado civil de hijo natural, apoyándose en un tácito reconocimiento hecho por el presunto padre de la relación paterno-filial, deducido ese tácito reconocimiento de los resultados de la prueba testimonial aportada al proceso; y a que el Tribunal fundamentó en general su fallo sobre un equivocado concepto de lo que es la prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural. En una palabra, el recurrente sustenta

el cargo con base en una serie de consideraciones de linaje probatorio, y consideraciones de ese tipo, como ya se dijo, no pueden entrar en juego cuando de demostrar un cargo por violación directa se trata, pues su pertinencia sólo se da cuando se pretende demostrar la violación indirecta de ella.

En consecuencia, se rechaza este cargo.

Segundo cargo. Como se puso de presente atrás, en este segundo cargo se sostiene que la sentencia acusada viola por aplicación indebida el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en virtud de manifiesto y evidente error de hecho en la apreciación de la prueba, pues se dan por acreditados los hechos de subsistencia, educación y establecimiento, sin estarlo en las condiciones que prescribe el artículo 399 del Código Civil. Por otra parte, en la explicación del cargo se habla también de que no hay prueba de que la posesión del estado civil invocada hubiera tenido la duración exigida por la ley.

Conforme lo tienen determinado ya la doctrina y la jurisprudencia, una de las variedades en que se presenta el error de hecho en el campo de la casación consiste en que el sentenciador, en el examen de los medios de prueba, en sí mismos considerados, incurre en desacierto al fijar el contenido material de ellos, bien por recortarlo restringiendo su extensión, bien por ampliarlo asignándole más sustancia de la que realmente ofrece. Se desconoce por defecto o por exceso el contenido de la prueba, desatendiendo el tenor en que figura representada. Aquí no entra en juego para nada la valoración de la prueba por el aspecto de su mérito legal, y por eso puede decirse que el yerro siempre es objetivo.

Se hace la anterior observación preliminar al estudio de este cargo, porque el recurrente al sustentarlo aduce, al lado de razones pertinentes, otras que no lo son por referirse a la calificación de las pruebas en el plano de su fuerza legal demostrativa, y que por lo mismo serían susceptibles de estudio si la censura se hubiera fundado en un error de derecho en la apreciación de ellas. No siendo así, las aludidas razones no habrán de ser tomadas aquí en cuenta.

Así las cosas, lo que corresponde ahora es simplemente verificar si efectivamente, como lo afirma el recurrente, del conjunto de la prueba testimonial que sirvió de apoyo a la sentencia impugnada resultan, sí o no, objetivamente establecidos o existentes datos relativos al tratamiento que Pompilio Gutiérrez diera a Pablo Emilio Molina como hijo natural suyo, esto es, relativos a la atención por aquél de las necesidades de subsistencia, educación y sostenimiento del segundo, durante diez años continuos por lo menos.

Examinado únicamente por estos aspectos el contenido de las declaraciones de algunos de los testigos, se encuentra que:

El testigo Erasmo Acosta declara que presenció durante más de diez años que Pompilio Gutiérrez le suministró vestido a Pablo Emilio Molina, dio dineros a María Adelina Molina (madre de Pablo Emilio) para el sustento de éste, y los dio al mismo Pablo Emilio para atender a los gastos propios de su edad.

El Presbítero Alberto Otálora afirma que Pompilio atendió a la subsistencia de Pablo Emilio, le suministró vestido, y pagó los gastos de su educación en colegios de Pasca y Pacho. Del contexto de la declaración de este testigo resulta que lo por él declarado comprende un lapso de siete años, o sea entre 1944 y 1951.

Hernando Cruz habla de que recibió de Pompilio en una ocasión, la orden de entregar a Pablo Emilio una suma de dinero que el mismo testigo debía a aquél, para que con ese dinero Pablo Emilio "adelantara algunas sementeras".

Alvaro Torres declara que Pompilio atendía a los gastos de educación de Pablo Emilio, y lo corregía y llamaba al orden citando al efecto un caso concreto. Afirma, además, que Pompilio le suministraba a Pablo Emilio dineros en préstamo con destino a ser invertidos por éste en cultivos y negocios suyos, y que Pompilio le contó confidencialmente al testigo "que esa plata que le prestaba ya se la había regalado para entre sí, pero que acostumbrar (sic) al muchacho a que se la devolviera sin que éste supiera cuál era el fin, de ese dinero, sino para enseñarlo a que cumpliera todos los negocios y enseñarlo a ser correcto".

Ignacio Suárez expresa que él mismo le hacía los vestidos a Pablo Emilio, y que recibía de Pompilio el pago. Que eso ocurrió cuando Pablo Emilio tenía entre siete a diez años, esto es, entre 1948 y 1951.

María Jesús Rey dice que Pompilio procuró siempre "velar y tratar de ayudar al citado Pablo Emilio Molina".

Gonzalo Torres declara haberse dado cuenta de que Pompilio "venía personalmente ayudando al citado Pablo Emilio Molina, y dando a saber que el citado joven era su hijo natural", "esto hace como unos cinco o seis años" (declara en noviembre de 1961).

Tito Cubillos dice haber presenciado suministros de dineros hechos por Pompilio a Pablo Emilio.

Y Carlos Betancourt afirma que Pompilio daba consejos a Pablo Emilio sobre el comportamiento que debía seguir.

Visto el texto de las declaraciones antes extractadas en lo pertinente, no se requiere ningún esfuerzo para deducir que en ellas sí se hace referencia a hechos constitutivos de subsistencia, educación y establecimiento protagonizados por Pompilio Gutiérrez Torres en relación con Pablo Emilio Molina durante diez años por lo menos, y eso es suficiente para demostrar que el fallador de instancia no incurrió en la contraevidencia que se le atribuye.

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

Tercer cargo. Por tratarse de cuestiones a las cuales está vinculado el orden público, como son todas las relativas al estado civil y a la familia, al darle el legislador a la posesión de estado civil el carácter de medio para establecer el respectivo estado, no podía hacerlo sin adoptar medidas precautelativas tendientes a evitar hasta el máximo cualquier posible abuso del sistema. Con ese fin, y teniendo en cuenta que la posesión de estado civil está integrada por hechos y que obviamente aquélla no puede darse por existente sino mediante la prueba de tales hechos, el legislador no dejó al libre arbitrio del juez y de los interesados la determinación de los hechos constitutivos de dicha posesión, ni quiso que la demostración de ellos quedara sujeta a las normas comunes sobre pruebas. Por el contrario, se preocupó de un lado por señalar el rango o categoría de los hechos que para él podían configurar la posesión del estado, eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse, disponiendo a la vez que la posesión representada por esos hechos debía tener una duración mínima determinada; y, de otro, esto es en cuanto a la prueba de esos hechos, por sentar mandatos especiales relativos a la singular fuerza de convicción de que ella debía estar dotada.

Así, tratándose de la filiación natural paterna, y en lo que al primero de los dos aspectos considerados concierne, que es lo que para el caso de autos interesa, después de sentar el legislador en el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que la demostración de la posesión notoria del estado de hijo natural da lugar a la declaración judicial de paternidad, señaló co-

pulativamente en el artículo 6º los hechos que configuran dicha posesión notoria.

Conforme a esta norma, para que haya posesión notoria del estado de hijo natural se requiere la demostración debida de los hechos que, como integrantes esenciales suyos, allí se relacionan. No es admisible, para el mismo fin, que en sustitución de ellos se demuestren otros no contemplados por el precepto, por más significativos que sean. Desde luego, nada impide la demostración de otros hechos no contemplados por la ley, adicionalmente a los que ella exige básicamente; pero tal circunstancia apenas significará que el interesado ha superado el límite mínimo que debe satisfacer. Así, por ejemplo, el artículo 6º en referencia no relaciona entre los hechos constitutivos de la posesión de hijo natural, el de que el padre presunto haya presentado al hijo como tal entre sus amigos y deudos, hecho que el artículo 397 del Código Civil sí exige como constitutivo de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo. Pues bien, no obstante la significación que en sí mismo tiene un hecho como ese, su demostración en el campo de la posesión notoria del estado de hijo natural no es jurídicamente indispensable, precisamente porque la ley no lo toma en cuenta al efecto, y menos todavía si con ella se pretende sustituir la prueba de los factores de subsistencia, educación y establecimiento que sí están legalmente erigidos en elementos constitutivos de la aludida posesión de estado.

No ha de desconocerse, sin embargo, que en el campo de los hechos la conciencia del fallador tiene que estar más al alcance de la convicción, y por ende más propensa a hallar irrefragable la prueba de la posesión notoria del estado civil, cuando además de haber sido probados los elementos constitutivos de él, se han acreditado también, adicionalmente, otras circunstancias corroborantes del mismo. Pero de todas maneras habrá de partirse de la base de que en tales casos el juez toma su decisión no con apoyo directo en la prueba de los hechos adicionales que se le haya suministrado, sino en la de los propiamente constitutivos o legales, vigorizada sí lateralmente por la de aquéllos.

Descendiendo al caso concreto que aquí se contempla, es verdad que en algunos pasajes de la sentencia acusada parece tomarse en excesiva consideración la prueba obrante en autos de que Pompilio Gutiérrez Torres solía presentar a Pablo Emilio Molina como hijo natural suyo entre sus deudos y relacionados, dándosele a esa circunstancia rango de hecho constitutivo de filia-

ción natural. Pero de otro lado es también evidente que el Tribunal fundó su decisión, ante todo, en haber hallado suficiente y bastante la prueba testimonial traída al juicio para evidenciar que Pompilio Gutiérrez atendió a la subsistencia, educación y establecimiento de Pablo Emilio Molina, y en que ello se reflejó en el medio social en que vivían, en forma de crear entre los vecinos la conciencia de que aquél era el padre natural de éste.

Por consiguiente, cualquier reparo que pretendiera hacérsele a la sentencia acusada por el énfasis que pone en el aspecto atrás considerado, en ningún caso tiene dentro del recurso trascendencia conducente a la casación de aquélla. Cosa distinta sería si en realidad a la declaración de filiación contenida en esa sentencia, hubiese sido llevado el Tribunal tras la premisa única de que la confesión extrajudicial resultante de haber presentado Pompilio Gutiérrez a Pablo Emilio Molina como hijo natural suyo, ante sus deudos y relacionados, satisface las prescripciones legales en materia de existencia de la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha dos (2) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), en este juicio ordinario de María Adelina Molina, en representación de su hijo Pablo Emilio Molina, contra la sucesión de Pompilio Gutiérrez Torres, sobre filiación natural.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

FILIACION NATURAL

TECNICA DE CASACION

Requisitos que debe llenar la demanda de casación cuando se acusa la sentencia por la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, reformatorio del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 27 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 16 de los corrientes, según Acta número 55 de esa misma fecha).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario de Joaquín Díaz, frente a Benilda González viuda de Cardoso y otros.

El litigio

Joaquín Díaz citó ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación a Benilda González viuda de Cardoso, Omaira, Gentil, María Nelsy, María Fanny, Edgar, Gladys, Rubiela, Jairo, Reineria y Aracely Cardoso González, como representantes de la sucesión de Casiano Cardoso Gómez, la primera en su condición de cónyuge supérstite y los demás como hijos legítimos del causante, para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

1ª Que Joaquín Díaz es hijo natural de Casiano Cardoso Gómez;

2ª Que como tal hijo sea inscrito en el registro del estado civil;

3ª Que el actor es heredero legitimario de Casiano Cardoso;

4ª Que, en esta condición, tiene derecho a concurrir en la sucesión del nombrado causante con los hijos legítimos de éste;

5ª Que los demandados deben restituir, al actor, con sus aumentos, la cuota que le corresponde en la totalidad de los bienes relictos;

6ª Que deben pagarle también la cuota correspondiente en los muebles, inmuebles y semovientes de la sucesión, vendidos por dichos demandados y según justiprecio por los trámites del artículo 553 del Código Judicial;

7ª Que deben pagarle igualmente el valor de los frutos naturales y civiles correspondientes a la cuota reclamada por el actor, y que éste hubiera percibido con mediana inteligencia y actividad, y

8ª Que los demandados sean condenados en las costas del juicio.

Los hechos en que se funda la *causa petendi* se sintetizan así: Casiano Cardoso, quien vivió en el Municipio de Dolores, sostuvo relaciones sexuales permanentes desde 1932 hasta 1940 con Ignacia Díaz; de tales relaciones nacieron tres hijos, entre ellos Joaquín Díaz el 8 de agosto de 1937; Casiano Cardoso trató a Joaquín Díaz como hijo suyo desde el nacimiento de éste, atendiendo a su subsistencia, educación y vestuario, y presentándolo como tal a todos sus relacionados, vecinos, amigos y parientes, trato que se prolongó durante veinte años hasta el mes de agosto de 1957, en el cual murió Casiano Cardoso; todo el vecindario de Bermejo, Municipio de Dolores, y numerosos habitantes de esta población conocieron a Casiano y se dieron cuenta del trato que le daba a su hijo Joaquín Díaz; el 12 de julio de 1937 Casiano contrajo matri-

monio católico con Benilda González en la Parroquia de Dolores, del cual nacieron los hijos demandados en este juicio; el 19 de agosto de 1958 Casiano fue muerto en forma violenta en Tinajas, Municipio de Natagaima, y dejó sin reconocer a Joaquín Díaz como hijo natural suyo; y el juicio de sucesión de aquél cursa en el mismo Juzgado Civil del Circuito de Purificación, en el cual fueron inventariados numerosos bienes relictos, a excepción de semovientes que el causante tenía en Dolores y Natagaima.

Los demandados, al contestar el libelo negaron, en general, los hechos relacionados en el mismo, se opusieron a las súplicas del actor y propusieron, a manera de excepciones perentorias, la de "carencia de acción, desistimiento de la misma en juicio anterior e inexistencia de la acción por prohibición legal de entablarla nuevamente", pues que dicha acción había sido ejercida por el actor, en dos ocasiones, contra los mismos demandados y, en ambas, desistió sin contar con el consentimiento de éstos, por haber dejado vencer los términos probatorios sin solicitar las pruebas que pudiera aducir. De lo dicho concluyen los demandados que "se asimila el desistimiento en sus efectos a la cosa juzgada".

El primer grado del juicio culminó con sentencia, en la cual el juez del conocimiento declaró que el actor Joaquín Díaz es hijo natural de Casiano Cardoso, con todos los derechos patrimoniales y de otro orden anexos a dicho estado civil; ordenó el asiento del acta respectiva en la Notaría del Circuito; declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandada Benilda González viuda de Cardoso; desestimó las súplicas 5ª, 6ª y 7ª de la demanda; declaró no probados los hechos exceptivos alegados en la contestación de la misma, y se abstuvo de condenar en costas.

El fallo del Tribunal

Por apelación interpuesta por los demandados se tramitó la segunda instancia del juicio la que finalizó con el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, por el cual se revoca la sentencia apelada y, en su lugar, se declara probada la excepción propuesta por la parte demandada, "consistente en que, el desistimiento del señor Joaquín Díaz, de seguir adelante el juicio, produce los efectos de la cosa juzgada adversa al demandante", a quien también se condena en las costas de las dos instancias.

Relacionados la litis-contestación planteada por el libelo y su respuesta, el desarrollo del juicio y el fallo objeto de la apelación, el Tribunal procede a motivar su propia sentencia.

Observa que este es el tercer juicio de la misma naturaleza que se ventila entre las mismas partes, por lo cual los demandados, al descorrer el traslado del libelo, propusieron la excepción de carencia o falta de la acción principal incoada, a causa del desistimiento que de ella hiciera el demandante en los dos juicios anteriores.

A este respecto, verifica que en los autos obran copias auténticas que acreditan que el 20 de septiembre de 1958 Joaquín Díaz, María del Angel Díaz de Garzón y Rosa Inés Díaz intentaron ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación el primer juicio de filiación natural contra los representantes de la sucesión de Casiano Cardoso, el cual terminó por sentencia de 30 de julio de 1959 en la que fue absuelta la parte demandada y condenadas en costas María del Angel y Rosa Inés, quienes actuaron como litis-consortes del nombrado Joaquín Díaz hasta que éste, que no había hecho uso del término probatorio como ninguno de los otros interesados en la litis, confirió poder con facultad a su procurador para desistir del juicio con reserva de su derecho "para reiniciar la acción de filiación natural en otras condiciones", facultad que este último ejerció antes de fenecer la primera instancia con la sentencia de que ya se hizo mención. Tal desistimiento fue aceptado por el juez del conocimiento el 11 de marzo de 1959, con la respectiva condenación en costas al actor por haber desistido en forma unilateral.

Las precitadas copias traídas a los autos también acreditan que el 19 de agosto de 1959 Joaquín Díaz inició un segundo juicio de filiación ante el mismo Juzgado de Purificación, juicio que se tramitó hasta que el día 17 de febrero de 1960 la parte actora, que tampoco había usado del término probatorio, presentó escrito que dice: "Como apoderado del actor atentamente manifiesto que desisto del juicio ordinario propuesto contra la sucesión de *Casiano Cardoso,* dejando expresa constancia de que queda a salvo la acción que tiene el señor Joaquín Díaz para solicitar en cualquier tiempo y oportunidad su reconocimiento como hijo natural de *Casiano Cardoso* por tratarse de un derecho inherente a la persona humana que no es susceptible de transacción, ni de renuncia". El juzgado del conocimiento aceptó este otro desistimiento unilateral del actor y le impuso la correspondiente condenación en costas.

Con apoyo en los precitados hechos establecidos en el juicio, en el artículo 462 del Código Judicial y en la doctrina de varios tratadistas de derecho procesal, el sentenciador considera que aquellos hechos alegados por la parte demandada como fundamento en la excepción perentoria propuesta por la misma, no estructuran una transacción ni una renuncia del estado civil del actor, "por cuanto la acción de filiación natural contra el presunto padre va encaminada precisamente a obtener el reconocimiento de ese estado civil y constituye por tanto una pretensión del demandante, pretensión a la cual puede perfectamente renunciar expresa o tácitamente. En esta última forma si no se inicia el juicio de filiación natural, no obstante su convencimiento de ser hijo natural de determinado padre, o si iniciado el juicio no hace voluntariamente las demostraciones a que está obligado como demandante sobre quien recae la carga de la prueba; y expresamente si desiste del juicio simplemente".

Estima que es inaceptable la conducta del actor, quien ha pretendido someter a la parte demandada a tres juicios ordinarios de filiación natural, desistiendo de los dos primeros por no haber podido aportar la prueba de sus pretensiones, lo cual repugna a la ética y a la lealtad procesales.

Agrega que "aun cuando la pretensión de obtener el reconocimiento judicial de hijo natural de determinado padre contra su sucesión, no pudiera ser desistido, el desistimiento del juicio en sí mismo, comprende el apartamiento a toda aspiración sobre los bienes del sucesorio del presunto padre, porque pueden ser renunciados derechos concretos sobre bienes o simples expectativas sobre los mismos".

En fin, concluye el Tribunal que el desistimiento del actor en el primer juicio de filiación natural, instaurado por él contra los mismos demandados, produjo respecto de tal actor el mismo resultado que la sentencia proferida en dicho juicio contra sus hermanas, quienes, por no haber aportado las pruebas a su cargo, determinaron la absolución de la parte demandada. Por lo tanto, el segundo juicio, como también el desistimiento del mismo por el actor, desistimiento motivado también en no haber usado del término probatorio respectivo, eran inocuos al igual que la nueva reserva que hiciera éste de su derecho para ejercitar por tercera vez la acción de reconocimiento de su filiación natural.

Tales, son en síntesis, las consideraciones que indujeron al Tribunal a declarar probada la excepción perentoria propuesta por los demandados.

El recurso extraordinario

Interpuesto por el actor, fúndase en demanda que contiene un solo cargo, en el ámbito de la causal primera de casación, por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 462 del Código Judicial, 346 y 2473 del Civil, a consecuencia de yerros de hecho y de derecho "en la apreciación del desistimiento".

El censor sumaria así la acusación, que luego, habrá de desarrollar:

"a) *Errores de hecho* que aparecen de modo manifiesto en los autos al apreciar la excepción propuesta por la parte demandada basada en desistimiento, con lo cual incurrió en errores de derecho al apreciarlos, según las disposiciones sobre pruebas y desistimiento que indicaré, y

"b) Violación de la ley sustantiva al analizar el alcance de los preceptos sobre desistimiento, que interpreta erróneamente y aplicando indebidamente, en consecuencia, los preceptos que citaré, cuando ha debido aplicar los que dejaré citados y que debían llevarlo a confirmar la sentencia de primera instancia".

En cuanto a los "errores de hecho al apreciar la excepción propuesta por la parte demandada" la motivación de la censura se sintetiza así:

a) Joaquín Díaz formuló demanda de filiación natural contra los representantes de la sucesión de Casiano Cardoso el 20 de septiembre de 1958. El juicio se tramitó hasta la etapa de los traslados para alegar en la primera instancia, sin que ninguna de las partes hubiera usado del término probatorio. El apoderado del actor, en escrito presentado el 10 de marzo de 1959, dijo: "Desisto del presente juicio de filiación natural, en cuanto respecta a Joaquín Díaz Cardoso, con la aclaración de que se reserva expresamente el derecho de volver a iniciar el juicio de filiación natural contra los representantes de la sucesión de Casiano Cardoso en su debida oportunidad. Por tanto, este desistimiento del juicio no comporta la renuncia de la acción que tiene mi poderdante para ejercitar nuevamente sus derechos como hijo natural del *de cujus*, señor Casiano Cardoso". Y el juzgado "admite en todas sus partes el desistimiento que del juicio de la referencia se ha presentado", observando que el apoderado "desiste de dicho juicio con la aclaración de que se reserva el derecho de volver a iniciar el juicio sobre filiación natural en su condición ya expresada".

El 19 de agosto de 1959 el nombrado Joaquín Díaz volvió a demandar a los representantes de la sucesión de Casiano Cardoso y en el juicio a que dio lugar esta demanda ocurrió lo propio que en el anterior: ninguna de las partes hizo uso del término respectivo y, ya en la etapa de los traslados para alegar de conclusión en la primera instancia, el apoderado del actor, en escrito presentado el 17 de febrero de 1960, dijo: "como apoderado del actor atentamente manifiesto que desisto del juicio ordinario propuesto contra la sucesión de Casiano Cardoso, dejando expresa constancia de que queda a salvo la acción que tiene el señor Joaquín Díaz para solicitar en cualquier tiempo y oportunidad su reconocimiento como hijo natural de Casiano Cardoso, por tratarse de un derecho inherente a la persona humana que no es susceptible de transacción ni de renuncia". La parte demandada no convino en el desistimiento e invocó la aplicación de los artículos 463 y 464 del Código Judicial. Y el juzgado admitió el desistimiento "sin glosar los posibles acuerdos que hayan podido existir entre las partes" y dejando sí constancia de que el desistimiento "aparece como puro y simple, como que la parte demandada no lo ha autorizado".

Entonces, la censura le atribuye al Tribunal error manifiesto de hecho que hace consistir en no haber visto que "el desistimiento fue condicionado a la reserva de acción posterior, porque así lo manifestó ambas veces el actor". Y explica: "Ello no obstante, el Tribunal tomó como renuncia de la acción, lo que no fue renuncia de ella, como que hubiera sido una renuncia al estado civil de la persona: lo cual es un error que aparece de modo manifiesto, como quiera que las manifestaciones de la demanda y de la defensa hay que aceptarlas como las hacen los interesados y no como caprichosamente pueda tomarlas el fallador ..."

b) Seguidamente y bajo el epígrafe *errores de derecho,* el recurso denuncia violación del artículo 462 del Código Judicial por aplicación indebida, como quiera que "el Tribunal dice que el desistimiento se asimila en sus efectos a la cosa juzgada, pero que no se trata de transacción ni de renuncia del estado civil, 'por cuanto la acción de filiación natural contra el presunto padre va encaminada precisamente a obtener el reconocimiento de ese estado civil y constituye, por tanto, una pretensión del demandante, pretensión a la cual puede renunciar expresa o tácitamente'.

"El Tribunal aplicó mal aquel precepto del Código Judicial (artículo 462), porque lo interpretó mal, violando los artículos 346 y 2473 del Código Civil, aplicándolos indebidamente también e interpretándolos equivocadamente".

Comenta el censor: "El hijo es hijo o no es hijo y la pretensión es el reclamo del estado y no otra cosa. Renunciar a la acción es tanto como renunciar al estado mismo, porque las acciones son los medios puestos por la ley para reclamar los derechos en justicia, para hacer actuante la voluntad de la ley, como dicen los expositores".

Finalmente, con algunas citas de doctrina y jurisprudencia, el recurso remata diciendo que "en resumen, el Tribunal incurrió en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos e incurrió en errores de derecho, por errónea interpretación e indebida aplicación, como aquí se deja anotado".

Consideraciones de la Corte

I. Es bien sabido que la finalidad primordial de la casación, medio jurisdiccional extraordinario, es la de guardar la recta inteligencia y aplicación del derecho sustantivo y, consecuencialmente, propender a la unificación de la jurisprudencia nacional. Pero en tan alta misión, aquí confiada a la Corte Suprema de Justicia, ésta no puede proceder oficiosamente, o sea que carece de poderes inquisitoriales para investigar *ex officio* dónde o cuándo aquel derecho ha sido quebrantado por los jueces. Dentro del marco de nuestra organización procesal civil, en la que priman el principio acusatorio y el de la receptividad del juzgador, la Corte como Tribunal de casación solamente puede actuar a virtud de recurso interpuesto por parte legitimada para ello en los juicios en que es pertinente, recurso éste cuya formulación también circunscribe y limita estrictamente el tema sobre el cual ha de recaer la decisión de la Corte, todo esto dentro de una preceptiva eminentemente técnica y rigorosa, predeterminada por la ley y que ha sido objeto de pormenorizadas explicaciones y enseñanzas por la doctrina.

II. *A partir de la vigencia del Decreto-ley número 528 de 1964, que por razones de economía procesal, estableció la calificación* proforma *de las demandas de casación, al tiempo de ser formuladas y con el fin de determinar, desde entonces, si habrán de admitir o no estudio de fondo, la Corte viene poniendo énfasis especial en el adoctrinamiento a los casacionistas sobre*

la estricta disciplina técnica del recurso extraordinario.

III. *Así, en punto de la causal primera, relativa al quebranto de las leyes sustanciales, con inusitada frecuencia viene reiterando inveterada jurisprudencia, compendiada de la siguiente manera:*

"3. Ahora bien: la precisión *que la norma exige en el fundamento de las causales, implica necesariamente, cuando de la causal primera se trata, que se satisfagan condiciones tales como éstas:*

"a) Que, al formular la acusación se fije con exactitud el modo de la violación de la ley sustancial que pretenda imputarse al sentenciador. Es decir, que se determine claramente si la ley de este orden fue infringida de manera directa, o sea sin deberse su vulneración a yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o si lo fue por vía indirecta, a causa de haber incurrido en erro de una de estas dos clases en la apreciación probatoria.

"b) Que, si el ataque fuere por violación directa de la ley sustancial, se concrete el sentido en que hubo de ocurrir su quebranto, el que tendría que ser por uno de estos tres motivos, distintos en su índole, a saber: 'bien por omisión, *cuando la ley de esta especie se dejó de aplicar al caso del pleito, habiendo debido serlo; o por* aplicación indebida, *cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto litigado; o por* interpretación errónea, *cuando siendo la adecuada, empero se la entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley (artículo 52 ordinal 1º doctrina citada)' providencia de 15 de abril de 1966 citada. Pero es entendido que, si la censura se propusiere por violación indirecta de la misma ley, no habrá entonces margen al motivo de interpretación errónea, reduciéndose así el campo de la impugnación a los otros dos primeramente citados: falta de aplicación o aplicación indebida.*

"Por lo mismo, no basta para proponer formalmente un cargo en casación por la causal primera, expresar que se interpone por infracción de numerosas disposiciones de derecho sustancial, si al propio tiempo no se indica concretamente, y no de un modo general, cuál es la norma violada y el concepto en que lo ha sido, si por omisión, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. 'El deber que tiene el impugnante de indicar con precisión las disposiciones legales que pretende fueron violadas por el sentenciador, no se cumple haciendo enunciaciones generales, como es la cita que el recurso contiene de numerosos artículos del Código Civil. Tal forma de acusación es inoperante' en cuanto ciertamente le cae la tacha de imprecisión en la cita de los textos legales" (casación de fecha de ayer, en juicio de Elru Newball contra el Municipio de Bogotá).

"c) Que si el punto inicial de la acusación fuere el error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, se alegue sobre ello por el impugnante, individualizando el medio mal apreciado y demostrando el error mismo, el cual para asumir entidad en casación tiene que consistir: o bien en que el sentenciador no haya visto la prueba que obra en el juicio; o bien, haya supuesto la que no existe en él, hipótesis ésta en que cabe el caso de haber desfigurado la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, lo que lógicamente implica el suponer un medio de convicción que no existe.

"d) Que si la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, además de singularizar éste, se indique la norma de derecho determinativa del mérito o demérito de ese medio que se pretende mal estimado por el juzgador, ya por haberle negado el valor probativo que la ley le asigna, ya por haberle atribuido uno que ésta no le otorga. En suma: No es posible demostrar el error de derecho *en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto. 'Ello está en ajustada correspondencia con el artículo 63 del decreto, según el cual la demanda en el recurso debe, entre otros requisitos, 'expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo,* indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella'. *Entonces,* indicar en forma clara y precisa *el fundamento de una censura cuyo punto de partida consiste en la lesión del derecho probatorio, implica ciertamente la necesidad de señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida, para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial'* (providencia de 16 de junio de 1966, en juicio del menor Juan Carrillo, contra la sucesión de Juan Pabón, aún no publicado en la *Gaceta Judicial*).

"4. Y como consecuencia de los imperativos contemplados en los dos últimos ordinales de la enumeración que antecede, la doctrina enseña:

'Que, en principio, no es dable en el recurso extraordinario configurar un cargo por error de hecho y de derecho conjuntamente en la estimación de una misma prueba, y

'Que no procede acusar a través del planteamiento global el problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una evidencia diferente a la que el juzgador de instancia se formó' (Auto de fecha 3 de noviembre de 1966 en el juicio de Napoleón Castillo contra Evangelino Hernández y otra, aún no publicado)".

IV. Con fundamento en los antedichos criterios, lo primero que se observa es la falta de técnica en que incurre la censura que aquí se estudia, al denunciar simultáneamente errores de hecho y de derecho presuntamente cometidos por el Tribunal en la apreciación de unos mismos medios probatorios, por lo cual habrá de despacharse por uno solo de tales caminos: por el que sea menos impropio a las pretensiones del recurrente; dilema que en el caso se facilita como quiera que éste, pecando también contra la preceptiva de la causal invocada, al acusar el pretendido error de derecho omite demostrarlo y hasta indicar siquiera las normas sobre pruebas de cuya confrontación con éstas pudiera establecerse si el sentenciador les dio o les restó a las mismas el mérito que legalmente les corresponde.

V. Queda así reducido el punto de partida del cargo al error de hecho en que, según el censor, habría incurrido el Tribunal por haber ignorado los escritos de desistimiento de que se trata, o parte de su contenido, por lo cual no hubiera visto que tal desistimiento no fue puro y simple, sino "condicionado" por la reserva que en las dos oportunidades hizo el desistente de su derecho de volver a instaurar las acciones ventiladas en los juicios anteriores.

VI. Ahora bien, al relacionar en esta providencia el fallo acusado quedó visto que en él se describe pormenorizadamente el desarrollo de los dos juicios de que el actor desistiera antes de iniciar el presente, descripción que contiene y hasta transcribe el texto de los aludidos escritos de desistimiento, con expresa inclusión de las reservas hechas por el desistente. Es más: uno de los fundamentos principales del fallo consiste cabalmente en la improcedencia de tales reservas a la luz del derecho sustantivo.

Significa lo anteriormente dicho que es del todo infundada la afirmación del censor en el sentido de que el Tribunal hubiera dejado de ver los documentos en cuestión, o la de que hubiera cercenado el contenido objetivo de los mismos, incurriendo así en un típico "error de hecho manifiesto", como lo requiere la preceptiva del recurso. Por el contrario, lo que resulta evidente de la simple lectura del fallo acusado es que el Tribunal sí apreció en toda su plenitud objetiva los referidos documentos y que de ellos dedujo las consecuencias jurídicas que estimó pertinentes.

VII. En consecuencia, elegida por el censor la vía indirecta para acusar en casación el quebranto de ciertas leyes en cita, y encontrándose falla la censura en su punto de partida, la demostración de un error de derecho o de un manifiesto error de hecho en la apreciación probatoria, dicha censura no puede prosperar, porque como es bien sabido y se ha declarado nuevamente en esta providencia, la Corte no puede variar el camino trazado para el recurso. Así, en este caso, no podría entrar a resolver si el Tribunal interpretó o no adecuadamente las normas legales que se dicen violadas, ni si las aplicó o no debidamente, pues ello equivaldría a imaginar un cargo por quebranto directo que no le ha sido propuesto.

Resolución

En mérito de las razones anteriormente 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 Ibagué el 16 de octubre de 1963, en el juicio ordinario seguido por Joaquín Díaz contra la sucesión de Casiano Cardoso Gómez.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

SIMULACION

Prevalencia de la voluntad real sobre la expresión material. — En la simulación hay un solo acto en dos declaraciones, una eficaz entre las partes, la otra no.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 30 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia discutida y aprobada según Acta número 58 de fecha 21 de los corrientes).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Ismael Huérfano, frente a los herederos de Rodolfo Cadena y otros.

Los antecedentes

Por Escritura Pública número 225, otorgada en la Notaría de Ventaquemada el 7 de septiembre de 1943, Ismael Huérfano transfirió a título de venta a sus hijos Donato y Santiago Huérfano el dominio de un terreno ubicado en la vereda de Boquerón, Municipio de Ventaquemada, denominado "La Moya" y alindado como se indica en la demanda. En el otorgamiento de la precitada escritura compareció Rodolfo Cadena, quien manifestó "que hace esta compra para los menores Donato Huérfano y Santiago Huérfano, esto por haber hecho la compra con dinero exclusivo de los menores y que el terreno será repartido por partes iguales". Rodolfo Cadena falleció el 8 de mayo de 1958.

El litigio

Ismael Huérfano citó ante el Juzgado Civil del Circuito de Tunja a los herederos de Rodolfo Cadena, "fallecido y representado por herederos inciertos", a Donato y a Santiago Huérfano para que, por los trámites de la vía ordinaria, "se decrete la nulidad del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 225, de 7 de septiembre de 1943, de la Notaría de Ventaquemada, por medio de la cual Ismael Huérfano transfirió a título de venta un inmueble a sus hijos Donato Huérfano y Santiago Huérfano siendo menores de edad".

Emplazados los "herederos inciertos" de Rodolfo Cadena y notificados personalmente los otros demandados, de éstos solamente Donato Huérfano dio respuesta al libelo de la demanda, oponiéndose a ella. En cuanto a los hechos explica que, en contra de lo expresado en el instrumento público en que consta la compraventa cuya nulidad impetra el actor, dicho demandado no le dio a Rodolfo Cadena dinero alguno para el pago del precio del contrato, como tampoco autorizó a éste para la celebración del mismo, "lo que ocurrió fue que el señor Cadena verificó esa compra y les hizo donación irrevocable a los menores nombrados y lo hizo con dinero propio". A manera de excepciones propuso "la de inexistencia del contrato de compraventa efectuado entre Ismael Huérfano y los menores Donato y Santiago Huérfano", la consistente en "todo hecho que destruya la acción" y la de pleito pendiente.

El primer grado del juicio culminó con sentencia en la cual se declaró la nulidad del contrato suplicada en la demanda, se ordenó la cancelación de la respectiva escritura pública y del registro de la misma, se declararon no probadas las excepciones propuestas por uno de los demandados, y se condenó a éstos al pago de las costas del juicio.

A virtud de apelación interpuesta por el demandado Donato Huérfano, surtióse el segundo grado que culminó con la sentencia del Tribunal de Tunja de fecha 6 de mayo de 1964, por la cual se revoca la del juez del conocimiento y, en su

lugar, se absuelve a los demandados de las súplicas de la demanda y se condena en costas a la parte actora.

La motivación del fallo del Tribunal

A vuelta de relacionar los antecedentes y el desarrollo del juicio hasta el momento, el Tribunal formula las consideraciones que a continuación se sintetizan:

Encuentra plenamente establecido que Donato y Santiago Huérfano son hijos legítimos de Ismael Huérfano, como también que aquéllos en la fecha del contrato cuya declaración de nulidad se impetra eran menores de edad; que dicho contrato reúne los requisitos de la ley, aunque la escritura que lo contiene no fue allegada a los autos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 636 del Código Judicial, pese a lo cual el juez ordenó tenerla como prueba sin reclamación de la contraparte; que es indudable que el referido contrato de compraventa debe entenderse como celebrado entre los nombrados padre e hijos, pues, así lo confirma la manifestación hecha en el instrumento por el intermediario Rodolfo Cadena de que él compra para los menores con dineros de éstos, a quienes se les repartirá el terreno materia de la negociación.

De lo anteriormente dicho concluye el Tribunal que se encuentra acreditado el hecho constitutivo de la nulidad invocada, por lo cual es procedente indagar si también aparece demostrado algún hecho exceptivo enervante de la acción. A este respecto observa que en los autos obran las posiciones rendidas por Ismael Huérfano a solicitud de su hijo Donato en las cuales el deponente declara: que no hubo contrato de compraventa, sino una donación en la que Rodolfo Cadena actuó como curador de los menores por insinuación del Notario de Ventaquemada; que, por lo mismo, tampoco hubo precio ni pago de dinero alguno por el nombrado Cadena, y que el absolvente otorgó la escritura en cuestión para dejarles a sus hijos "de una vez lo que les debía tocar", lo que hizo por temor de morir y "de dejar a éstos sin modo de ganarse la vida".

Calificadas las precitadas declaraciones del actor como confesión de parte, no desvirtuada en el juicio, concluye el sentenciador que "en realidad no hubo contrato de compraventa, sino una donación que les hizo el padre a sus hijos por intermedio de un tercero", o sea que se estructura el fenómeno de la simulación, alegable por vía de acción o de excepción, según lo tiene declarado la jurisprudencia de la Corte, por lo cual es el caso de rectificar el criterio consignado en el fallo de la primera instancia acerca de que en el caso de autos el mencionado fenómeno debía proponerse por vía de reconvención, pero no a manera de excepción.

Desentrañada la simulación, concluye el sentenciador que ha de desestimarse la súplica de declaración de nulidad del contrato de compraventa que "no tuvo existencia jurídica porque las partes así lo convinieron", como tampoco es pertinente abocar el estudio de los requisitos propios de la oculta donación, comoquiera que la demanda solamente se refiere a la nulidad de aquel otro acto aparente.

La impugnación del fallo

Interpuesto por el actor el recurso extraordinario de casación contra el precitado fallo, fúndalo en demanda que contiene cuatro cargos en el ámbito de la causal primera, los que se transcriben textualmente en gracia de su claridad y concisión.

"Primera. La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa. Al efecto, el fallador desconoce la existencia del artículo 1852 del Código Civil que prohíbe categóricamente la venta entre el padre y el hijo de familia, entendiendo por tal el que no está emancipado, de lo cual no hay prueba en el expediente.

"Segunda. Es igualmente esta sentencia violatoria de la ley sustantiva por no aplicación del artículo 1458 del Código Civil que declara nula la donación que no se insinúa, al menos en el exceso de dos mil pesos. El honorable Tribunal aceptó la donación sin limitación alguna y desatendió el precepto citado.

"Tercera. Es también la sentencia violatoria indirectamente de la ley, por no haber negado el valor probatorio a las posiciones absueltas por el demandante, y haberles, en cambio, atribuido el carácter de plena prueba; en esta forma quebrantó el artículo 615 del Código Judicial y de rechazo del artículo 1766 del Código Civil.

"Dice el artículo 615 del Código Judicial que a la diligencia de absolución de posiciones debe concurrir un testigo de la confianza del absolvente si éste no sabe leer; en tal diligencia aparece la constancia de que Ismael Huérfano no sabe leer y sin embargo no se le exigió la designación del testigo de su confianza, lo que viola el rito procesal.

"Esta apreciación errónea de la prueba, que constituye error de derecho en el fallador, lo induce a aceptar la simulación hiriendo de rechazo

el artículo 1766 del Código Civil, que jurisprudencialmente da validez a los pactos secretos.

"Cuarta. Descartada la prueba de las posiciones, porque no tienen el valor legal que la ley les asigna en virtud de la omisión, el fallador infringe también indirectamente el artículo 1450 del Código Civil que prohíbe presumir la donación entre vivos".

Consideraciones de la Corte

Por razones de orden lógico las censuras de la demanda se despachan como seguidamente se expresa:

Cargos tercero y cuarto

I. Visto está que éstos estriban en un error de derecho que se le imputa al Tribunal en la valoración de la confesión del actor, resultante de las posiciones absueltas por él mismo con infracción del artículo 615 del Código Judicial, que prescribe la concurrencia al acto de un testigo de la confianza del absolvente cuando éste es analfabeto, rito que dejó de observarse en la diligencia de autos. En el sentir del recurso, tal confesión no puede ser tenida como prueba, al contrario de lo que hiciera el sentenciador, quien por esto quebrantó el citado artículo procesal y, de contragolpe, el 1766 del Código Civil "que jurisprudencialmente da validez a los actos secretos" (cargo tercero), y el 1450 *ibídem* "que prohíbe presumir la donación entre vivos" (cargo cuarto).

II. Cierto es que en el acta de la diligencia de absolución de posiciones rendidas en este juicio por el actor Ismael Huérfano no se expresa que a ella hubiera concurrido un testigo de la confianza del deponente analfabeto, como lo manda el artículo 615 del Código Judicial, de donde se infiere que este rito dejó de observarse en la mencionada diligencia.

III. Mas, admitido tal supuesto, lo cierto es que las censuras en examen no pueden prosperar por dos razones, entre otras:

En primer término la irregularidad en cuestión no fue tratada ni discutida hasta ahora, lo que también pugna con la preceptiva del recurso de casación que proscribe el empleo de medios nuevos, entendidos éstos como armas tomadas del campo de la situación fáctica *sub lite* y no esgrimida anteriormente en las instancias.

Importa relievar, en segundo lugar, que el artículo 615 del Código Judicial, al requerir la presencia de un testigo en la diligencia de absolución de posiciones del analfabeto ni siquiera alude al valor probatorio del medio producido sin ese requisito procedimental, por lo cual resulta impertinente la cita de dicho texto para deducir de él un posible yerro de derecho precisamente en punto de valoración probatoria.

IV. Fallido así el punto de partida de los cargos tercero y cuarto de la demanda por las varias razones preindicadas, tales censuras no pueden prosperar, pues la demostración del error de derecho en materia probatoria constituye presupuesto indispensable para la indagación del posible quebranto de leyes sustanciales cuando el recurso elige la vía indirecta, por aquel motivo, para acusar este quebranto.

Primer cargo

I. Reza el artículo 1852 del Código Civil "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, y entre el padre y el hijo de familia".

La censura estima infringida esta norma al no haber sido aplicada por el Tribunal en el caso *sub lite*, en el que precisamente se ventila la nulidad de un contrato de compraventa celebrado entre padre y dos hijos suyos menores de edad.

Pero, el cargo pasa por alto el fundamento del fallo que determinó la no aplicación del referido texto legal, consistente en que el Tribunal encontró plenamente establecida una simulación relativa, en virtud de la cual la compraventa declarada en la escritura otorgada por las partes encubría una verdadera donación entre las mismas, de donde concluyó el sentenciador que el precepto sustantivo en cuestión, propio del tipo contractual ostensible, no era pertinente al caso por no existir realmente dicho contrato aparentado.

Esta deficiente actitud del recurso condena al fracaso la censura en examen, porque es bien sabido y repetido que, en técnica de casación, la Corte no puede infirmar un fallo que ofrezca fundamento suficiente de lo en él decidido, si este fundamento ha de subsistir, ora por no haber sido atacado en el recurso, ora por haberlo sido sin el éxito buscado por éste.

Pese a lo dicho, el cargo ofrece oportunidad para rectificar, sólo por vía de doctrina, el criterio del Tribunal en lo que toca con la ubicación que éste le da al fenómeno de la simulación en el campo de la inexistencia de los actos jurídicos, al cual es extraño.

II. *En la concepción de nuestro Código Civil, tomada de sus varios modelos y hasta ahora dominante en el Derecho Occidental, el acto jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos de derecho, y en la cual el elemento síquico o interno prevalece sobre su declaración o elemento externo en forma que aquél no puede faltar; que en caso de discrepancia prima sobre éste, y que, además, dicho elemento interno constituye el criterio supremo para la interpretación del externo.*

III. *Dentro de esta concepción clásica, el fenómeno de la simulación y los efectos que produce, a lo menos entre las partes, se explican clara y naturalmente por la prevalencia que se les atribuye a la voluntad real de éstas, expresada en dicho fenómeno a través de dos declaraciones parciales y hasta antagónicas entre sí, pero que están vinculadas por un solo propósito jurídico cual es el de regular los intereses en juego de las partes mediante tales declaraciones que, por esto, son igualmente queridas, vale decir, dotadas del indispensable elemento síquico que ellas traducen y que las ubica dentro de la noción ya definida del acto jurídico.*

IV. *Por tanto, la simulación y sus referidos efectos* inter partes *no requieren en nuestro ordenamiento buscar asidero en conceptos ajenos a la estructura lógica del acto jurídico, cuyo frecuente empleo ha sido fuente de errores doctrinales, sin que también dé soluciones desacertadas. Así, en la simulación no se configura hipótesis de falta del consentimiento o de la causa, bien sea que esta última se entienda como un elemento objetivo de los contratos según la teoría de Domat, bien sea que se la identifique con los móviles o motivos determinantes de la actuación jurídica según lo hace nuestra legislación. Ni es tampoco tal fenómeno una invención artificiosa de la doctrina y la jurisprudencia extraída del artículo 1766 del Código Civil, el que apenas sí consagra corolarios lógicos de la concepción general de la ley acerca de las relaciones entre la voluntad intrínseca y su exteriorización. En fin, como ya lo tiene declarado la Corte en reciente jurisprudencia, la simulación tampoco implica una combinación de dos actos jurídicos distintos, cada cual dotado de su propio elemento síquico expresado en una declaración independiente de la del otro de tales actos, como lo supone la teoría dicha del acto aparente y el oculto (*lettre *y* contre lettre*), teoría ésta que se detiene en el aspecto exterior del problema sin penetrar en la investigación de su contenido intencional predominante, quizá por haber sido elaborada ella en tiempos impropios para la indagación y valoración jurídica de factores considerados entonces como del impenetrable fuero interno de las personas* (casación de 16 de mayo de 1968. Juicio de Marcelino Rodríguez contra Rodrigo Arango, aún no publicado).

V. *Dicho está que, en punto de las relaciones entre la voluntad (elemento interno) y su declaración (elemento externo) en los actos jurídicos, nuestro Código Civil inspirado en la tradición latina predominante en el Derecho Occidental, se inclina decididamente por la tesis de la prevalencia de la primera sobre la segunda* (prior atque potentior quanm vox est mens dicentis), *con todas las implicaciones y consecuencias que de tal tesis derivan, vistas y declaradas ya en su mayor parte por los jurisconsultos romanos desde época temprana y empleadas por ellos en su lucha tenaz contra el formalismo simbolista del Derecho arcaico: no puede existir acto jurídico en que falte la voluntad real de los agentes; ni puede subsistir aquél cuando la declaración se aparte fundamentalmente de dicha voluntad, debido a factores extraños que desvíen el proceso síquico, como el error, el dolo y la fuerza determinantes; en caso de discrepancia entre la intención real y su expresión, el intérprete debe preferir aquélla, etc.*

A demostrar el anterior aserto no precisa el recuento de las numerosas disposiciones del Código que destacan el papel primordial que en los actos jurídicos de toda especie desempeñan los factores sicológicos que en ellos intervienen, tales como la aptitud natural o el discernimiento, la voluntad o consentimiento, el ánimo, la intención, los móviles determinantes, etc. Para ello basta el análisis del artículo 1502 que, al formular la enumeración de los requisitos para la existencia y la validez de los actos jurídicos, en general, resume todo el sistema desarrollado por aquellas disposiciones. Reza textualmente: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

"1º Que sea legalmente capaz;

"2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;

"3º Que recaiga sobre un objeto lícito;

"4º Que tenga una causa lícita".

A poco que se fije la atención en el texto transcrito hay que concluir inexorablemente que éste, a la vez, condena expresamente la tesis de

la prevalencia de la declaración sobre la voluntad real, hoy en boga en el pensamiento germánico, y consagra, en la misma forma, la primacía de esta voluntad. Lo primero, porque el texto comienza diciendo: "Para que una persona se obligue a otra por un acto *o* declaración *de voluntad, es* necesario *..." Luego el sólo* acto *(aparente) o* declaración *no es suficiente para que se produzcan los efectos propios de los actos jurídicos. Además,* es necesario *que a dicha declaración se le unan otros requisitos, en su mayoría de índole sicológica. Así, el numeral 2º requiere la existencia del* consentimiento *y que éste sea* sano *para que la declaración pueda ser eficaz. Por consiguiente, si el agente a quien dicha declaración se imputa no ha consentido en ella, no existe acto jurídico para él. La exigencia de que este consentimiento o voluntad sea* sano *implica la necesidad de valorar el* iter *sicológico o interno de la actuación para determinar si éste se ha desarrollado normalmente, o si, por el contrario, registra interferencia de factores extraños, como el error, el dolo o la fuerza, que conduzcan a decidir si tal actuación alcanzó o no el grado suficiente de libertad y de conciencia requerido por la ley.*

En el mismo orden de ideas, el numeral 1º del artículo comentado requiere la capacidad legal *de los agentes y, como es sabido, este requisito, en la mayoría de los casos, se endereza a excluir del comercio jurídico a las personas que, por deficiencias sicofísicas, no se reputan aptas para realizar un acto volitivo normal. De suerte que la determinación de este aspecto ordinariamente impone la necesidad de traspasar la apariencia material de los actos jurídicos y de ponderar factores sicológicos.*

Y el numeral 4º de la disposición requiere que la *causa* sea *lícita* (que también debe ser real); y, como "se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato", esta otra exigencia también implica la ponderación de elementos eminentemente subjetivos, como lo son esos móviles determinantes de la voluntad.

Redondea el sistema esbozado el artículo 1618 de la obra en cita, que, al sentar la regla de que "conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", ratifica con énfasis la tesis de que nuestra legislación indiscutiblemente consagra la prevalencia de la voluntad real de los agentes respecto de la expresión material de la misma.

VI. Con el preindicado entendimiento del sistema legal, se repite que el fenómeno de la simulación y su tratamiento *inter partes* encuentran su natural asiento en el mismo, sin necesidad de recurrir a ideas extrañas.

En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, que consiste en la permisión que el legislador les otorga a los particulares para que, mediante sus actos jurídicos, participen en la ordenación de las relaciones sociales, éstos quedan habilitados, dentro de los límites impuestos por el orden público, para determinar los efectos que dichos actos están llamados a producir, como también el alcance y las modalidades de los mismos. En este sentido, los agentes pueden elegir, en su caso, alguna de las formas típicas que la ley les ofrece como convenientes y abonadas por la experiencia para el desarrollo de la operación proyectada y de los intereses vinculados a ésta, o también pueden prescindir de todas ellas y adoptar una forma atípica mejor acomodada a sus propósitos.

Dentro de este amplio juego de la autonomía de la voluntad privada, puede ocurrir y el ordenamiento lo tolera que, también sin perjuicio de los dictados del orden público que comprende el respeto del derecho ajeno, los particulares realicen un acto jurídico complejo, con el propósito de crear una apariencia ante terceros, pero en sí misma ineficaz entre ellos.

Así planteado el fenómeno en su esquema general, es contrario a la realidad síquica que lo preside afirmar que la declaración aparentada carece de consentimiento y que, por ende, no existe, o que dicha declaración y la otra que los agentes desean mantener oculta y que ellos han convenido en que sea eficaz en punto de sus propias relaciones, sean dos actos jurídicos diferentes, cada uno de ellos dotado de un elemento anímico o intencional distinto e independiente. La realidad es otra: en el ejercicio de su autonomía, los agentes simuladores planean una sola operación jurídica, pero convienen en que el consentimiento único por ellos prestado se traduzca en dos declaraciones parciales: una llamada a regir efectivamente las relaciones negociales, al paso que la otra queda desprovista de esta virtualidad por la voluntad de las partes. Con otras palabras: en la simulación hay entre las partes un acto estructurado en dos declaraciones, acordadas ambas por los agentes, pero a una de las cuales éstos voluntariamente le restan eficacia, en el entendimiento de que, dentro de nuestro ordenamiento positivo, esa dicotomía, en cuanto lícita, está permitida y de que, en todo caso, su voluntad real habrá de prevalecer sobre el simple tenor de la declaración aparente (ver casación de mayo 16 de 1968, antes citada).

VII. Según lo enunciado, las precitadas rectificaciones doctrinarias no conllevan la prosperidad de la censura que es inane por las razones también ya expuestas.

Segundo cargo

I. El artículo 1458 del Código Civil, cuya infracción directa acusa esta censura, establece para las donaciones de valor superior a la suma de dos mil pesos una formalidad *ad substantiam:* la insinuación o autorización judicial para celebrarlas. Este requisito, determinado por la índole típica de beneficencia que tal contrato reviste, se endereza a evitar que el donante sufra empobrecimiento excesivo, llegue a convertirse en una carga para la socidad y pueda perjudicar también a sus asignatarios forzosos o a sus acreedores. Por esta última razón, la inobservancia del precitado requisito conlleva la nulidad absoluta del contrato.

II. Explica el censor que "el honorable Tribunal aceptó la donación sin limitación alguna y desatendió el precepto citado", afirmación que peca de inexactitud porque el fallo no "acepta", o sea que no se pronuncia sobre la validez del referido contrato, sino que se limita a verificar su existencia, con la advertencia expresa de que se abstiene de analizar los requisitos propios del mismo, por cuanto ello trasciende la litis-contestación que versa exclusivamente sobre la nulidad de la compraventa que se usó como cobertura para disimular la donación.

La Corte encuentra acertado este criterio del fallador, pues, por expresa disposición del artículo 593 del Código Judicial, aplicada reiteradamente por la doctrina, toda decisión judicial ha de ceñirse estrictamente al tema litigioso y a las pruebas de los hechos constitutivos del mismo.

Por tanto, en caso como el presente en que solamente se impetra en la demanda la nulidad de una compraventa y en que tal súplica aduce como motivo la incapacidad particular de las partes para celebrar ese contrato específico, establecida la simulación del mismo mal podía el sentenciador declarar la invalidez de otro contrato distinto, el oculto, y por motivos diversos del aludido. Proceder así equivaldría a modificar totalmente la relación jurídico-procesal.

III. Pero, aun en el supuesto de que lo anteriormente dicho no fuera así, la impertinencia de la censura se pone de manifiesto con la simple observación de que ésta pretende invocar la nulidad consagrada en el mencionado artículo 1458, sin que en los autos exista la más leve prueba del elemento axiológico en que ésta se funda, cual es el exceso del valor de la donación sobre el límite de dos mil pesos, pues ni siquiera está acreditado que el justo precio fuera superior al de ciento sesenta pesos estipulado en la compraventa simulada.

Resolución

En mérito de las razones anteriormente 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 6 mayo de 1964, proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio seguido por Ismael Huérfano contra los herederos de Rodolfo Cadena y otros.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

TRANSACCION

El estado civil de las personas no puede ser materia de transacción. — La transacción supone capacidad de las partes, su consentimiento exento de capacidad de las partes, su consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 13 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Aprobación: Septiembre 4 de 1968. Acta número 63).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 17 de octubre de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el ordinario de Francia Elena y María América Ospina frente a Jorge Enrique Velasco y otros.

I

Hechos antecedentes

1. Mediante la Escritura Pública número 538 de 28 de abril de 1953, otorgada en la Notaría Segunda de Palmira y registrada el 20 de octubre del mismo año, Francia Elena y María América Ospina aparecen cediendo al doctor Hernán Copete, vecino de Bogotá, por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) que declararon haber recibido a entera satisfacción, "la totalidad de los derechos que les correspondan o que puedan llegar a corresponderles en su calidad de herederos, como hijas naturales del doctor Francisco M. Sarria T., sobre todos y cada uno de los bienes que pertenezcan hoy o que lleguen a pertenecer en el futuro a la sucesión de éste, sin reserva alguna".

En dicha escritura se hacen además estas declaraciones: Que las cedentes son hijas naturales del doctor Francisco M. Sarria Tovar, quien falleció en Pradera (Valle) el 27 de marzo de 1949; que el juicio de sucesión de éste cursa en el Juzgado Segundo del Circuito de Palmira y que en él han sido reconocidos como herederos del causante, en su calidad de hermanos legítimos, los señores Jorge Sarria T., Esther Sarria de Valencia e Isaura Sarria T.; que las otorgantes adelantan en el mismo juzgado un juicio ordinario contra los hermanos del *de cujus,* encaminado a obtener que se les declare hijas naturales del mismo y se les reconozca su derecho a la herencia; y que facultan al cesionario para que se haga parte en dicho juicio y obtenga la declaración de filiación natural a favor de las exponentes, y una vez en firme esa declaración, intervenga en el sucesorio del nombrado doctor Sarria para que se haga reconocer como tal cesionario.

2. Por Escritura Pública número 539 de la misma fecha y de la misma Notaría, el doctor Hernán Copete, el doctor Jorge Enrique Velasco y los señores Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia, hacen estas declaraciones: Que la sucesión del doctor Francisco M. Sarria es dueña de la finca llamada "Holanda", en el Municipio de Pradera, Departamento del Valle, de unas trescientas (300) fanegadas, con casa de habitación y cultivos de caña de azúcar y pastos artificiales; que Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia e Isaura Sarria, fueron reconocidos en el juicio de sucesión intestado del doctor Francisco M. Sarria en su condición de hermanos legítimos del causante; que Isaura cedió sus derechos, por partes iguales, a sus hermanos Jorge y Esther, por Escritura número 553 de 5 de abril de 1950, de la Notaría Segunda de Palmira; que por la número 538 de 28 de abril de 1953, ya citada, el doctor Hernán Copete adquirió de Francia Elena y María América Ospina

los eventuales derechos que les pudieran corresponder como hijas naturales del nombrado doctor Francisco Sarria; que, consecuencialmente, la finca "Holanda" corresponderá, al terminar la sucesión del doctor Sarria y el juicio de filiación natural de las Ospinas, a Jorge y Esther Sarria de Valencia, como hermanos legítimos del causante, o al doctor Hernán Copete, como representante de los derechos de las Ospinas; que autorizando la ley la venta de bienes futuros y aun la de bienes ajenos, los nombrados Hernán Copete, Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia, ceden a título de venta y por igual valor recibido, a favor del doctor Jorge Enrique Velasco, "un derecho equivalente a ciento cuarenta mil pesos ($ 140.000.00) en dinero efectivo en la hacienda 'Holanda', a fin de que el cesionario doctor Velasco reciba dicha suma el día que se venda la finca de 'Holanda', una vez terminado el juicio de sucesión del doctor Sarria y una vez finalizado, con sentencia firme, el juicio que adelantan Francia Elena y María América Ospina Sarria, sobre filiación natural y petición de herencia"; que la cesión se hace libre del pago de todo impuesto, lo mismo que del pasivo a cargo de la sucesión, y de todo otro gasto que ocasione esta escritura y su registro, pues todas estas erogaciones corren por cuenta de los cedentes; que Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia ceden, a su vez, a título de venta, al doctor Hernán Copete, "el resto y todos los demás derechos que les corresponden y puedan corresponderles, en la hacienda 'Holanda', y en los demás bienes de la sucesión del doctor Francisco M. Sarria T., por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, que han recibido del comprador a su entera satisfacción", quedando el doctor Hernán Copete como cesionario de la totalidad de los derechos hereditarios radicados en la mencionada hacienda, con excepción del derecho cedido al doctor Velasco.

3. La Escritura número 539 relacionada en el punto anterior, no estaba registrada para la fecha de la demanda conque se inició el presente juicio, por faltarle el comprobante de pago del impuesto sobre sucesiones y por aparecer un embargo decretado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, según certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, fechado el 26 de noviembre de 1957 (folio 18 cuaderno 3). Dicha escritura vino a ser registrada el 20 de febrero de 1959 en el Libro número 1, Tomo 135, bajo Partida número 277, folios 307 a 310, y en el Libro número 2, Tomo 71, bajo Partida número 219, folios 180 a 182, por haberse pagado los impuestos fiscales de la sucesión del doctor Sarria y obtenido el consentimiento respectivo (folio 6 cuaderno número 5).

4. Se afirma en la demanda: Que el doctor Jorge Enrique Velasco fue apoderado de Francia Elena y María América Ospina en el juicio de filiación natural que éstas promovieron contra los herederos del doctor Francisco M. Sarria, y que dicho juicio terminó con sentencia de primer grado de fecha 10 de julio de 1953, favorable a las demandantes; que el nombrado doctor Velasco adelantó igualmente un juicio de filiación natural, en el Juzgado Segundo del Circuito de Palmira, contra los mismos herederos del doctor Sarria, para que se declararan hijos naturales del causante a los menores Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín, sobre quienes ejercía la patria potestad su madre natural, Marta Holguín; que en carta dirigida desde Bogotá por el doctor Hernán Copete al doctor Jorge Enrique Velasco, con fecha 3 de junio de 1953, le dice, entre otras cosas, que según lo acordado "para transigir las aspiraciones patrimoniales de los tres grupos interesados en la sucesión del doctor Sarria ... los ciento cuarenta mil pesos ($ 140.000) de la cesión hecha a favor de usted, serán distribuidos así: cincuenta y siete mil quinientos pesos ($ 57.500.00) para el grupo de las Ospina; cincuenta y siete mil quinientos pesos ($ 57.500.00) para los Holguín; y veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) para usted a título de honorarios por su intervención en todos los juicios y diligencias que sean necesarios para dejar definidos los litigios ... Sólo cuando estén decretados los desistimientos, hechos los reconocimientos de cesionarios, fallado favorablemente el juicio de filiación y determinados los impuestos fiscales, viajaré a Cali para celebrar la negociación de venta de la hacienda y hacer la distribución de su precio líquido según los respectivos derechos"; que los contratos contenidos en las Escrituras números 538 y 539 de 28 de abril de 1953, antes relacionadas, forman un solo todo y están destinados a configurar la transacción de que habla el doctor Copete en su carta al doctor Velasco, transacción celebrada entre Francia Elena y María América Ospina, por una parte, el doctor Copete, Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia por otra, y el doctor Jorge Enrique Velasco, por sí mismo y en representación de las citadas Ospina y de los menores Holguín; que la transacción versó sobre la totalidad de los derechos herenciales eventuales de los menores Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín y de Humberto Ospina Sarria, en la sucesión de su padre natural, doctor Fran-

cisco Sarria; que dichos menores no podían transigir por ser legalmente incapaces de disponer de los objetos comprendidos en la transacción; que, además existiendo entre los bienes de la herencia la finca rural llamada "Holanda", comprendida en la transacción, ha debido obtenerse autorización judicial para celebrarla y someterla luego a la aprobación del juez, como lo preceptúa el artículo 489 del Código Civil; que la transacción hecha por medio de apoderado exige poder especial y especificación de los bienes, derechos y acciones sobre que se transige, según el artículo 2471 del mismo Código; que en la transacción convenida, no obstante decirse que no versa sobre el estado civil de las personas, es lo cierto que dicho estado jugó papel esencial en ella, porque la transacción pactada operó así: Francia Elena Ospina y María América Ospina obtuvieron el reconocimiento como hijas naturales en primera instancia y los opositores desistieron de la apelación, ejecutoriándose la sentencia; Humberto Ospina, que era menor en la fecha de la transacción y que estaba reconocido como hijo natural del causante en fallo de primer grado, renunció al reconocimiento judicial una vez que alcanzó la mayor edad, desistiendo del juicio de filiación natural; y los menores Holguín también renunciaron a su estado civil de hijos naturales del doctor Sarria, desistiendo de la acción correspondiente, desistimiento presentado por su apoderado, doctor Velasco; que la mencionada transacción no surtió efectos porque el doctor Hernán Copete y los hermanos Jorge y Esther Sarria, incumplieron el contrato celebrado con el doctor Velasco, de que trata la Escritura número 539, al no pagar los impuestos sucesorales, y porque falló la condición del desistimiento del juicio de filiación natural de los Holguín, por la decisión del Tribunal que lo declaró nulo; y que el doctor Hernán Copete murió en Bogotá en 1954 y en la partición de los bienes sucesorales se adjudicó a su heredero, doctor Alvaro Copete Lizarralde, la totalidad del interés de su padre en el juicio de sucesión del doctor Francisco M. Sarria T.

II

La demanda

Con fundamento en los hechos que se dejan relacionados, Francia Elena y María América Ospina demandaron: al doctor Jorge Enrique Velasco, vecino de Palmira; a los menores Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín, representados por su madre natural Marta Holguín, vecinos de Cali; a Jorge Sarria y a Esther Sarria de Valencia, también vecinos de Palmira y al doctor Alvaro Copete Lizarralde, vecino de Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se declarase nulo el contrato de transacción celebrado entre "el doctor Hernán Copete, Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia, el doctor Jorge Enrique Velasco en su propio nombre y como apoderado de Francia Elena Ospina y María América Ospina y de los menores Humberto Ospina, Armando Holguín, Ramiro Hernán Holguín, Francisco José Holguín y Alvaro Tulio Holguín", a que se refieren las Escrituras números 538 y 539 de 28 de abril de 1953, de la Notaría Segunda de Palmira, "por inobservancia y violación de las leyes que favorecen a los menores de edad para celebrar transacciones sobre bienes raíces, como también por la insuficiencia del poder y por estar vinculada la transacción en sus estipulaciones al estado civil de las personas, lo cual está prohibido por las leyes"; que, en consecuencia, Francia Elena y María América Ospina son dueñas exclusivas de los derechos que dijeron enajenar al doctor Hernán Copete por la Escritura número 538 citada; y que se condenase a los demandados al pago de los perjuicios causados, y se ordenara la cancelación en el protocolo de los instrumentos atacados, y la de su registro en la oficina correspondiente.

Subsidiariamente pidieron que se declarase resuelta la transacción "por haber fallado el cumplimiento de la condición del desistimiento del juicio de los menores Holguín ya citados por la decisión del Tribunal Superior de Cali; y por no haber pagado el doctor Copete, Jorge y Esther Sarria los impuestos y el pasivo herencial a que se obligaron en la Escritura número 539, que impidió su registro".

Como consecuencia de esta declaración subsidiaria, también pidieron que se reconociese que Francia Elena y María América Ospina son dueñas de los derechos que dijeron enajenar al doctor Hernán Copete por medio de la Escritura número 538 varias veces citada; que se condenase a los demandados al pago de los perjuicios causados por la resolución del contrato y se cancelasen las escrituras y los registros respectivos.

Posteriormente la parte actora corrigió la demanda para dirigirla, además, contra Inés Alvarez de Sarria y Luis Enrique Valencia Sarria, y para que se declarase también sin efecto el contrato contenido en la Escritura número 2787 de 3 de agosto de 1956, de la Notaría Primera de Bogotá, "celebrado entre el doctor Alvaro Cope-

te Lizarralde, por una parte, y la señora Inés Alvarez de Sarria y Luis Enrique Valencia Sarria, por otra parte, obligándose las nombradas personas a restituir a Francia Elena y María América Ospina Sarria los derechos de que trata la Escritura 2787 ya citada, y que ordene a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y a la Notaría Primera de Bogotá, las cancelaciones tanto de la escritura como de la nota del registro".

Corridos los traslados de rigor Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia y Jorge Enrique Velasco se opusieron a que se hiciesen las declaraciones solicitadas; el doctor Alvaro Copete Lizarralde manifestó que no le constaban la mayor parte de los hechos afirmados en la demanda; el apoderado de los menores Holguines dijo que sus asistidos habían sido completamente extraños a la transacción y que desautorizaron la gestión del doctor Velasco, quien fue su apoderado; y éste dio la siguiente explicación:

"El doctor Rafael Navia Varón promovió simultáneamente contra la sucesión del doctor Francisco M. Sarria T., en esta ciudad, dos juicios de filiación natural, estando ya el juicio de sucesión en curso: uno en representación de Francia Elena, María América y Humberto Ospina; y otro en representación de Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín, hijos de Marta Holguín.

"Estos dos juicios los promovió así el doctor Navia Varón, porque ambos grupos de hijos de distintas madres, estaban de acuerdo.

"Posteriormente el doctor Rafael Navia Varón me sustituyó los poderes con que él actuaba, con todas las facultades que le habían sido conferidas.

"Esos dos juicios avanzaban con todas las dificultades que en el curso de los procesos se iban presentando: incidentes, período probatorio, apelaciones, etc.

"En el mes de abril de 1953 llegó a Cali el doctor Hernán Copete, prestigioso jurisconsulto, residente en Bogotá. A los pocos días recibí una carta breve en donde me daba su saludo, pues éramos amigos y me manifestaba su deseo de conversar conmigo. Había venido para arreglar con el Municipio de Cali sus gestiones ante la Corte Suprema en un pleito sobre terrenos del Municipio.

"En la conferencia me dijo lo siguiente: 'Mi amigo y condiscípulo Jorge Sarria, ha aprovechado mi venida a Cali para pedirme le dé mi concepto y mi consejo acerca de los dos juicios de filiación natural que usted lleva en Palmira contra la sucesión de su hermano. Yo me enteré ya de esos dos expedientes y mi opinión ha sido ésta: ambas partes están dándole a ganar a la nación esos juicios. Porque esos son juicios ordinarios, es decir, los de más larga tramitación, de largo y complicado proceso. Segunda instancia y Corte Suprema. De 6 a 7 años. Mientras tanto los impuestos se comen la herencia. Más todas las deudas que dejó el causante. Entonces ¿por qué no se propicia una transacción, un arreglo? El señor Sarria me manifestó que por parte de ellos no habría inconveniente'.

"Yo le manifesté al doctor Copete al ser preguntado en el sentido de saber cuánto podría ser el precio de la transacción, que sin hacerse cargo los actores de ningún pasivo fiscal y particular, ni de ningún gasto, no recibirían menos de $ 140.000.00 sobre la base del precio entonces de $ 2.000.00 la plaza y que esto lo sometería a consulta.

"Después de consultar con el señor Luis Holguín, quien manejaba entonces y ha manejado este asunto por parte de ambos grupos, primero, y después por el de sus sobrinos Holguín, expuestas todas las circunstancias operantes, fue aceptada la transacción. Para llegar a su práctica se estudiaron varias fórmulas con las cuales se concluyera lo más pronto, obviando lo más posible todos los obstáculos. La fórmula definitiva fue la siguiente: reunir en una sola persona el poder de disponer del predio 'La Holanda' para poder negociarlo y pagar el precio de la transacción.

"Fue así como Francia Elena y María América Ospina cedieron sus derechos al doctor Hernán Copete y lo mismo hicieron Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia e Isaura Sarria T., hermanos del causante, por las Escrituras números 538 y 539 de 1953.

"Como con Humberto Ospina y los Holguín se presentaba la dificultad de ser menores, se convino en el desistimiento por parte de ellos, de sus pretensiones económicas, ante el órgano judicial, pues en el monto de la transacción quedaban comprendidos sus intereses económicos".

El juez del conocimiento profirió su fallo de 30 de septiembre de 1958, mediante el cual resolvió:

"Primero. Declarar probada la excepción perentoria de 'inexistencia de la transacción' alegada por el doctor Rafael Navia Belalcázar en libelo de 23 de abril de 1957.

"Segundo. Abstenerse de declarar la nulidad solicitada por el doctor Hernando Navia Varón, como apoderado de las señoritas Francia Elena y María América Ospina, en su libelo de demanda y, abstenerse igualmente, de declarar la nulidad de la Escritura número 2787 de 3 de agosto de 1956, Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

"Tercero. Absolver a los demandados de los cargos que les fueron formulados en la demanda.

"Cuarto. Declarar que queda a salvo el valor de las Escrituras números 538 y 539 de abril 28 de 1953 de la Notaría Segunda de esta ciudad, y la número 2787 de 3 de agosto de 1956, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, como el derecho de impugnar tales escrituras por quien tenga interés en ello.

"Quinto. Decretar la cancelación del registro de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito para cuyos efectos se librará el respectivo oficio.

"Sexto. Igualmente se decreta la cancelación de la fianza otorgada en el presente juicio.

"Costas a cargo de la parte demandante".

Las actoras apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali al decidir el recurso, reformó la sentencia de primer grado mediante fallo de 17 de octubre de 1963, en la forma siguiente: negó las peticiones, principal y subsidiaria, de la demanda, y confirmó los puntos tercero, cuarto, quinto y sexto de lo resolutivo de la sentencia del juzgado, condenando en costas a la parte apelante.

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

III

Consideraciones de la sentencia impugnada

Se refiere el fallo a las acciones de nulidad y de simulación, y advierte que son diferentes según la doctrina. Dice que en el *sub lite* no se ejercitó la acción de simulación respecto de las cesiones contenidas en las Escrituras números 538 y 539 de 28 de abril de 1953, sino la de nulidad de tales actos considerándolos como integrantes de un solo contrato de transacción, nulidad que se hace consistir en la inobservancia y violación de las leyes que favorecen a los menores de edad en la celebración de transacciones sobre bienes raíces en la insuficiencia del poder con que obró el doctor Jorge Enrique Velasco, y en la circunstancia de estar vinculada esa transacción al estado civil de las personas.

Analiza el Tribunal el contenido de las Escrituras 538 y 539 citadas y dice que tales actos "sobre cesión de derechos herenciales a título de compraventa son contratos principales, que tienen entidad jurídica por sí mismos" y que, por tanto, no es acertado clasificarlos como "contratos medios"; que, además, son independientes entre sí, pues "si bien en la Escritura número 539 de 28 de abril de 1953 se indicó el título por el cual el doctor Hernán Copete adquirió los derechos que le cedieron las señoritas Francia y María América Ospina, o sea la Escritura número 538 de 28 de abril de 1953, tal referencia no establece relación alguna de dependencia entre tales convenciones".

Expresa también el fallo acusado que la nulidad no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que existen realmente y que no habiéndose presentado "la prueba de que hubiera tenido una real formación el contrato de transacción que, se afirma, fue celebrado entre el doctor Hernán Copete, Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia, el doctor Jorge Enrique Velasco en su propio nombre y como apoderado de Francia Elena Ospina y María América Ospina y de los menores Humberto Ospina, Armando Holguín, Ramiro Hernán Holguín, Francisco José Holguín y Alvaro Tulio Holguín, y según la corrección de la demanda, la señora Inés Alvarez de Sarria y el señor Luis Enrique Valencia Sarria, la Sala de Decisión del Tribunal no encuentra base para entrar a examinar las nulidades que se afirma existieron en la celebración de la transacción expresada.

"Por tanto —continúa el Tribunal— carece de fundamento la nulidad de la transacción demandada, y consecuencialmente no existe base para hacer las declaraciones de que trata la súplica primera de la demanda".

Respecto de la petición subsidiaria pone de presente el fallo acusado que para obtener la declaración de resolución, lo mismo que la de nulidad de un contrato, es indispensable empezar por acreditar en forma legal la celebración del mismo, y que el actor "no presentó la prueba de que hubiera tenido una real formación el contrato de transacción que, se afirma, fue celebrado entre el doctor Hernán Copete y los demandados; ni que de tal contrato dependieran las convenciones contenidas en las Escrituras números 538 y 539 de 28 de abril de 1953 de la Notaría Segunda de Palmira. Por el contrario,

se estableció que los contratos contenidos en las Escrituras números 538 y 539 mencionadas eran convenciones principales, sin relación alguna de dependencia entre sí".

Concluye la sentencia que no existe fundamento para examinar los hechos que se invocan para la resolución del contrato y que siendo independientes las cesiones contenidas en las Escrituras números 538 y 539 citadas, "las causales de incumplimiento que pudieran existir en uno de tales contratos, ninguna influencia tienen sobre el otro", y "cada una de las partes que figuran como cedentes y cesionarios, en los contratos expresados tienen su acción, independientemente, para alegar las causales de resolución que puedan existir; pero los motivos de resolución que puedan existir en uno de los contratos, ninguna influencia tienen sobre el otro".

IV

La impugnación

Con fundamento en la causal primera de casación, se hacen los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal:

a) Violación directa del artículo 2473 del Código Civil y quebranto indirecto del mismo artículo por error de hecho en cuanto el Tribunal "desestimó las pruebas que demuestran la transacción celebrada por los demandados con los demandantes sobre el estado civil de éstas";

b) Violación directa de los artículos 2470 y 2471 del mismo estatuto y 1º de la Ley 67 de 1930, y

c) Quebranto, también directo, del artículo 1546 del referido Código Civil.

a. Dice el recurrente que el estado civil de hijas naturales de Francia Elena y María América Ospina Sarria, fue materia de negociación y se definió para hacer efectivos los contratos otorgados por las Escrituras números 538 y 539 de 28 de abril de 1953; que "esos contratos son nulos porque la transacción que en ellos existe, o cualquiera otra forma específica con que se les llame, versa sobre el estado civil de las personas"; que, en consecuencia, el Tribunal violó el artículo 2473 del Código Civil de modo indirecto por error de hecho en la estimación de las Escrituras números 538 y 539 citadas, de cuyo contenido se deduce claramente que el estado civil de hijas naturales de las demandantes, respecto del doctor Francisco M. Sarria T. fue objeto de negociación para llevar a término lo convenido en tales escrituras, cuyo contenido contradice de manera evidente la conclusión del Tribunal de que no existe base para hacer las declaraciones de que trata la súplica primera de la demanda; que en tales escrituras consta la existencia de los juicios de sucesión del doctor Francisco M. Sarria y de filiación natural de las demandantes, contra los herederos de aquél, que para que la sucesión beneficiara a todos era necesario transigir los litigios; y que al efecto, "los hermanos Sarria, por conducto de su apoderado doctor Navia Belalcázar, definieron el estado civil de hijas naturales de las Ospina desistiendo de la apelación que habían promovido contra la sentencia de primera instancia que las reconocía como tales, quedando ejecutoriado el fallo. Pero para desistir de esa apelación se otorgaron primeramente las Escrituras 538 y 539".

b. En cuanto a la violación de los artículos 2470 y 2471 del Código Civil y 1º de la Ley 67 de 1930, la censura dice que el fallo del Tribunal quebranta esas disposiciones por cuanto que el doctor Jorge Enrique Velasco, "apoderado de las Ospina y de los Holguín, no tenía poder suficiente para enajenar los derechos herenciales, y en el caso de que lo tuviera la enajenación requería autorización judicial y remate público por ministerio de la ley".

c. Para sustentar el quebranto del artículo 1546 del Código Civil, expresa el recurrente que en la Escritura número 539 el doctor Hernán Copete se obligó a pagar el pasivo de la sucesión del doctor Sarria y los gastos e impuestos causados por el contrato; que según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, esa escritura no fue registrada oportunamente porque existía un embargo en juicio ejecutivo establecido por un acreedor de la sucesión, y porque el doctor Hernán Copete no pagó los impuestos correspondientes; que sólo en el año de 1959 se logró hacer registrar la citada Escritura número 539 "cuando se canceló el embargo del crédito a terceras personas y se pagó el impuesto de registro. Como el contrato de transacción es bilateral, y de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil el incumplimiento de una de las partes en los contratos bilaterales da derecho a la otra para la acción alternativa de pedir su cumplimiento o solicitar la resolución del contrato, y el pago de los perjuicios consiguientes, es claro que la petición subsidiaria de la demanda encuentra pleno respaldo legal para que hubiera sido decretada por razón del incumplimiento del doctor Copete en las obligaciones que

contrajo en la Escritura número 539 mencionada. Este razonamiento conduce a demostrar que la sentencia del Tribunal de Cali viola la disposición sustantiva del Código consignada en el artículo 1546''.

La Corte considera

1. Aunque el planteamiento del primer cargo se hace por violación directa e indirecta a la vez, en su desarrollo el problema se plantea en el campo del quebranto de ley sustancial por error de hecho.

Sobre el estado civil de las personas, que es la posición que una persona tiene en la sociedad por razón de sus relaciones de familia y de la que se derivan derechos y obligaciones civiles, no se puede transigir, según el artículo 2473 del Código Civil.

La razón de ser de esta disposición radica, fundamentalmente, en que el estado civil por interesar a la familia y a la sociedad en general, no está en el comercio y por lo mismo no se puede disponer de él una vez establecido.

El recurrente dice que los contratos contenidos en las Escrituras números 538 y 539 de 28 de abril de 1953, a que se refiere la demanda, implican una transacción sobre el estado civil de las demandantes, porque para llevar a efecto lo convenido en tales contratos, se desistió de la apelación del fallo de primer grado que hizo el reconocimiento de Francia Elena y María América Ospina Sarria como hijas naturales del causante Francisco M. Sarria T.

En el primero de tales contratos consta la cesión que las demandantes hicieron al doctor Hernán Copete de los derechos que les correspondieran o pudieran llegar a corresponderles como hijas naturales del nombrado doctor Sarria en los bienes del mismo; y en el segundo el reconocimiento que hicieron Hernán Copete, Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia al doctor Jorge Enrique Velasco, de $ 140.000.00 sobre el precio de venta de la hacienda ''Holanda'' de la misma sucesión, y la cesión que Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia hicieron al mismo doctor Hernán Copete en relación con los derechos que les pudiesen corresponder en la citada hacienda y en los demás bienes de la sucesión del doctor Sarria.

El Tribunal vio esas escrituras tales como obran en los autos, y no les hizo decir cosa distinta de lo que ellas expresan. Según las declaraciones hechas por las partes en dichos instrumentos, cursaba el juicio de sucesión del doctor Francisco M. Sarria en el Juzgado Segundo del Circuito de Palmira, en donde fueron reconocidos como herederos, en su condición de hermanos legítimos, Jorge Sarria y Esther Sarria de Valencia; y en el mismo juzgado las demandantes adelantaban un juicio de filiación natural contra los herederos reconocidos del doctor Sarria.

Si las cesiones contenidas en esos instrumentos tuvieron por objeto, como se afirma en la demanda, transigir los pleitos pendientes entre los diversos grupos interesados en la herencia del nombrado doctor Sarria, preciso es reconocer que los actos allí celebrados en manera alguna versan sobre el estado civil de las demandantes, sino sobre los derechos patrimoniales que a éstas pudieran corresponderles en la sucesión de su presunto padre natural.

Lo dicho pone de manifiesto que no se cometió el error de hecho que el recurso le imputa al Tribunal, en la apreciación de los contratos contenidos en las Escrituras números 538 y 539, materia de la demanda.

En consecuencia, no se quebrantó el artículo 2473 del Código Civil.

2. *La transacción, como todo contrato, supone la capacidad de las partes, su consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos.*

En relación con la capacidad establece el artículo 2470 del Código Civil que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, lo cual se funda en que implicando la transacción la renuncia de un derecho y, en algunos casos, la constitución de un título traslaticio de dominio, equivale en sus resultados a una enajenación: transigere est alienare.

La transacción implica en cierto modo un acto de disposición y si no la celebra el propio interesado capaz de disponer de los bienes comprendidos en ella, su mandatario debe tener poder especial al respecto, conforme el artículo 2471 del mismo Código.

El artículo 303 de dicho estatuto, preceptúa que no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun los pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa; y el artículo 1º de la Ley 67 de 1930 estatuye que tal disposición se aplica también a la enajenación de los derechos hereditarios del menor bajo patria potestad o guarda.

Si la transacción sobre inmuebles o derechos hereditarios comporta de algún modo una ena-

jenación, las disposiciones citadas son aplicables en la celebración de tal contrato, y si éste se realiza sin la observancia de ellas, sería nulo relativamente, por haberse acordado con omisión de requisitos o formalidades que la ley exige en consideración al estado o calidad de las personas que concurren a su otorgamiento.

Cuando se celebra por medio de apoderado y el mandatario carece de facultad especial para transigir, el acto le es inoponible al mandante y no le obliga.

En la demanda de casación afirma el censor que el doctor Jorge Enrique Velasco "apoderado de las Ospina y de los Holguín", no tenía poder para enajenar los derechos hereditarios "de los menores", y que "en el caso de que lo tuviera", la enajenación requería de autorización judicial y remate público.

Es preciso notar, en primer término, que los menores afectados serían, según la demanda, los hijos de Marta Holguín, y Humberto Ospina, y que la acusación proviene de las demandantes Francia Elena y María América Ospina, mayores de edad, quienes, en consecuencia, no están legitimadas para invocar la nulidad de la pretendida transacción por ausencia de formalidades habilitantes o de protección, establecidas en favor de otras personas, en el caso los menores, quienes serían los únicos legitimados para alegarla.

Por otra parte, debe ponerse de presente que no obra en el proceso el poder otorgado al doctor Jorge Enrique Velasco y, por consiguiente, se ignora si estaba realmente autorizado o no para transigir. Respecto de las demandantes no hay problema de representación en relación con ellas, ya que obraron personal y directamente en el otorgamiento de la Escritura número 538 de 28 de abril de 1953, de la Notaría Segunda de Palmira. Y en el supuesto de que, en lo tocante con los menores Holguín y Humberto Ospina, el doctor Velasco hubiese obrado sin facultad especial al efecto, y que por tal circunstancia se hubiese excedido en el ejercicio de su mandato, el reclamo por este aspecto correspondería exclusivamente a los menores, quienes serían los ilegítimamente representados o mal asistidos en el particular, y no a las demandantes en el presente juicio.

Por consiguiente, no se violaron los artículos 2470 y 2471 del Código Civil ni el 1º de la Ley 67 de 1930, citados por el recurrente.

3. Considera éste que el Tribunal infringió el artículo 1546 del Código Civil porque el doctor Hernán Copete se obligó, en la Escritura número 539 de 28 de febrero de 1953, a pagar el pasivo de la sucesión Sarria y los impuestos causados por el contrato, lo cual no se hizo oportunamente, pues sólo en el año de 1959 se logró el registro de la citada escritura mediante cancelación de esas deudas.

Sobre el particular se observa que en el texto de la escritura citada no se fijó plazo determinado para el pago de esos créditos, por lo cual era necesario que hubiese mediado requerimiento a la parte obligada para colocarla en mora. A fin de que sea viable la acción resolutoria de un contrato por incumplimiento de una de las partes, es indispensable que aquélla contra quien se ejercita la acción esté en mora de cumplir sus obligaciones, y sin haberse indicado en el contrato de que se trata, un término para el pago de las prestaciones que se dice no fueron oportunamente cumplidas por el doctor Hernán Copete, era necesario su requerimiento al efecto, para constituirlo en mora.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que tampoco se violó el artículo 1546 del Código Civil.

Por consiguiente, no prosperan los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, los cuales deben rechazarse.

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 fecha diecisiete de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el presente juicio de Francia Elena y María América Ospina frente a Jorge Enrique Velasco y otros.

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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Emilio Ricaute
Oficial Mayor

HIPOTECA

Para su validez no se requiere la posesión material del bien por el hipotecante.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 13 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 64 de 6 de septiembre de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 17 de junio de 1964, en el juicio ordinario seguido por Hernando Llaña Vezga frente a María Aldana de Berrío.

I

El litigio

Hernando Llaña Vezga demandó ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá a María Aldana de Berrío para que se declarase la nulidad, así de la obligación hipotecaria contenida en la Escritura Pública número 2454 de 5 de octubre de 1948, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, como del juicio de venta seguido, con fundamento en tal escritura, por la demandada Aldana de Berrío contra el demandante Llaña Vezga, ante el Juez 7º Civil de este Circuito, y se ordenase en consecuencia el levantamiento del embargo y la cancelación de la obligación susodicha.

Estos pedimentos, después de la exposición de hechos y de alegaciones pendientes a estructurar una fundamentación en derecho, los reitera al final del libelo, para que se declare la nulidad de la hipoteca y del juicio dichos y por consiguiente de las sentencias producidas con base en aquella escritura, se decreten las cancelaciones del caso y se ordene la suspensión de nuevos remates en el juicio especial de venta citado.

Los *hechos* que adujo como constitutivos de la *causa petendi,* pueden resumirse así:

Que mediante la citada Escritura Pública número 2454 el actor constituyó en favor del señor Luis Eduardo Berrío, gravamen hipotecario sobre un lote de terreno situado en Bogotá, distinguido con los número 12-00 y 12-48 Sur de la carrera 6ª, determinado por los linderos que tal instrumento expresa (1º);

Que en el juicio de sucesión de Luis Eduardo Berrío le fue adjudicado a María Aldana de Berrío el crédito por $ 10.000.00 que consta en la misma escritura, "garantizado por la obligación accesoria de hipoteca" (2º);

Que, con base en la dicha escritura hipotecaria y en la hijuela de adjudicación del crédito, la señora Aldana de Berrío, a fin de hacer efectivo el gravamen, siguió juicio de venta contra Llaña Vezga, en el cual, a pesar de la oposición de éste, se produjo sentencia de primera instancia que ordenó la venta en pública subasta del globo de terreno materia de la hipoteca y que fue confirmada por la proferida en el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Ambas se hallan ejecutoriadas (3º, 4º y 5º);

Que, aunque el tradente del lote a Llaña Vezga lo había adquirido en un remate judicial, no logró su posesión, porque no le fue entregado, y en esa situación vino a adquirirlo el actor, es decir sin posesión, realidad que nunca ha tenido lugar porque el juzgado donde se hizo el referido remate se declaró incompetente para ordenar la entrega y declaró nulo todo lo allí actuado (6º);

Que al tiempo de extenderse la Escritura número 2454 de 5 de octubre de 1948, de la Notaría Quinta de Bogotá, en que se dijo constituir a favor de Luis Eduardo Berrío la "obligación acce-

soria a la principal de mutuo", el constituyente Hernando Llaña Vezga carecía de la posesión (7º);

Fenómeno este para ilustrar, el cual dice remitirse a una sentencia de la Corte, de fecha 27 de abril de 1955, en donde se enseñó que la única verdadera posesión es la material (8º).

Que en el juicio de venta, el lote de terreno, sobre el que existen edificaciones levantadas por un tercero, recibió un primer avalúo de $ 84.000; pero luego, debido a que lo que se trataba de avaluar eran los derechos en el lote, que no se puede entregar materialmente a quien lo remate, se practicó un nuevo avalúo y luego otros posteriores, ya que no se presentaron postores, viniendo a quedar las tres mil varas cuadradas de acuerdo con el último avalúo de $ 48.000.00, en $ 24.000.00, lo que moverá a hacer postura por el valor del préstamo que fue de $ 10.000.00 (9º y 10).

La demandada contestó el libelo, en los siguientes términos: "A los hechos: lo único cierto es que se celebró con toda validez el contrato de hipoteca, hubo mora en su pago, se siguió el juicio de venta ante el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá y se remató el inmueble hipotecado. Lo demás es imaginación del demandante y lo niego. Al derecho: lo niego. Excepciones: la de ineptitud sustantiva de la demanda y demás que aparezcan del juicio".

La primera instancia recibió fallo del Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá, por el cual se declaró no probada la acción propuesta y se negaron, en consecuencia, todas las súplicas de la demanda. En el recurso de apelación interpuesto por el actor, la sentencia del *a quo* fue confirmada por la del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 17 de junio de 1964, que es ahora objeto del estudio de la Corte, a virtud del recurso de casación propuesto por el litigante vencido y que esta superioridad pasa a definir.

II

La sentencia impugnada

El Tribunal investigando el sentido del artículo 2443 del Código Civil, a la luz de las enseñanzas de algunos tratadistas, sin olvidar el concepto que del fenómeno de la posesión se ha formado la jurisprudencia de la Corte, sostiene que "el hecho de no tener el constituyente la posesión material del inmueble al momento de otorgarse la hipoteca, no acarrea la nulidad de ésta, tal como lo dijo el juzgado en la sentencia recurrida y por tanto no procede declarar la nulidad de la hipoteca de que da cuenta la Escritura número 2454 de 5 de octubre de 1948 de la Notaría Quinta de este Circuito".

Y en lo tocante con el pedimento sobre nulidad del juicio de venta, el sentenciador, fundándose en que las nulidades procesales corresponden a una enumeración exhaustiva hecha por la ley y que no todas ellas son susceptibles de demandarse en proceso separado del en que se hayan producido, afirma que "en ninguna de las causales de nulidad que pueden invocarse en juicio distinto se hallan comprendidas las alegadas por el actor sobre irregularidades en el avalúo practicado en el juicio de venta, e imposibilidad de que el juez que conoció de dicho juicio hiciera entrega del inmueble rematado por no haberse podido practicar el secuestro".

III

La demanda de casación

Ofrécese ésta en dilatado alegato cuya tesis básica y estructural es la de que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2443 del Código Civil, el propietario de un inmueble, de cuya posesión material esté privado, no puede hipotecarlo porque, no existiendo otra posesión que la material, el dominio desprovisto de la misma "degenera en derecho abstracto o impersonal", reducido al derecho de reivindicación, que como tal no es hipotecable. De todo lo cual deduce que, como Llaña Vezga, al constituir la hipoteca de que trata la Escritura número 2454 de 5 de octubre de 1948, de la Notaría 5ª de Bogotá, carecía de posesión material sobre el fundo que pretendía gravar, no podía constituir tal hipoteca o lo que es lo mismo que ésta fue radicalmente nula.

Quiere decir que, no teniendo Llaña Vezga la posesión de lo que hipotecó a favor de Luis Eduardo Berrío, resulta que lo que en realidad se gravó entonces y se sacó luego a remate en el juicio especial de venta seguido contra aquél por María Aldana de Berrío como causahabiente del acreedor hipotecario, no fue otra cosa que el derecho de reivindicación, no susceptible de afectación semejante. Sin embargo, en el contrato contenido en la Escritura número 2454 de 5 de octubre de 1948 se trató de la hipotecación de una "propiedad plena y simple sin modalidad, recorte o limitación de ninguna clase", cuando, como está visto, le faltaba al constituyente del gravamen la posesión exigida por el

artículo 2443 citado, texto en que se genera el pedimento de la declaración de nulidad.

De todo lo cual el impugnante deduce el quebranto del mismo precepto y de otros de la ley civil atinentes ya al derecho de dominio, ya al hecho de la posesión, ya al modo de la tradición, ya a la obligación que de hacer entrega de lo vendido pesa sobre el vendedor. Así que inspirado y movido por estos pensamientos, e invocando la causal primera, en el aspecto de quebranto directo de la ley sustancial, todo su ataque en casación contra la sentencia del Tribunal viene a configurarse bajo el epígrafe de *Demanda de Causales,* en la exposición cuya sustancia cabe recoger en el siguiente compendio:

Que "la principal disposición legal violada directamente fue el artículo 2443 del Código Civil", según el primer inciso del cual "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves". Se transgredió también el artículo 656 *ibídem* que enseña lo que se entiende por bienes raíces, contra lo cual el fallo admitió que la hipoteca pudiese recaer sobre "meros derechos" de que trata el artículo 653 en el inciso relativo a los bienes incorporales. En esta forma, desde la sentencia de primera instancia, se confundió la posesión de bienes raíces a que se refiere el artículo 2443 con la de las cosas incorporales de que trata el artículo 776. La violación directa es así absoluta. Se cambió la materia de la hipoteca y también el contenido del contrato celebrado entre los mencionados Berrío y Llaña, sustituyéndose por uno distinto en el que jamás pensaron los contratantes, pues que a la locución "bienes raíces" consagrada en el artículo 2443 se le transformó en la de bienes incorporales, distinta de la de bienes corporales a que corresponden "por antonomasia los inmuebles, fincas o raíces". En este aspecto se acusan los fallos de primera y segundo instancia porque le dieron validez a una hipoteca que, según el Tribunal, recaía sobre el derecho de dominio en sí mismo y, según el juez *a quo,* sobre bienes incorporales. Así que la ley se atropelló valiéndose de la doctrina de algunos tratadistas y de argumentos urdidos alrededor de la hipoteca de bienes futuros, de la de cuota de bienes en comunidad y de la del derecho real de herencia, y contra la opinión de algún otro tratadista a que se acoge el recurrente.

Como resultado de todas estas disquisiciones, el recurrente relaciona cual violados, además de los referidos artículos 2443, 653, 656 y 766, estos otros del mismo Código Civil:

El 665 que fija el concepto de derecho real y hace una enumeración de los derechos de esta especie;

El 669 que define el dominio como "derecho real en una cosa corporal ...";

El 740 que enseña en qué consiste la tradición. Al respecto dice el recurrente que la entrega de que este artículo trata, por la índole misma del vocablo, ha de ser material, siendo al efecto inhábil la inscripción en el registro, noción de que se apartaron el juez y el Tribunal al declarar que para la hipoteca sobre bienes raíces no se requiere tener su posesión, y desembocar así en la imposibilidad de hacer, como dispone el artículo 1051 del Código Judicial en su ordinal 5º, la entrega o tradición de la cosa rematada al rematante y lanzar a éste al juicio de reivindicación, y

El 762 que, al definir la posesión cual "tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño ...", la contempla como un fenómeno de dominación o poderío del hombre sobre las cosas, o sea la posesión material, tesis en cuya pro se remite el acusador a las doctrinas de la Corte, que encuentra en las sentencias que de la misma cita (24 de julio de 1937, 2 de junio de 1943 y 27 de abril de 1955).

Por último, la acusación declina de las imputaciones por error jurídico sobredichas a las de errores en la apreciación de las pruebas, como se ve de los siguientes pasos terminales del libelo:

"De autos aparece que se produjo legalmente en las instancias la prueba (folios 21 a 25 cuaderno número 1) de que el hipotecante no ha tenido ni tuvo al momento de legalizar el contrato por medio de la Escritura número 2454 de 5 de octubre de 1948, Notaría Quinta de Bogotá, *la posesión,* simplemente posesión, sin calificación, única y exclusivamente la material por no haber ninguna otra clase.

"Lo anterior lo alego también, fuera de la aplicación de derecho con que queda incluida en ese párrafo, como 'error de hecho' ... En derecho está demostrado que se incluyó en el fallo recurrido una posesión que no existe en derecho, y menos en hecho, cual es la inscrita ... Consecuencia es, obvia, que no se tuvo en cuenta la *prueba* en autos incurriéndose automáticamente 'en error de hecho' del inciso 2º transcrito del artículo 520 del Código Judicial.

"La misma causal se refuerza exactamente, por haber dejado también de apreciar la prueba en copia auténtica sobre el adelantamiento del *juicio reivindicatorio* de la señora rematante

contra la señora que ha tenido la posesión de la finca o inmueble, María Aldana de Berrío c/. Ana Julia Peñuela cuaderno número 4 del presente juicio.

"*Análisis de la prueba.* Las pruebas ya dichas son plenas por ministerio de la ley, artículos 632 (certificados) y en la primera parte del mismo artículo (copias)".

III

Consideraciones de la Corte

1. Como lo muestra la exposición que antecede, todo el ataque en casación gira y se desenvuelve sobre la tesis de que para que el dueño de un bien raíz pueda hipotecarlo se requiere que tenga su posesión material, por exigirlo así, según lo entiende el acusante, el artículo 2443 del Código Civil al preceptuar que "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves"; y no haber lugar en punto de posesión de predios a otra distinta de la meramente material. Y fue precisamente este tema el que alentó la demanda incoativa del juicio, dado el hecho de que el constituyente de la hipoteca estipulada en la Escritura número 2454 de 5 de octubre de 1948, no tenía la posesión material del fundo que allí se gravaba.

2. El Tribunal, sin desconocer esa situación fáctica, colocándose en ángulo jurídico opuesto al del actor, ahora recurrente, sostuvo que no es posible deducir del artículo 2443 que, cuando habla de "bienes raíces que se posean en propiedad", se esté refiriendo a la posesión material, y que por ello el no haber tenido el constituyente de la hipoteca la posesión material del inmueble, en nada acarrea la nulidad del gravamen.

3. *El legislador se ocupa de los bienes en cuanto son o pueden ser objeto de derechos u obligaciones en las relaciones humanas. Sin esa absorción de las cosas en el derecho, éstas serían entes extraños al mundo jurídico. Ciertamente el código no trata de las cosas corporales, sino en cuanto trascendidas por el derecho, como predicamento indispensable de la relevancia de las mismas en el comercio jurídico. Y ello hasta el punto de poder identificarse los derechos reales, en una u otra forma, con las cosas sobre que versan.*

Así, el Código no obstante el plantear a la entrada del Libro Segundo, con summa divisio, *la clasificación de los bienes en cosas corporales e incorporales (artículo 653), sistematiza luego su preceptiva acerca de la naturaleza de los derechos, conforme con el principio de que todos ellos, sean reales o personales, son cosas incorporales (artículo 664). Y es sólo por ello por lo que la noción de patrimonio, que tantas proyecciones tiene en la esfera de la responsabilidad civil y en la de la sucesión* mortis causa, *puede traducirse en el conjunto de derechos y obligaciones de la persona estimables en dinero.*

4. *Mas el recurrente entiende que el dominio despojado de la posesión —como en el caso de la litis— deja de ser un elemento patrimonial activo para convertirse en un ente abstracto, sin posibilidad alguna de ser hipotecado. El concepto es erróneo. Porque el dilema es inexorable: o hay dominio o no lo hay. Si lo último, no cabe ocuparse de este extremo, por sustracción de materia. Si lo primero, tendrían que contemplarse dos hipótesis, a saber:*

a) O el dominio ha sido limitado mediante la constitución de un usufructo, y entonces se tendrá el caso de la nuda propiedad (artículo 669 inciso 2º), hipotecable en virtud del artículo 2441, según el cual "el que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado *o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y* limitaciones *a que está sujeto el derecho aunque así no lo exprese", precepto concordante con el del artículo 832 que consagra la transmisibilidad de la nuda propiedad, tanto por acto entre vivos como por causa de muerte;*

b) O el propietario ha sido privado de la posesión, por obra de un tercero. Entonces el despojo o privación de que es víctima mal podría causar eclipse alguno en su derecho de dominio, que no ha sido desmembrado jurídicamente. Antes bien, se hace concretar para él la prerrogativa de la persecución (artículo 946), que es una de las características inmanentes del derecho real de dominio: jus persequendi *contra quienquiera que tenga la posesión del bien, y sin que esta situación de hecho, contraria al derecho del propietario pueda inhibir a éste para hacer uso de todas aquellas facultades dimanantes de su título de señorío y cuyo ejercicio no sea incompatible con el estado de posesión en que el tercero se encuentra.*

5. *Precisamente, una de esas facultades del titular del dominio es la de utilizarlo en garantía de sus obligaciones. Dominio éste que, si cualquiera que sea el estado de derecho o de hecho en que el bien se encuentre, es elemento patrimonial que, a mérito de lo dispuesto en el*

artículo 2488, entra en la integración de la prenda general de los acreedores, por la propia razón puede ser objeto de la garantía real específica denominada "hipoteca", figura jurídica que por su misma noción no exige la entrega del inmueble hipotecado al acreedor.

6. La aserción del recurrente, en que descansan sus censuras, de ser indispensable que el dueño de un inmueble tenga su posesión material para que pueda hipotecarlo, se vale de una interpretación exegética e inadmisible de la letra del artículo 2443 del Código Civil, entendido por el acusador en el sentido de que cuando tal texto reza que "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves", está tomando el verbo "poseer", en el concepto de relación o poderío material que tiene en el Título VII del Libro Segundo del Código Civil. Porque si ese hubiera sido el pensamiento del artículo 2443, resultaría éste inarmónico e incoherente con el sistema del Código en punto de régimen hipotecario.

7. *Ciertamente la posesión material del inmueble que va a hipotecarse no cuenta como predicamento para la constitución del gravamen, ni la pérdida de esa posesión como causa extintiva del mismo. Tratando del contrato hipotecario o título causativo de la garantía, dice el artículo 2434 que "la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública"; y mirando luego al modo de su tradición, enseña el artículo 2435 que "la hipoteca deberá además ser inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción". Norma esta que se corresponde con la del artículo 756, según el cual la tradición constitutiva del derecho de hipoteca se efectuará por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.*

8. *La naturaleza misma del título y del modo, de los cuales se acaba de hablar, como únicos medios de necesaria concurrencia exigidos por la ley para la constitución de la hipoteca, deja al margen el hecho de que el hipotecante sea o no poseedor del inmueble que se pignora. Así que, para la efectividad de la hipoteca en juicio, el Código de Procedimiento no exige que se compruebe, fuera de la legitimación en causa del actor y de la titularidad real del demandado, nada distinto de la constitución y vigencia del gravamen, todo ello mediante la aducción del título crediticio e hipotecario y del certificado del Registrador, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1189, 1008 y 635* ibídem, *que nada tienen que ver con la posesión material del bien pignorado. Es que si el fenómeno de la posesión inmueble, como hecho material, no se produce por la inscripción del título, ni tampoco sus mutaciones o vicisitudes se inscriben en el registro, el legislador caería en contradicción consigo mismo, arruinando todo el sistema, si exigiese, para la constitución de la hipoteca, que el constituyente tenga la posesión del inmueble cuyo dominio o usufructo grava.*

9. Es excesivo y por lo tanto, nada prueba el argumento de que si el hipotecante no tiene la posesión material del bien, la hipoteca sería ineficaz por no poderse despojar del inmueble al tercero poseedor. Semejante alegación, si fuese valedera, golpearía también, para anular la garantía, en el caso de que al dueño o usufructuario, que poseía cuando hipotecó, le fuese arrebatada después la posesión del fundo, antes de que éste hubiese sido trabado en la acción real. Este, uno de los motivos para que en el juicio hipotecario no sea indispensable el secuestro de la cosa perseguida, a términos del artículo 1193 *ibídem,* que no lo impone indispensablemente, sino que lo deja a voluntad del demandante y que armoniza con el artículo 1015 relativo al juicio ejecutivo, según el cual "el ejecutante puede pedir que se prescinda del secuestro de los inmuebles embargados ...".

10. Quiere decir que, *cuando acaezca que el ejecutado o demandado en acción hipotecaria está privado a la sazón de la posesión del bien hipotecado, esa circunstancia no será óbice para que se lleve adelante su venta en pública subasta, sin perjuicio del tercero poseedor, a quien el rematante tendría luego que perseguir en acción reivindicatoria, del mismo modo en que estaba en la necesidad de hacerlo el constituyente de la hipoteca.*

11. No pasa de proyectar un espejismo la alegación de que el establecimiento de hipoteca sobre un inmueble que no se posee tendría apenas el sentido de hipoteca de la acción reivindicatoria, lo cual no es posible, por no ser las meras acciones hipotecables. Semejante argumento se engendra en la confusión del derecho sustancial con la acción que para su defensa reconoce la ley a su titular. Entonces, si tratándose de un derecho preexistente vulnerado, la acción desplegada en su defensa traduce el movimiento del mismo en conflicto, para cuya solución es requerido el órgano jurisdiccional del Estado, no por ello puede decirse que, en tal

emergencia, el derecho en sí pierde su naturaleza original para convertirse en una simple acción. Habrá una relación de causalidad de aquél a ésta, pero no a la inversa. Por lo mismo, podría hasta desaparecer la necesidad de la acción, sin requerimiento o al margen de la intervención del poder público, en cualquier momento en que desapareciese la perturbación o el conflicto; y borrada en tal evento la acción, se ostentaría en la plenitud de su preexistencia el derecho subjetivo a cuyo servicio estuvo o pudo estar ella destinada. Lo cual es consecuencia ineluctable de no ser los mismos los elementos estructurales de uno y otra: los de aquél tocan con su constitución, conservación y satisfacción directas; los de ésta con la defensa contenciosa del primero y su realización forzada por el imperio de la autoridad.

12. Lo dicho es superabundante para desestimar de plano la afirmación de que es simple hipoteca de acción reivindicatoria, y como tal nula, la que se constituya sobre un inmueble de cuya posesión esté privado su dueño. El aserto equivaldría a sostener que la conculcación del derecho basta para aniquilar su ser jurídico, lo que en el orden de la ley y de la justicia sería disolvente.

13. En síntesis, cuando el legislador, en el artículo 2443 del Código Civil, determinó que la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se *posean* en propiedad o usufructo o sobre naves, se valió de lo inflexión verbal "posean", como de un modo de decir, en el sentido de "tener", o sea tener el derecho de dominio o el de usufructo de lo que se hipoteca, pero no en el de exigir la posesión material de ello como factor sustancial en la constitución del gravamen.

14. No violó, pues, el Tribunal, en manera alguna el citado artículo 2443 del Código Civil, al que le dio la debida inteligencia y aplicación, como tampoco infringió los demás preceptos legales que el libelo de casación relaciona cual vulnerados; ni podía llegar al quebrantamiento de las normas sustanciales por la vía indirecta de los yerros de apreciación probatoria que, al margen de la técnica, el recurrente le imputa, porque, lejos de haberse demostrado error alguno de esta naturaleza en lo tocante con la prueba de la carencia de posesión del inmueble por parte del constituyente de la hipoteca, el juzgador elaboró su pronunciamiento sobre el supuesto de la falta de esa posesión.

Se rechazan, pues, los cargos.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Emilio Ricaurte T.
Secretario Encargado

FILIACION NATURAL

Nulidad por falta de citación o emplazamiento del demandado. — El Ministerio Público como parte en los juicios de filiación natural.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 13 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada.*

(Aprobado Acta Sala número 65 de septiembre 10 de 1968).

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga la señora Agustina Suárez, en su condición de madre natural del menor Nixon Osorio o Nixon Suárez, demandó por la vía ordinaria "a los hermanos de Ismael Osorio Giraldo, cuyos nombres y residencia desconozco, en su condición de presuntos herederos de este señor", pidiendo se declarase que el citado menor es hijo natural de Ismael Osorio; que en tal virtud tiene derecho a recibir todos los bienes dejados por éste, como heredero abintestato y con exclusión de todo otro heredero que no sea hijo legítimo o natural de dicho causante; que el mismo menor tiene derecho a promover el juicio de sucesión de su padre natural, o de hacerse parte en el que promueva alguna otra persona que pretenda la herencia; y que se ordene a los Notarios de Bucaramanga extender "la partida civil de reconocimiento de que trata el artículo 33 del Decreto 1003 de 1939, y al señor Cura de la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen, de Barrancabermeja, para que haga la anotación respectiva al margen de la partida de bautismo, sentada el 24 de mayo de 1960".

En apoyo de estas peticiones fueron afirmados hechos constitutivos de las causales de investigación de la paternidad natural contempladas en los numerales tercero y cuarto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, consistentes tales hechos en que entre la demandante e Ismael Osorio existieron relaciones sexuales estables y notorias durante un lapso no menor de siete años, y que como fruto de esas relaciones, pasados ciento ochenta días después de su iniciación, nació Nixon Osorio o Suárez. Y en que el causante Ismael Osorio Giraldo tomó una póliza de seguro a favor de Nixon Osorio y de Agustina Suárez, declarando en ella que Nixon era su hijo. En la demanda se afirma también que los padres de Ismael Osorio Giraldo fallecieron antes que él, y que como no fue casado "el interés jurídico para oponerse a esta acción lo tendrían los hermanos legítimos del difunto, cuyos nombres y vecindades se ignoran, pero que sí existen".

Al admitir la demanda, el juzgado dijo que "como el actor hace la afirmación de que desconoce los representantes de la sucesión demandada, se ordena emplazarlos en la forma ordenada por el artículo 317 del Código Judicial". Así se hizo, y como ninguno de los emplazados se hiciera presente en el juicio, se les nombró un curador *ad litem,* quien contestó la demanda manifestando oponerse a lo pedido en ella.

Por sentencia de 27 de enero de 1964, el juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia acogiendo en su totalidad las peticiones de la demanda, con base en haber hallado probadas las relaciones sexuales estables y notorias invocadas en ella; sentencia ésta que recurrida por la parte demandada, fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia de 23 de julio de 1964.

Estimó el Tribunal que en autos estaba demostrado que durante la época probable de la concepción del menor Nixon Osorio o Suárez, entre Agustina Suárez, madre de éste, e Ismael Osorio Giraldo, existieron relaciones sexuales estables y notorias. Conclusión a la que llegó después de examinar las declaraciones de seis testigos que

fueron llamados a declarar sobre el particular, y de considerar que si bien de esos seis testimonios tres eran deficientes, los otros tres sí eran idóneos, porque los declarantes "sitúan de conocimiento directo sus observaciones sobre el concubinato durante todo el período legal probable de la concepción del menor Nixon Osorio ... Los testimonios de estos tres sujetos cubren ampliamente la época presuntiva de la concepción de Nixon, en cuanto los declarantes se refieren al concubinato público y estable de Ismael Osorio Giraldo y Agustina Suárez durante años anteriores y posteriores al nacimiento de la criatura, y satisfacen así las exigencias del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

El recurso de casación

Contra la referida sentencia de segunda instancia recurrió en casación la parte demandada, y en la demanda respectiva invocó como causales la de violación de ley sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba, y la de haberse incurrido en uno de los motivos de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial.

Al entrar la Corte a resolver este recurso, lo hace empezando por examinar el cargo relativo a la nulidad de la actuación, dada la natural prelación que él ofrece respecto al otro cargo.

El cargo de nulidad. Dice el recurrente que en este caso se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, como consecuencia de no haberse citado ni emplazado al Agente del Ministerio Público. Para sustentar el cargo expone que de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 153 de 1887, el municipio de la vecindad del finado es llamado en último lugar a su sucesión; que este derecho en favor del municipio "no puede ser ignorado ni por los actores ni por los jueces cuando se trata de definir situaciones que hacen expresa relación a pretender desalojar a otros interesados en los derechos en favor de ellos señalados por la ley. No se puede ignorar la vinculación que un municipio tiene a través de su representante en acciones como la que ha constituido el juicio presente. Bien puede ser viable el emplazamiento para otros interesados, pero nunca para el municipio, lo cual justifica el emplazamiento para aquéllos pero no para éste". Invoca luego el recurrente el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, haciendo ver que el Ministerio Público es parte en los juicios sobre filiación y comenta que aunque esa disposición no indica que el Ministerio Público ha de intervenir como demandante o como demandado "la existencia de un derecho a favor del municipio de la vecindad del finado indica que el Ministerio Público, en cabeza del Personero Municipal, debe necesariamente ser citado. Esto no indica que el municipio no pueda renunciar al ejercicio del derecho mismo y pueda intervenir el Personero Municipal ya no como demandado sino como demandante cuando a la municipalidad le interese definir una paternidad, por caso con el mero interés de un patrimonio moral. Los artículos 403 y 404 del Código Civil aplicables al caso de la filiación natural imponen la obligación de señalar la persona o personas que ocupan la condición de demandantes. El Ministerio Público, ejercido por el Personero Municipal, tiene esta calidad".

Formulado así el cargo, *la Corte considera:*

Como bien se deduce de la simple lectura de los apartes de la demanda que acaban de transcribirse, son ostensibles la confusión y hasta la falta de coherencia en la formulación del cargo en examen. Se mezclan y combinan allí ideas que no guardan entre sí ninguna relación, como por ejemplo las relativas a la representación legal propia de los Personeros Municipales, con las relativas a las funciones que, como integrantes del Ministerio Público, corresponden también a esos funcionarios, con el resultado de producir un estado de perplejidad que impide atinar en conocer exactamente si la nulidad invocada proviene de no haber sido llamado al juicio el Personero Municipal, en cuanto representante legal de los intereses patrimoniales, como posible heredero, del municipio donde tuvo su último domicilio el causante Ismael Osorio G., o de no haberlo sido en su mera condición de Agente del Ministerio Público.

No obstante lo anterior, la Corte quiere hacer caso omiso de estos defectos formales de la demanda de casación y entender que la nulidad alegada se hace provenir tanto de la primera como de la segunda causas anotadas.

Por lo que respecta a la primera de tales causas, la pretendida nulidad no existe, por la sencilla razón de que la acción de filiación natural materia de este juicio no fue dirigida contra el municipio donde el causante tuvo su último domicilio, en su condición de heredero de éste. Como claramente se lee en el libelo de demanda, la acción se dirigió contra los hermanos legítimos de dicho causante, lo cual significa obviamente que era a éstos y sólo a éstos a quienes correspondía vincular al juicio. *La falta de citación o emplazamiento en forma debida de las perso-*

nas que han debido ser llamadas al juicio, que el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial erige en causal de nulidad de todos los juicios, se refiere en primer término a quien la demanda haya señalado como sujeto pasivo de la acción ejercitada en ella, y en casos de excepción a otras personas que en virtud de actos de parte distintos a la demanda, como el relativo a la denuncia del pleito contemplada en el artículo 238 del Código Judicial, o en virtud de disposición expresa de la ley, como los previstos en los artículos 840, 937 y 1155 del Código Judicial, han de ser citadas al juicio, a fin de que la sentencia que en él se dicte las vincule en sus efectos. La causal de nulidad que se considera está instituida en salvaguardia del derecho de defensa, y es elemental que no se viola, ni aún se somete a riesgo, el derecho de defensa de quien por acto de parte no ha sido llamado al juicio, o deba serlo por disposición de la ley, pues ese quien permanecerá ajeno al juicio y por lo mismo sustraído a los efectos del mismo, en particular a los de la sentencia que en él se dicte.

Tampoco existe la nulidad alegada por el otro aspecto insinuado por el recurrente, esto es, por haberse omitido citar al Personero Municipal, en su condición de Agente del Ministerio Público, y en vista de que conforme al artículo 12 de la Ley 45 de 1936 el Ministerio Público es parte en los juicios de filiación natural. Ya de vieja data tiene la Corte sentada doctrina firme sobre el sentido del artículo 12 de la ley citada, en cuanto allí se menciona al Ministerio Público como parte en los juicios de filiación natural, doctrina que desde luego descarta una nulidad como la planteada en el presente recurso. En efecto, en sentencia de 11 de mayo de 1948 (*Gaceta Judicial* 2062-2063, Tomo LXIV, página 368), dijo esta Sala: "Respecto de la no intervención del Ministerio Público, que como segundo motivo de la causal de nulidad se aduce, la Corte ha decidido en numerosas ocasiones que a tal entidad no corresponde siempre y necesariamente la calidad de parte en los juicios sobre declaratoria de filiación natural, en forma que su ausencia determine nulidad de lo actuado ...". La Ley 45, separándose del principio general de que todo el que tenga interés jurídico en el resultado de una acción puede ejercitarla u oponerse a ella, como en todos los casos sobre declaración o impugnación del estado civil, que aunque son acciones privadas se relacionan con el orden público, ha circunscrito el ejercicio legal de la acción a determinadas personas, en forma que solamente ellas puedan ser los sujetos activos de la acción de declaratoria de filiación natural, durante la vida del hijo. Este es el sentido de la palabra parte en el citado artículo 12, que bien leído quiere decir:

"Si el hijo es capaz, solamente él puede incoar la acción.

"Si es incapaz, corresponde su ejercicio a quien ejerza su representación legal por patria potestad o por guarda.

"A falta de este representante legal, puede hacerlo la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor.

"Estas son las personas que pueden ser actoras como particularmente interesadas en el ejercicio de la acción de que se trata.

"En último término menciona el artículo 12 del Ministerio Público, comprensivo de todas sus jerarquías, entre quienes pueden iniciar, en calidad de parte actora, la acción de filiación. Se entiende que esta intervención que la ley da al Ministerio Público no tiene carácter obligatorio sino que es facultativa, para que pueda iniciar como actor la acción de petición cuando los interesados a que antes se ha aludido se hayan abstenido de hacerlo ...

"Con este entendimiento ha decidido la Corte que en los casos en que el Ministerio Público no ha sido actor demandante (promotor de la primera instancia), no hay por qué oirlo necesariamente, de modo que su falta de audiencia no es inductiva de nulidad procedimental".

Por las razones expuestas, se rechaza este cargo.

El cargo de violación de ley sustantiva. Con invocación de la causal primera de casación, afirma el recurrente que la sentencia acusada es violatoria de ley sustantiva, por haberse incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba. En sustentación de este cargo se argumenta que el Tribunal encontró probadas las relaciones sexuales estables y notorias entre Ismael Osorio y Agustina Suárez, con sólo tres testimonios; que cuando el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 habla de relaciones sexuales estables y notorias, alude a hechos de tipo reiterado, de desarrollo continuo, es decir a hechos crónicos que es como los ha denominado la jurisprudencia; que como la palabra "uso" significa "empleo de una cosa o realización de un acto de una manera determinada", las relaciones sexuales estables y notorias de que habla la norma antes citada "probatoriamente vienen a tener el carácter de un uso o costumbre por la condición de ser un hecho, o varios,

repetidos a través del tiempo y en forma notoria"; que en el juicio de que aquí se trata fueron allegadas al expediente seis declaraciones, de las cuales el Tribunal sentenciador sólo tomó en cuenta tres para dar por probadas las relaciones sexuales estables y notorias entre Ismael Osorio y Agustina Suárez; que conforme al artículo 700 del Código Judicial, la prueba de los usos y costumbres no puede producirse sino con el dicho de siete testigos; y que, por consiguiente, el fallador de segunda instancia incurrió en el caso de autos en un claro error de derecho, al admitir como prueba de las relaciones sexuales estables sólo el dicho de tres testigos, omitiendo así tomar en cuenta las exigencias del artículo 700 del Código Judicial "que viene a ser la norma que produce en este caso la estimación legal de que trata el artículo 601 del mismo Código Judicial" además de que "la sola consideración dubitativa en cuanto al mero concepto relacionado con aplicación de tal estimación legal, imponía la operancia del derecho que en favor del demandado establece ... el artículo 601 del Código Judicial: '... Cualquier duda en esta materia se resuelve en favor del demandado' ". Concluye el recurrente su argumentación diciendo que "la sentencia debe ser casada por ser violatoria de la ley sustantiva al haberse incurrido en error de derecho al apreciar el valor probatorio de carácter legal en cuanto a la prueba testimonial se refiere. Se violaron así los artículos 601 y 700 del Código Judicial".

En relación con este cargo considera la Corte:

Como se desprende de la manera como está formulado el cargo, es manifiesta y ostensible la ausencia de técnica, no sólo porque ni siquiera se afirma el concepto de la violación de ley sustancial imputada a la sentencia recurrida, esto es, si fue por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, sino decisiva y principalmente porque no se citan las disposiciones sustanciales infringidas como consecuencia de la violación medio de los artículos 601 y 700 del Código Judicial, normas éstas de naturaleza puramente probatorias, y por lo mismo insuficientes por sí solas para que, supuesta su violación, pueda entrar en juego la causal primera de casación. Esas disposiciones no reconocen derechos subjetivos a los particulares, y por consiguiente de su infracción no puede resultar agravio inmediato para ninguna persona; el agravio sólo puede ser mediato, en cuanto su violación se proyecte sobre el ámbito de otra norma declarativa o atributiva de aquella clase de derechos, acarreando la consiguiente violación de ella. Así lo ha destacado la Corte en múltiples ocasiones, entre las cuales se pueden citar las siguientes:

"Cuando la violación de la ley proviene o radica en la equivocada apreciación de las pruebas, el cargo tiene que demostrarse en relación con determinada disposición sustantiva. No basta alegar que se ha incurrido en error en la apreciación de una prueba, si de otro lado se omite señalar la disposición sustantiva. Quien así alegue se queda, como tantas veces lo ha dicho la Corte, en mitad del camino" (*Gaceta Judicial* LIX, página 53).

"Ha dicho la Corte que cuando se alega error en la apreciación de las pruebas y aún llega a demostrarse, pero no se hace ver luego que tal error indujo a una violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente en casación que así procede se ha quedado en mitad del camino, su recurso no ha culminado, y, por consiguiente, no puede prosperar" (*Gaceta Judicial* LXI, página 407).

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Resolución

Por 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el juicio ordinario de Agustina Suárez, contra la sucesión de Ismael Osorio Giraldo, sobre filiación natural.

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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Emilio Ricaurte
Secretario Encargado

RESCISION POR LESION ENORME

Causal segunda de casación. — Extra y ultra petita.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 14 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 65 de 10 de septiembre de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario de María Mercedes Olmos de Ramírez, contra Francisco Antonio Aristizabal D.

María Mercedes Olmos de Ramírez demandó a Francisco Antonio Aristizabal Daza para que se declare rescindido, por lesión enorme, el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 44, pasada ante el Notario del Fresno el 24 de enero de 1961 y registrada el 15 de febrero del mismo año, por la cual la demandante dio en venta a Aristizabal Daza por la suma de $ 8.000.00 el inmueble que se alinda en la demanda. Que como consecuencia de la anterior declaración el demandado está obligado a restituir a la Olmos de Ramírez dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el inmueble determinado con sus mejoras, anexidades, usos y costumbres; que el demandado está obligado a restituir a la demandante los frutos del inmueble no sólo los percibidos, sino los que ella hubiera podido percibir. Se solicita la orden de cancelación de la Escritura número 44 antes referida, y la condenación en costas.

Como hechos pertinentes se expresa que Aristizabal recibió la posesión material de la finca objeto de la venta el mismo 24 de enero de 1961, y que ese inmueble por la fecha de la escritura tenía un valor comercial de $ 25.000.00 junto con las plantaciones de café, edificios, elementos suficientes para el beneficio del café, etc. que el demandado recibió en plena producción; que la demandante sufrió lesión enorme en el referido contrato de venta, pues se le pagó como precio una suma muy inferior a la mitad del justo precio del inmueble.

Después de algunos incidentes el juez *a quo* profirió la sentencia de 25 de marzo de 1963, en la cual resolvió declarar rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa que consta en la Escritura número 44 ya anotada; condenó a Aristizabal a restituir a la demandante el inmueble con sus frutos civiles y naturales a partir "del día de la demanda", libre de todo gravamen; dispuso que el comprador debería entregar la finca dentro del plazo de 15 días a partir de notificada la sentencia.

En el numeral 5º de la parte resolutiva dispuso que "el demandante podrá a su arbitrio devolver al demandado la cantidad de $ 8.000.00 moneda corriente, valor recibido por el inmueble declarado rescindido; y el comprador consentir en la rescisión o completar el justo precio con deducción de una décima parte, según lo preceptuado en el artículo 1948 del Código Civil". En cuanto a frutos de la cosa el comprador deberá únicamente los percibidos a partir "del día de la demanda" y el vendedor "no debe intereses del precio que recibió, sino a partir de la demanda".

Se condenó en costas del juicio al demandado, quien apeló del fallo para ante el Tribunal Superior de Ibagué, entidad que se limitó a reformar el fallo apelado en el numeral 5º de la parte resolutiva, así: "La demandante María Mercedes Olmos de Ramírez debe devolver al demandado Francisco Aristizabal Daza la suma de $ 8.000.00 que recibió como precio de la finca California; pero queda a opción de éste, o consentir en la rescisión decretada, o completar el

justo precio de $ 20.000.00 con deducción de una décima parte de esa suma, opción que debe ejercer Aristizabal dentro del mismo plazo de 15 días que se le concedió para la entrega".

En todo lo demás confirma el fallo del *a quo*.

La sentencia recurrida

Luego de transcribir el fallador la parte petitoria de la demanda y los hechos en que ella se funda, entra a analizar el dictamen pericial rendido por Francisco Gómez, Joaquín Aranzazu y Gilberto Peña; el primero de los cuales le señaló a la finca como precio por el 4 de enero de 1961 el valor de $ 15.000.00; el segundo, lo estimó en $ 25.000.00 y Gilberto Peña en $ 20.000.00.

En las motivaciones del fallo el sentenciador dice que el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. Que el justo precio se refiere al tiempo del contrato (artículo 1947 del Código Civil).

"b- Del dictamen pericial susodicho en que hubo desacuerdo, sacando el medio aritmético, de que habla el artículo 721 inciso 2º del Código Judicial, se tiene que el justo precio de la finca cuando se celebró el contrato era de veinte mil pesos. Por tanto, habiéndose verificado la compraventa por ocho mil pesos, la vendedora enajenó su finca por menos de la mitad de su justo precio, esto es, que sufrió lesión enorme. Conviene notar que el dictamen pericial fue explicado y debidamente fundamentado, pues se enumeraron las cosas de que se compone la finca, se la determinó por sus linderos, se enumeraron las mejoras que contiene, y el peritazgo quedó en firme, pues no fue motivo de objeciones, ni se solicitaron ampliaciones ni explicaciones de él".

El recurso (Cargo cuarto)

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal. Dentro de un orden lógico en el examen de la censura se entra primero a estudiar el cargo cuarto fundado en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial.

El recurrente hace consistir ese ataque en que el fallador dejó de proveer sobre puntos incluidos en la relación jurídico procesal, incurriendo con ello en el defecto de mínima petita, incongruencia que impone la casación del fallo. El fundamento que le da a esta causal consiste en que el Tribunal no condenó a la parte vendedora a pagar las mejoras que el comprador hubiere hecho en el inmueble objeto del contrato, privándolo del derecho que le da el artículo 966 en concordancia con el artículo 1746 del Código Civil.

Se considera

La causal segunda, ha dicho la Corte en repetidas decisiones, tiende a mantener una consonancia plena entre los pedimentos y defensas de las partes y la decisión judicial que ha de corresponder a ellos y resolverlos de conformidad con las pruebas aportadas y el derecho pertinente, y que ha de estudiarse sólo a la luz de las pretensiones y la respectiva decisión; procede cuando el Tribunal se pronuncia sobre cuestiones no sometidas a su resolución (extra petita), *o cuando omitió resolver sobre algún punto del petitum y demás pretensiones de las partes en el fallo, o cuando le concedió a la parte actora más derechos de los que solicitó* (ultra petita). *La falta de consonancia, pues, debe analizarse confrontando la parte petitoria de la demanda y la sentencia, sin que sea preciso alegar violación de normas sustanciales porque en esa incoherencia sólo aparece un vicio de actividad.* El silencio del fallo corresponde al que sobre este punto se guardó el demandado en la contestación de la demanda y a lo largo del pleito.

Por consiguiente, no existe la incongruencia alegada.

Primer cargo. "Acuso la sentencia, dice el censor, por ser violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida. Este cargo consiste en el hecho de que se le dio en la sentencia una interpretación contraria al mandato legal condenando al demandado cuando ha debido absolverse a éste de los cargos de la demanda por disposición del artículo 381 del Código Judicial. Este artículo dispone que cuando se requiere al demandante para que devuelva los autos y éste no lo hace, después de pasados tres días de recibida la notificación personal se dicta sentencia absolviendo al demandado".

Para sostener el cargo el recurrente manifiesta que en instancia solicitó que se requiriera al actor para que devolviera el expediente que había recibido en traslado para alegar de conclusión; que el apoderado del actor recibió notificación personal del auto de requerimiento el 9 de febrero de 1963 y que según informe de la secretaría, vencieron los tres días que tenía el apoderado para devolver el expediente sin que lo hubiera hecho.

Se considera

Sería suficiente para rechazar el cargo el anotar que él se refiere a la violación de una

norma de simple carácter procesal que no puede generar la prosperidad de la censura en casación, por la causal primera que se ha invocado en el recurso. Esta causal para que sea viable debe consistir en que el sentenciador haya infringido disposiciones de carácter sustancial, ya sea en forma directa o por error de hecho o de derecho en la apreciación del elenco probatorio. No obstante lo anterior, se observa que cuando el fallador de primer grado profirió su sentencia, ya el negocio había sido devuelto a la secretaría del juzgado, y por tanto, no había lugar a proferir el fallo adverso a que se refiere el censor". "La devolución, ha dicho la Corte, por tardía que sea, respecto del requerimiento, si es anterior a la sentencia hace que no se produzca la situación contemplada por la ley cuando ordena que se proceda a sentenciar sobre la copia" (*Gaceta Judicial* número XLIII página 155).

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Por la causal primera el recurrente acusa la sentencia "por violación de la ley sustantiva, por error de derecho, el que consiste en lo siguiente, ...". El censor manifiesta que la única prueba tenida en cuenta por el Tribunal para proferir su decisión fue la pericial producida en la primera instancia. El recurrente dice que el perito Francisco Gómez avaluó el inmueble en $ 15.000.00; el otro perito, Joaquín Aranzazu en $ 25.000.00; y el tercero, Gilberto Peña en $ 20.000.00. Que el fallador incurrió en error al sacar el medio aritmético con violación de lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 721 del Código Judicial, pues la diferencia entre el máximo y el mínimo de los experticios es la suma de $ 10.000.00, que es mayor del 50% del extremo menor. De aquí deduce la censura que no aparece probado en autos el precio para la época en que se celebró el contrato, "y que así (sic) se violan las disposiciones contenidas en el artículo 1947 del Código Civil".

Se considera

En primer término se anota que la censura no señala en qué sentido fue violado el artículo 1947 del Código Civil, como lo impone rigurosamente la técnica de casación. En segundo lugar, sí existe en el expediente demostrado el precio del inmueble por la fecha en que se otorgó la Escritura número 44 de 24 de enero de 1961 en que consta la compraventa celebrada entre María Mercedes Olmos de Ramírez y Francisco Aristizabal Daza.

Aunque a primera vista pudiera pensarse en que el objetante tiene razón al fundar el cargo, no es menos cierto que el Tribunal al admitir ese promedio aritmético podría haber actuado, sin incurrir en el error, dentro de la expresa facultad que le señala el inciso 2º del artículo 721 del Código Judicial que se anota como infringido, pues allí se indica que en el evento de que la diferencia entre los dos extremos del experticio exceda de un 50% de la cantidad menor, "el juez hace la regulación que estime equitativa, conforme los mismos dictámenes y demás elementos del proceso ...".

El cargo es inane.

Tercer cargo. Dice el recurrente que: "se violó la ley sustantiva, por interpretación errónea de la prueba", error que según el censor consiste en el hecho de haberle dado valor probatorio al dictamen de los peritos sin que aparezca debidamente fundamentado. Sobre este particular se extiende el censor insistiendo en el error anotado, y concluye diciendo que el Tribunal violó el artículo 1947 del Código Civil, por aplicación indebida.

Se considera

Aunque el impugnante no lo advierte, por el contexto de la censura se dice, sin lugar a dudas, que ella se dirige a atacar el fallo por error de derecho cometido por el Tribunal al darle al experticio un valor que no tiene. Siendo esto así, el autor del recurso ha debido citar las normas de la tarifa de prueba que, según su criterio, elemento de convicción un valor que le niega la ley.

Por este aspecto 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 de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario seguido por María Mercedes Olmos de Ramírez, contra Francisco Antonio Aristizabal Daza.

Sin costas, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

REIVINDICACION — FIDEICOMISO

El mejor derecho del actor es un hecho que puede o no pedirse o declararse expresamente. — El fideicomiso puede afectar una o más cuotas indevisas de un inmueble cierto o determinado; ser gratuito u oneroso, con pluralidad de fiduciarios o fideicomisarios, existiendo éstos o en espera de que existan.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 18 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 67 de 13 de septiembre de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 17 de julio de 1964, en el juicio ordinario seguido por Rosalba Méndez Segura de Castro y otros frente a Heliodoro Sarmiento y otra.

I

Antecedentes

Muestra el proceso los siguientes hechos, cuyas pruebas en sí no son objeto de discusión:

Que por Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, de la Notaría de Chocontá, Rogelio Garzón transfirió, a título de venta, a los menores Víctor Hugo, Alvaro y Guillermo Méndez, representados en tal acto por su padre, la nuda propiedad de un terreno situado en la vereda de "Gualos", del Municipio de Villapinzón, determinado por los linderos que allí se indican, y el usufructo del mismo inmueble a Víctor Méndez y Ana María Segura, padre y madre respectivamente de los dichos menores, por toda la vida de los usufructuarios. En el punto tercero del propio contrato se estipuló literalmente esto: "Que en caso de que los compradores casados entre sí tuvieren más hijos fuera de los relacionados, tanto la nuda propiedad como el usufructo corresponderán a todos los hijos de los nombrados casados por partes iguales en los casos previstos" (folios 1 y 2, cuaderno 1).

Con posterioridad a la celebración de tal contrato, nacieron del matrimonio de los dichos Víctor Méndez y Ana María Segura los siguientes hijos: Rosalba, el 1º de octubre de 1932; Elsa, el 16 de enero de 1936; Ana Cecilia, el 16 de abril de 1938; y Julio César, el 3 de marzo de 1944 (folios 12 a 15 *ibídem*).

Luego, por Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Chocontá, Rogelio Garzón, Víctor Méndez y Ana María Segura de Méndez, dijeron rescindir el contrato sobredicho y hacerse mutuamente las correspondientes restituciones (folios 46 y 47 *ibídem*).

Por Escritura número 662, también de 10 de noviembre de 1945 y de la misma Notaría, Rogelio Garzón expresó dar en venta a favor de Ana María Segura de Méndez, "el dominio pleno y la posesión pacífica" del predio que había sido materia del primero de los contratos referidos, denominado ahora "Las Azucenas" (folios 6 y 7 *ibídem*).

Por Escritura número 21 de 3 de enero de 1950, de la Notaría 2ª de Bogotá, Víctor Hugo y Alvaro Méndez Segura y Ana María Segura de Méndez, vendieron a Heliodoro Sarmiento M. y Bertha Salamanca de Sarmiento, cónyuges entre sí, "el derecho de dominio, propiedad y posesión que tienen" sobre el bien raíz de que se trata. Allí mismo, Víctor Méndez renunció en favor de los compradores, a cualquier posible

derecho que pudiera tener en la finca (folios 3 a 5 *ibídem*).

Por la Escritura número 3553 de 7 de junio de 1950, de la misma Notaría, Guillermo Méndez Segura vendió a los mencionados Sarmiento M. y Salamanca de Sarmiento "el derecho de dominio, propiedad y posesión que tiene de la tercera parte pro indiviso" del mismo terreno (folios 50 a 52 *ibídem*).

Por Escritura número 381 de 29 de noviembre de 1953, de la Notaría de Turmequé, los dichos Sarmiento M. y Salamanca de Sarmiento vendieron a Arquimedes Huertas Romero "el derecho de dominio, propiedad y posesión" que tenían sobre el mencionado inmueble (folios 48 y 49 *ibídem*).

Y por Escritura número 114 de 18 de febrero de 1954, de la Notaría de Chocontá, Arquimedes Huertas Romero vendió a los mismos Heliodoro Sarmiento y Bertha Salamanca de Sarmiento "el derecho de dominio, propiedad y posesión que el exponente vendedor tiene y ha poseído" sobre el fundo en cuestión (folios 8 a 10 *ibídem*).

II

El litigio

Así las cosas, Rosalba Méndez Segura de Castro, Elsa Méndez Segura de García, Ana Cecilia Méndez Segura de Saboyá y Julio César Méndez Segura, representado entonces este último por su propio padre Víctor Méndez Maldonado, trajeron a juicio ordinario a Heliodoro Sarmiento y Bertha Salamanca de Sarmiento, en procuración de las peticiones de que se hace el siguiente resumen:

Primera: Que por el hecho del nacimiento de los demandantes se ha cumplido la condición "en virtud de la cual pasarían ellos a ser dueños sobre las cuatro séptimas partes" del predio en referencia, denominado "Las Azucenas", condición "contenida en la cláusula o punto tercero de la Escritura pública número 162 de 18 de marzo de 1930 de la Notaría del Circuito de Chocontá, registrada el mismo año en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Chocontá el 16 de junio en el Libro Primero, tomo 1º, página 171, partida 225".

Segunda, tercera, cuarta, quinta y *sexta:* Que, por lo tanto son inoponibles a los actores cuyos intereses en nada pueden perjudicar los siguientes actos: la venta que por la Escritura pública número 662 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Chocontá, hizo Rogelio Garzón a favor de Ana María Segura de Méndez y su registro, cuando ya se había radicado en cabeza de aquellos el dominio sobre las cuatro séptimas partes del inmueble, por haberse cumplido la condición suspensiva aludida; la venta hecha por Víctor Hugo y Alvaro Méndez Segura y Ana María Segura de Méndez a Heliodoro Sarmiento y Bertha Salamanca de Sarmiento, mediante la Escritura número 21 de 3 de enero de 1950, de la Notaría 2ª de Bogotá y su registro; la venta otorgada por los nombrados Sarmiento y Salamanca de Sarmiento a Arquimedes Huertas Romero, según la Escritura número 381 de 29 de noviembre de 1953, de la Notaría de Turmequé y su registro; y finalmente, la venta otorgada por Arquimedes Huertas Romero a Heliodoro Sarmiento y Bertha Salamanca de Sarmiento, por medio de la Escritura número 114 de 18 de febrero de 1954, de la Notaría de Chocontá y su registro.

Séptima, octava, novena y *décima:* Que, en consecuencia, se condene a los demandados a restituir a los actores las cuatro séptimas partes del referido inmueble de "Las Azucenas" con todas las cosas que forman parte de la misma finca, y a pagarles los frutos naturales y civiles correspondientes a esas cuatro séptimas partes, así los percibidos como los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir del día 3 de enero de 1950 hasta en el que se haga la entrega, considerándose a los demandados como poseedores de mala fe y estando, en consecuencia, exentos los demandantes de indemnizar las expensas a que se refiere el artículo 965 del Código Civil.

Undécima y *duodécima:* Que se ordena la inscripción del fallo en el Registro de Instrumentos Públicos correspondiente y se condene a los demandados en las costas del juicio.

En su contestación, la parte demandada aceptó en lo general los hechos expuestos en la demanda, menos el de que ella hubiera tenido conocimiento de la condición establecida en la cláusula tercera de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930; y alegando que, "en la demanda se han interpretado los hechos y el derecho erróneamente", y que los actores carecen de falta de acción o derecho, impetró la denegación de sus pretensiones.

Por el fallo de primer grado se hicieron en sustancia las siguientes declaraciones:

1ª Que por el hecho del nacimiento de Rosalba, Elsa, Ana Cecilia y Julio César Méndez Segura, en las fechas que allí se citan y que son las atrás relacionadas, "respectivamente se ha cumplido la condición suspensiva en virtud de la cual pasarían ellos a ser condueños sobre las cuatro séptimas partes del inmueble denominado 'Las Azucenas' (las cuatro séptimas partes de la nuda propiedad), ubicado en la vereda de 'Gualos', jurisdicción del Municipio de Villapinzón, comprendido dentro de los siguientes linderos" (los que en el mismo punto se expresan); y que "la condición suspensiva que aquí se declara cumplida es la contenida en la cláusula tercera de la Escritura pública número ciento sesenta y dos (162) de fecha dieciocho (18) de marzo de mil novecientos treinta (1930) de la Notaría del Circuito de Chocontá ...";

2ª Que, en consecuencia, son inoponibles a los dichos Rosalba, Elsa, Ana Cecilia y Julio César Méndez Segura las Escrituras números 662 de 10 de noviembre de 1945 de la Notaría de Chocontá, 21 de 3 de enero de 1950 de la Notaría 2ª de Bogotá, 381 de 29 de noviembre de 1953 de la Notaría de Turmequé y 114 de 18 de febrero de 1954 de la Notaría de Chocontá, "en cuanto por ellas se hayan vendido las cuatro séptimas partes de la *nuda propiedad* del lote denominado 'Las Azucenas' determinado en el numeral primero de esta demanda (sic)";

3ª Que, por lo tanto, también les son inoponibles a los mismos Méndez Segura que se acaba de mencionar, los registros de las escrituras citadas en el numeral precedente, "en cuanto por ellos se haya tratado de transferir el dominio de las cuatro séptimas partes de la nuda propiedad del lote 'Las Azucenas', perteneciente a los nombrados Méndez Segura";

4ª "Niéganse las peticiones contenidas en las súplicas 7ª, 8ª, 9ª y 10 de la demanda";

5ª Se ordena la inscripción de la sentencia en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Chocontá, y

6ª Se condena en la mitad de las costas del juicio a la parte demandada.

En la segunda instancia, abierta por apelación de la parte demandada únicamente, pronunció se el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 17 de julio de 1964, por la cual se "*confirma* la parte del fallo de primer grado que ha sido objeto de la apelación".

E interpuesto por los demandados el recurso de casación, pasa la Corte a definirlo en este acto.

III

Consideraciones del Tribunal

Este, luego de advertir que la acción reivindicatoria o de dominio, para la cual se confirió el mandato, conlleva en sí el natural examen de los títulos que cada una de las partes le opone a la otra para determinar cuáles deben prevalecer, y, en consonancia con este examen, decidir sobre el dominio en controversia y consiguiente restitución, estima que "la llamada acción de inoponibilidad apenas constituye uno de los presupuestos de la reivindicación que no por alegarse separadamente, puede ser considerada extraña a ella", cuestión que, si hubiera omitido el libelo, no obstante constituiría un punto que habría tenido que decidir el sentenciador al estudiar "la prevalencia de títulos que conlleva la acción reivindicatoria".

Entendiendo que, a través de los hechos que invoca la demanda y de la respuesta que le dieron los demandados, "la controversia planteada sobre el mejor derecho de dominio en la finca de 'Las Azucenas', radica, en la significación jurídica que debe asignársele a la cláusula segunda de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930 de la Notaría de Chocontá, y en el consiguiente efecto de las declaraciones recisorias que luego hicieron los otorgantes de la misma mediante la Escritura pública número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la misma Notaría", afirma el sentenciador que del texto de las cláusulas segunda y tercera de la susodicha Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, aparece claramente una venta del derecho de usufructo en favor de los cónyuges Víctor Méndez y Ana María Segura, y otra condicional con fideicomiso respecto de la nuda propiedad, que se transmitía a los menores allí nombrados, "para que la conservaran totalmente dentro de su patrimonio si no sobrevenían otros hijos para los esposos estipulantes; pero que en el caso contrario debían ellos restituir a los sobrevinientes en la parte que por igual les cupiera según el número de los mismos". Por donde se tendría que "cumplida la condición del nacimiento de los nuevos hijos, ya éstos adquirían un derecho sobre el inmueble, y los estipulantes del fideicomiso no podían por lo tanto invalidar eficazmente ese acuerdo, ni traspasar después esos derechos, sino con la intervención de los primitivos adquirentes de la nuda propiedad y de los fideicomisarios que entraron a formar en el condominio de la misma.

"Entonces si el retracto o desistimiento del contrato de fideicomiso lo hicieron los estipulantes cuando ya se había incorporado al patrimonio de los fideicomisarios la cuota parte de la nuda propiedad sobre el (sic) cual recaía; y si en las enajenaciones por las cuales adquirieron posteriormente los demandados el inmueble de la controversia no figuran las que debían haber obtenido de dichos fideicomisarios, es claro el mejor derecho que asiste a éstos para demandar el dominio que es objeto de la demanda".

No encuentra procedente el argumento de la parte demandada, de que según el artículo 795 del Código Civil "no puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos", porque para el Tribunal el fideicomiso que se contempla fue constituido "sobre el inmueble de 'Las Azucenas', particular y concretamente identificado como cuerpo cierto por medio de linderos; y los artículos 802, 806 y 811 del mencionado Código Civil, contemplan expresamente la posibilidad de que un mismo bien se haya dado en fideicomiso a varias personas, como viene a ser el caso de que aquí se trata.

"..... .....

"Ni puede argüirse que, por no hablar en parte alguna la escritura de una o más cuotas determinadas, la institución deba tenerse por inválida; pues que si la ley autoriza el nombramiento de uno o más fideicomisarios, y estos pueden ser personas que no existen pero que se espera que existan, la determinación del cuerpo cierto debe entenderse referida al objeto que es materia de la fiducia, no a la parte que en él pueda caberle a cada uno de los varios fideicomisarios".

IV

La demanda de casación

Plantéanse en ésta, cuatro cargos en relación con la causal primera, y uno final con base en la segunda, de todos los cuales se hace a continuación el extracto pertinente, siguiendo el orden en que aparecen propuestos:

Primer cargo. Está formulado por violación directa de un artículo de la Constitución y de varios otros del Código Civil, que se enunciarán adelante, en cuanto —dice la censura— el juzgador anuló y dejó sin efecto, sin que ello hubiera sido materia del juicio, el contrato celebrado entre Rogelio Garzón, de una parte, y Víctor Méndez y Ana María Segura de Méndez, de la otra, mediante la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Chocontá, por el cual manifestaron "rescindir" o declarar "sin ningún valor ni efecto" el contrato consignado en la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, restituyéndose mutuamente los otorgantes los bienes que se habían dado por medio de esta escritura.

De donde concluye el impugnador que la sentencia acusada, al confirmar la del *a quo*, anulando o desconociendo, sin "petición de nadie", sin "mutuo consentimiento de los contratantes", ni "fórmula de juicio", el "llamado pacto de retracto o de resiliación", "violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque en la parte pertinente del fallo juzgó la causa de mis representados sin observar la plenitud de las formas del juicio; violó el artículo 740 del Código Civil porque no reconoció la tradición del dominio de los esposos Méndez-Segura a Rogelio Garzón; el artículo 745 porque no reconoció la transacción o resiliación como título traslaticio de dominio; el 756, porque desconoció el registro de la escritura como medio de efectuar la tradición de un inmueble; el 1602, porque desconoció sin juicio ni sentencia, la autonomía de los contratantes; el 1625, porque desconoció a la transacción la virtud de extinguir las obligaciones; el 1743, porque pronunció en definitiva una nulidad relativa sin petición de parte; el 1757, porque excusó a los demandantes de la obligación de aportar la prueba de la invalidez del acto no acusado; el 1758, porque desconoció a la escritura pública en mención el carácter de prueba; el 1759 por la misma causa; el 1765, porque negó a la escritura su fuerza probatoria; el 2469, porque no consideró la transacción contenida en esa escritura; el 2483, porque desconoció el efecto de cosa juzgada a la transacción sin fórmula de juicio; el 2637, porque desconoció al registro de esta escritura el efecto de transmitir el dominio de un bien raíz; y el 2674, porque negó a la misma escritura y al contrato en ella contenido, debidamente registrado, todo efecto respecto de terceros. Violó el honorable Tribunal todas estas disposiciones del Código Civil y de la Constitución Nacional por falta de aplicación".

Segundo cargo. Propuesto por violación indirecta de los mismos preceptos a que se refiere el cargo anterior, se dice depender tal quebranto de "error de derecho en la apreciación de la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Chocontá y del contrato en ella contenido".

Con el intento de fundar la censura, alega el acusante que el Tribunal apreció esa escritura y el contrato en la misma recogido, "sin darse cuenta de que se trataba de una escritura pública registrada, contentiva de una anulación, resiliación, invalidación o transacción perfectamente válida, que no había sido acusada en éste ni en ningún juicio, ni declarada inválida, nula o inoponible por medio de sentencia, ni por voluntad de las partes. No observó el sentenciador que la mentada escritura tenía fuerza de plena prueba de la celebración de un contrato que transfería o transmitía el dominio del bien raíz discutido a la cabeza de don Rogelio Garzón, primer enajenante de la cadena de títulos cuya inoponibilidad se solicitó, a pesar que (sic) haber sido expedida la copia por el notario respectivo, de haber sido rectamente registrada la escritura, y de haber llegado esta prueba al proceso en forma idónea para ser considerada ... Sin embargo esa prueba tenía y tiene hoy la fuerza probatoria asignada por los artículos 1758, 1759 y 2637 del Código Civil, fuerza probatoria que erróneamente le fue negada por el honorable Tribunal, al hacerla inoperante, declarándola tácitamente inválida, nula, inoponible".

Tercer cargo. Está formulado "por error de hecho en la apreciación de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930 de la Notaría de Chocontá (folio 1º cuaderno 1º), del contrato contenido en esta escritura, de la declaración de doña Ana María Segura de Méndez (folio 3 vuelto cuaderno 2º) y de las posiciones absueltas por el padre de los demandantes, señor Víctor Méndez Maldonado (folio 4 cuaderno 2º) error evidente que condujo al sentenciador a violar, por falta de aplicación, los artículos 1443, 1447, 1469 del Código Civil, y 66 de la Ley 63 de 1936". Como argumentos de error de hecho en el ámbito de esta censura, el impugnante ensaya los siguientes:

Que el Tribunal interpretó el contrato de la dicha Escritura número 162, en el sentido de ser un fideicomiso respecto de los demandantes, no siendo sino "una donación no insinuada, hecha por los esposos Víctor Méndez y Ana María Segura de Méndez, en favor de los hijos por venir, y bajo la condición de existir, de conformidad con el artículo 1447 del Código Civil". En tal acto no existen "ni el constituyente del fideicomiso, ni el fiduciario, a no ser que el constituyente hubiera sido el padre de los menores y que él mismo hubiera sido el fiduciario, llegándose así a una confusión inadmisible en el verdadero fideicomiso";

Que el sentenciador no apreció en forma alguna la declaración de Ana María Segura de Méndez (folio 3 vuelto cuaderno 2), madre legítima de los demandantes, quien concurrió como contratante al acto notarial origen del pleito, declaración en que expresa haber ella aceptado con su esposo "todos los contratos especificados en la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, otorgada en la Notaría de Chocontá", y constarle que sus hijos "eran menores y por lo tanto no tenían dinero, que la compra de que trata la escritura que se me acaba de leer y que trata de la nuda propiedad a favor de Víctor Hugo, Alvaro y Guillermo Méndez Segura, en realidad fue una donación en favor de ellos"; y

Que el juzgador "dejó sin apreciación alguna las contestaciones dadas por el señor Víctor Méndez Maldonado, padre de los demandantes y representante legal de Julio César Méndez Segura (artículo 607 Código Judicial) quien afirma (folio 4 vuelto cuaderno 2º): 'Es cierto que aceptamos la venta que se nos hizo pero sin que nuestros hijos hayan dado dinero alguno puesto que ellos eran menores de edad y no lo tenían'... Pero acepta que los menores no dieron dinero alguno es decir, que los menores adquirieron derechos contractuales a título gratuito, es decir de donación". Y agrega el censor que "todos estos errores, que en realidad son uno solo, condujeron al sentenciador a violar por falta de aplicación los artículos 1618, 1769, 1443, 1447, 1469 del Código Civil, y 66 de la Ley 63 de 1936, por lo siguiente: el artículo 1618, porque siendo expresa la intención de los contratantes, no había lugar a interpretar el contrato en colación, para negarle respecto de los demandantes el carácter de una donación. El artículo 1769, porque se desechó la confesión de uno de los demandados, quien, al negar la existencia de un precio, aceptó la existencia de la donación. El artículo 1443, porque niega al acto examinado el carácter de donación. El artículo 1447, porque niega la posibilidad de que exista una donación bajo la condición de existir el donatario. El artículo 1469, porque niega la facultad que el donante tiene de revocar y dejar sin efecto una donación mientras el donatario no haya aceptado dicha donación. Y el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, porque el juzgador se niega a presumir la existencia de la donación en 'las enajenaciones de nuda propiedad con reserva de usufructo o habitación, y aquellas en que dichos elementos se distribuyan entre diversas personas'. Todas estas disposiciones fueron violadas por falta de aplicación al caso del pleito".

Cuarto cargo. Se ofrece "por error de hecho en la apreciación de la cláusula tercera de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930 de la Notaría de Chocontá, error evidente que condujo al juzgador de segunda instancia a violar los artículos 756, 669, 673 y 2637 del Código Civil".

Al respecto se argumenta que, como según dicha cláusula —cuyo texto se lee atrás— los dueños de la nuda propiedad, en entender del recurrente, "no son los siete hijos nacidos hasta hoy de 'los compradores casados entre sí' Víctor Méndez Maldonado y Ana María Segura de Méndez, sino todos los hijos comunes de estas dos personas", y que como ellas están vivas, pues no hay prueba de la muerte de ninguna de las mismas, "es claro que todavía hay la probabilidad de que haya más dueños del bien disputado; y que no se puede decir que los demandantes son los dueños de las cuatro séptimas partes, pues apenas se puede afirmar que esos demandantes serían dueños de las cuatro enésimas partes. En afirmar lo contrario hay un error evidente, protuberante", que "llevó al honorable Tribunal a violar el artículo 756 del Código Civil, porque niega la existencia de la tradición del dominio a favor de 'todos' los hijos del matrimonio Méndez-Segura, para atribuirlo a favor de siete sólamente; el artículo 669 del Código Civil, porque desconoce la noción de la propiedad para esos 'todos', para hacer titulares del dominio solamente a siete hijos del matrimonio citado; el artículo 673 del Código Civil, porque limita para siete de esos hijos, únicamente un modo de adquirir el dominio cual es la tradición; y el artículo 2637 del mismo Código, porque niega la eficacia del registro de la escritura en cita para servir como medio de tradición de los derechos de 'todos' los hijos del mencionado matrimonio sobre el bien de autos, limitando esos efectos solamente a siete de tales hijos".

Quinto y último cargo. Viene hecho en relación con la causal de incongruencia, en cuanto se le increpa al Tribunal, tanto el haber omitido fallar sobre la excepción de prescripción invocada por la parte demandada en el alegato de conclusión de la segunda instancia (folio 8 vuelto cuaderno 9), como el haber decidido *extra petita,* al confirmar el pronunciamiento del juez *a quo,* dejando sin efecto el contrato de resiliación contenido en la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Chocontá, como resultado de "hacer inoponibles a los demandantes las escrituras que son efecto o consecuencia de ella", a saber: la número 662 de 10 de noviembre de 1945, la número 21 de 3 de enero de 1950, la número 381 de 29 de noviembre de 1953 y la número 114 de 18 de febrero de 1954; y el cual contrato de la sobredicha Escritura número 661, llamada de resiliación, (sic) "no fue objeto del debate judicial propuesto por los demandantes".

V

Consideraciones de la Corte

A) Como bien se ve, la acción primordial deducida en este juicio fue la reivindicatoria de cuatro séptimas partes pro indiviso del dominio de la finca denominada "Las Azucenas", sita en jurisdicción de Villapinzón. Tal el sentido de las súplicas 7ª, 8ª, 9ª y 10 del *petitum,* en cuya justificación el propio libelo en su parágrafo destinado a exponer los "fundamentos de derecho", dice: "no solamente un cuerpo cierto puede ser objeto de reivindicación sino también una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular como lo preceptúa el artículo 949 del Código Civil". Las demás peticiones del libelo se encaminaron a la obtención de declaraciones tocantes con la titularidad de los actores respecto de las cuotas de dominio reivindicadas, esto es con su mejor derecho en las mismas sobre el pretendido por los demandados.

En la acción reivindicatoria, que es por su naturaleza restitutoria, el mejor derecho del actor sobre el dominio del bien reivindicado constituye un presupuesto fundamental de la restitución, el que, por lo mismo, es más bien materia de un hecho que de una petición de la demanda, y que por ello puede o no hacerse objeto de una declaración expresa. Y si el demandado presenta títulos en contraposición a los aducidos por el actor, trábase por este aspecto un debate que el juzgador debe soltar, dando la preferencia a aquel de los litigantes que resulte investido de titularidad prevaleciente sobre la aportada por su contrario.

Así que, en el caso de esta litis, los demandantes no necesitaban, para la procedibilidad de su pretensión reivindicatoria, impetrar decisión formal alguna sobre la existencia de su título de dominio y sobre la inoponibilidad de los títulos en que hubiera de fundarse la pretensión del adversario. Por modo que, si propusieron súplicas de esta naturaleza y dentro de ellas omitieron incluir la relativa a uno de los actos informantes de la cadena de títulos de la parte demandada, como lo sería la convención revocatoria consignada en la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Cho-

contá, ello no inhibía al juzgador para, si encontraba demostrada la petición de declaratoria de prevalencia del título de los actores sobre el actual de los demandados, encaminar su decisión al resultado a que llegó, al resolver, como lo hizo el *a quo*, que el título de estos últimos, o sea el contenido en la Escritura número 114 de 18 de febrero de 1954, de la Notaría de Chocontá, en que se vierten y culminan las transferencias anteriores de la misma rama, es inoponible a los actores en cuanto por él se hayan vendido las cuatro séptimas partes pertenecientes a los mismos en la nuda propiedad del predio de "Las Azucenas".

Por otra parte, los demandados, al contestar la demanda, trajeron en su defensa y como argumento capital, el convenio de la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, de la Notaría de Chocontá, por el cual Rogelio Garzón, Víctor Méndez y Ana María Segura de Méndez dijeron pactar la rescisión o invalidación del contrato que habían celebrado por medio de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, de la misma Notaría, título éste en que precisamente fundan su derecho los demandantes.

No fue, pues, ajeno a este litigio, en ningún momento, el acto de la dicha Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, y, por lo tanto, la desestimación que de ese acto haya hecho en cualquier forma el sentenciador, al acoger la pretensión de la parte actora, no podría legitimar cargo alguno por incongruencia. Ni menos el de quebranto del artículo 26 de la Constitución.

B) La sentencia recurrida descansa en la interpretación dada por el sentenciador en el plano jurídico al contrato de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, de la Notaría de Chocontá, según el cual el entonces dueño del inmueble de "Las Azucenas", Rogelio Garzón, transfirió a título de venta, su usufructo a los cónyuges Víctor Méndez y Ana María Segura, por los días de su vida, y la nuda propiedad del bien a los menores hijos de este matrimonio llamados Víctor Hugo, Alvaro y Guillermo, con la condición de hacerse extensiva esa nuda propiedad a los demás hijos que llegasen a nacer de la unión de aquellos consortes.

Vio el Tribunal que allí se establecía, respecto de la nuda propiedad, un fideicomiso, en cuya virtud los tres menores Víctor Hugo, Alvaro y Guillermo, no obstante estar llamados como destinatarios definitivos del total de la nuda propiedad para el evento de no sobrevenir otros hijos del matrimonio de sus padres, quedaban, empero, constituidos, sin perjuicio de sus propias participaciones individuales, en fiduciarios de las cuotas de los que sobrevinieran, quienes por el hecho de sus nacimientos las harían suyas como fideicomisarios en lo correspondiente. Y para reconocer su eficacia legal al contrato en tal manera entendido, afianzóse el juzgador en las disposiciones de los artículos 802, 806 y 811 del Código Civil básicas de su pronunciamiento. Amén de que no encontró que la norma del artículo 795 *ibídem* pudiese ser obstáculo a la constitución de fideicomiso sobre cuotas indeterminadas en cuerpo cierto. De todo lo cual concluyó que, al cumplirse, con los sucesivos nacimientos de los demandantes, la condición a que en favor de los mismos estaba sujeta la restitución respectiva, perdieron los estipulantes de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930 la facultad de retractarse de la fiducia, en cuya virtud cada uno de los nuevos hijos incorporó a su patrimonio la séptima parte del bien objeto del fideicomiso.

Ciertamente el mérito y tratamiento jurídicos otorgados por el fallador al contrato de la Escritura número 162 que se contempla, tienen su respaldo en el estatuto legal de la propiedad fiduciaria o fideicomiso, de que trata el Título VIII del Libro Segundo del Código Civil (artículos 793 a 822).

Según el artículo 794, el fideicomiso consiste en que el dominio de un bien dado, que no puede ser sino cualquiera de los que indica el artículo 795, esté sometido al gravamen de pasar a otra persona en virtud del cumplimiento de una condición, es decir de la realización de un hecho que no depende de la mera voluntad de quien lo ha recibido sujeto a este evento, el cual tendrá carácter resolutorio para el inmediato adquirente o fiduciario, y carácter suspensivo para el adquirente mediato o fideicomisario.

Si, según el artículo 795, sólo puede constituirse fideicomiso "sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos", tratándose de los últimos y para un caso como el que se contempla en la especie del litigio, dominada por el precepto del artículo 806, no se encuentra imposibilidad alguna para afectar con fideicomiso una o más cuotas indivisas de un inmueble cierto o determinado.

Por cuanto el artículo 796 vino a disponer que los fideicomisos pueden constituirse, no sólo por acto testamentario, sino "por acto entre vivos otorgado en instrumento público", sin sujetar su establecimiento al requisito de una titulari-

dad gratuita, se tiene que el fideicomiso, como lo ha admitido la doctrina de la Corte, es susceptible de constituirse en forma onerosa. Dijo al efecto esta superioridad en sentencia de casación de 17 de agosto de 1944 lo siguiente:

"Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente testamentaria, se concluyó por varios expositores, que no pugnaba contra su esencia que pudiera constituirse a título oneroso ... Según el artículo 1501 del Código Civil se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales ... Ni el modo como se concibe y aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito, luego por establecerse o pactarse en forma onerosa, no puede sostenerse ni concluirse que no exista, que sea inválido o ineficaz" (LVII, página 528).

Ahora bien: Al tenor del artículo 802, en el establecimiento de un fideicomiso se "puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios, y dos o más fideicomisarios".

Y según el artículo 798, "el fideicomisario puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero se espera que exista", precepto que corre parejas con el del artículo 1019 en su tercer inciso, según el cual, en punto de asignaciones testamentarias, las dispuestas para "personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión".

Vale, pues, la constitución de fideicomiso a favor de una persona futura, posibilidad que, a mérito del sobredicho artículo 798, se predica también en la hipótesis de pluralidad de fideicomisarios venturos. De ahí la clara determinación del artículo 806, sillar de la sentencia recurrida, conforme al cual "Si se nombran uno o más fideicomisarios de primer grado, y cuya existencia haya de aguardarse en conformidad al artículo 798, se restituirá la totalidad del fideicomiso, en el debido tiempo, a los fideicomisarios que existan, y los otros entrarán al goce de él a medida que se cumpla, respecto de cada uno, la condición impuesta. Pero expirado el plazo prefijado en el artículo 800, no se dará lugar a ningún otro fideicomisario".

La hipótesis del transcrito artículo 798 no es otra que la de un fideicomiso compuesto, destinado a ser compartido por fideicomisarios eventuales e inciertos que se sumarán al grupo de los destinatarios definitivos a medida de su agnacencia, en cuanto ésta ocurra antes de precluir el término consumativo de la caducidad de la condición (artículo 800). Esta figura jurídica importa, así, el fenómeno especial de que cada uno de los llamados a compartir la propiedad constituida en fideicomiso, a la vez que fideicomisario de su propio derecho, sea fiduciario de los derechos eventuales que corresponderían a los fideicomisarios por venir. En el ínterin, la propiedad tendría que mantenerse indivisa, y sujetos los participantes actuales, en ejercicio, al régimen de la titularidad fiduciaria (artículos 810 y 812). Y en todo caso, aun en el de que se hubiese fijado ab initio *un límite al número de los fideicomisarios futuros, la cuota de cada uno de los presentes se encontraría indeterminada a la espera del advenimiento de los venturos, mientras no se haya consumado el lapso dispuesto por la ley para la eficacia de este acaecer.*

C) Examinado a la luz de estos principios el contrato de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, con que tocan, ya explícita, ya implícitamente, los cargos del recurso, resulta lo siguiente:

Que por medio del dicho instrumento, Rogelio Garzón enajenó, a título de venta, el usufructo de la finca que llamóse luego "Las Azucenas", a los esposos Víctor Méndez y Ana María Segura, y la nuda propiedad del bien a los hijos de ese matrimonio, así a los existentes a la sazón que lo eran los menores Víctor Hugo, Alvaro y Guillermo, como a todos los demás que llegasen a nacer de los mismos cónyuges. Tal el sentido diáfano de la cláusula o punto tercero que reza: "Que en caso de que los compradores casados entre sí tuvieren más hijos fuera de los relacionados, tanto la nuda propiedad como el usufructo corresponderán a todos los hijos de los nombrados casados por partes iguales en los casos previstos". Y en el punto cuarto fijóse en setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) el precio de "los derechos de la nuda propiedad que el representante de los menores paga con dinero propio de ellos", y a la vez que los propios cónyuges satisfacieron otro tanto como precio del usufructo por éstos comprado.

De tal modo, por obra de quienes celebraron el contrato de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, una misma propiedad: "Las Azucenas", constituyóse a la vez en usufructo a

favor de los cónyuges Méndez y Segura de Méndez y en fideicomiso en favor de sus hijos presentes y futuros, al amparo de la permisión al efecto consagrada por el artículo 797, según el cual "una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona, y en fideicomiso en favor de otra".

Y es también incuestionable que la asignación contractual de la nuda propiedad de la finca en favor de los hijos presentes y futuros del matrimonio Méndez-Segura tuvo por soporte de su eficacia la aceptación allí dada por Víctor Méndez, así en desempeño de la patria potestad sobre sus hijos menores entonces vivientes, como a fuer de ejercicio de su poder de estipulación en pro de los hijos por venir, en función de la hipótesis consagrada por el artículo 806 ya contemplado.

Cumple, pues, afirmar que, a medida que con posterioridad a la celebración de ese contrato, vieron la luz los sobrevinientes hijos del matrimonio Méndez-Segura, o sea los demandantes Rosalba, Elsa, Ana Cecilia y Julio César, entraron éstos a participar del fideicomiso de la nuda propiedad de "Las Azucenas", cada uno como fideicomisario de su cuota personal y a la vez fiduciario de la participación que en el fideicomiso pudiera corresponder a los fideicomisarios eventuales o posibles hijos futuros del dicho matrimonio, todo ello dentro del lapso precluyente que el artículo 800 prescribe.

D) No tiene mérito alguno para contrarrestar el análisis que antecede, ni envuelve, por lo tanto, reparo valedero en este recurso, el cargo de que el Tribunal erró al apreciar el contrato de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, como de fideicomiso, y no cual de donación, carácter este último que, según el acusador, era el verdadero, si se atiende a la absolución de posiciones de Víctor Méndez y a la declaración de Ana María Segura de Méndez, piezas cuya apreciación por el sentenciador se tilda de errónea (cargo 3º), porque la circunstancia de que por parte de Víctor Méndez se hubiera pagado el precio de la nuda propiedad adquirida en fideicomiso para sus hijos, con dineros no de ellos, sino de su padre, dándose por tal aspecto un acto gratuito de éste en pro de aquéllos o sea la donación del dinero con que se pagó tal precio, en manera alguna le quitaría al contrato de transferencia de la nuda propiedad su ya visto carácter de fideicomiso, el que ciertamente por parte del enajenante de la misma lo fue a título oneroso, al recibir un precio por ella; y si del lado del estipulante Víctor Méndez, la constitución fideicomisaria en pro de sus hijos lo hubiera sido a través de una donación del precio, ello estaría también ajustado a la preceptiva de esa figura jurídica, porque, como se dijo, los fideicomisos pueden constituirse por acto entre vivos, según el artículo 796, que no hace discriminación alguna por razón de la gratuidad u onerosidad del título constitutivo.

E) Si todo lo anterior es así, si cada uno de los actores incorporó a su patrimonio, al nacer, su correspondiente cuota en la nuda propiedad constituida en fideicomiso, con la modalidad establecida por el artículo 806, es evidente, como lo entendió el Tribunal, que Víctor Méndez no pudo, por sí y ante sí, pactar eficazmente, al margen de las prescripciones legales, en la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, la extinción de los derechos de nuda propiedad que en el inmueble de "Las Azucenas" habían ya adquirido, en virtud de aquel fideicomiso, los demandantes Rosalba, Elsa, Ana Cecilia y Julio César Méndez Segura, quienes fueron ajenos al otorgamiento del acto de retractación o resiliación contenido en esa escritura, en la que no se invocó representación alguna de los mismos, hasta el punto de que en ella ni siquiera fueron nombrados.

F) Quiere, pues, decir que el sentenciador acertó al considerar inoponible a los demandantes el contrato de la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, al que no podía darle efecto alguno contra éstos por haber sido extraños a tal acto. Encuéntrase ciertamente en esta circunstancia la generatriz de la inoponibilidad, cuyo concepto es en esencia el de que un acto jurídico dado, independientemente de toda consideración sobre su validez o invalidez intrínsecas, no pueda aun en la primera de estas hipótesis, tener entidad ni, por lo tanto, producir efecto alguno contra quienes son extraños al mismo: *res inter alios acta*. Lo cual, que es ante todo un imperativo de lógica elemental, tiene su consagración legislativa en preceptos tales como los de los artículos 1602, 1759 y 1761 del Código Civil, en armonía con los demás que integran la preceptiva de los actos y declaraciones de voluntad.

Por lo mismo, atinó al confirmar el fallo de la primera instancia, por el cual, en correspondencia a las súplicas del libelo, se declararon inoponibles a los demandantes los actos sobre que tales peticiones versan y cuya reseña aparece en el relato que del litigio informa el parágrafo segundo del presente pronunciamiento.

G) Aunque el recurso ha dejado sin atacar la sentencia del Tribunal, por la aplicación e interpretación de los artículos 802, 806 y 811 del Código Civil, que le sirven de piedra angular, no obstante esta deficiencia, la Corte ha entrado en el examen de la materia, para poder arribar al despacho de los tres primeros cargos cuya procedencia supondría la invalidez del título de los actores, consistente en el contrato de fideicomiso a su favor de que da cuenta la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, y la oponibilidad a los mismos del consignado en la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945. Pero, asentados, como resulta de las consideraciones que anteceden, los presupuestos contrarios, o sea la validez, respecto de los actores, del fideicomiso primeramente referido y la inoponibilidad a ellos del segundo de tales actos, no se encuentra que por la decisión recurrida hayan sido vulneradas en forma o por modo alguno, las normas a que se refieren los tres primeros cargos, los cuales son, por lo tanto, imprósperos.

H) El cargo cuarto es también improcedente, porque el Tribunal vio la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, en su objetividad misma, sin hacerle decir nada distinto de lo que ella expresa; y porque en la hipótesis de una posible agnacencia de otros hijos del matrimonio Méndez-Segura, no por ello los demandantes dejarían de tener la doble calidad de partícipes definitivos y de fiduciarios *secundum quid* en las cuotas de la nuda propiedad de "Las Azucenas" que, de acuerdo con los términos de la dicha escritura, les reconoció el sentenciador. Entonces, por uno u otro aspecto de esa compleja calidad, los demandantes han estado investidos de derecho para hacerla valer en juicio, rechazando como inoponibles a su interés aquellos actos en que no fueron parte y que, de haberlo sido, les serían vinculantes. Argumento superabundante de esta conclusión es el artículo 950 *ibídem,* según el cual "la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o *nuda,* absoluta o *fiduciaria* de la cosa". No se ve, pues, cómo hayan podido ser violados en el fallo los preceptos sobre dominio, modos de adquirirlo, tradición por el registro y objeto de éste, a que el cargo se refiere, el que se deshace en sus propios términos.

I) No menos inepto resulta el último cargo, o sea el propuesto directamente por la causal de incongruencia:

De sus dos pretensos motivos, ya está rebatido el referente a la alegación de no haber sido materia del juicio el acto de la Escritura número 661 de 10 de noviembre de 1945, pues, como ya se vio, no sólo la índole de la acción reivindicatoria intentada legitimaba al juzgador para entrar a decidir sobre el mérito y prevalencia de títulos en la confrontación de los producidos por las partes, sino que fueron los demandados quienes adujeron en defensa de su posición en el pleito aquel acto.

Y el segundo motivo de este cargo o sea el que se pretende hacer consistir en que el Tribunal no se pronunció sobre la excepción de prescripción extraordinaria propuesta por la parte demandada en su alegato de conclusión de la segunda instancia, carece de consistencia por las siguientes razones:

Porque el juzgador, al reconocer el derecho de los actores y declarar en favor de éstos la inoponibilidad de los actos a que se refirió implícitamente denegó la excepción. Pero, aunque así no hubiese ocurrido y tuviera que entrarse al estudio de la excepción en sí misma, se encontraría en este punto lo siguiente:

Que los demandados, al sumar el tiempo de su posesión a la de sus antecesores, no completarían veinte años de posesión continua con anterioridad a la notificación de la demanda. En efecto, aparece que esta diligencia se surtió respecto de Bertha Salamanca de Sarmiento, el 4 de noviembre de 1959, y de Heliodoro Sarmiento, el 5 de los mismos mes y año (folio 42 vuelto, cuaderno 1). Ahora bien, en la línea de antecesores de los demandados, la posesión continua tuvo principio precisamente el día 10 de noviembre de 1945 en que se otorgaron las ya conocidas Escrituras números 661 y 662 de la Notaría de Chocontá. Anteriormente, o sea arrancando de la Escritura número 162 de 18 de marzo de 1930, también conocida, y hasta el dicho 10 de noviembre de 1945, los esposos Víctor Méndez y Ana María Segura de Méndez, como usufructuarios de la finca de "Las Azucenas", que tal era entonces su título, no fueron poseedores de la nuda propiedad de ella, sino sus tenedores a nombre de los titulares de la misma, a términos del artículo 775 *ibídem,* que reza: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el *usufructuario,* el usuario, el que tiene derecho de habitación, son *meros tenedores* de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo *usufructo,* uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Entonces, solamente el 10 de noviembre de 1945, en que mediante la Escritura número 662 se produjo por parte de Ana María Segura de Méndez la intervención de su título de mera tenencia en título dominical, configuróse el fenómeno de su posesión sobre la nuda propiedad y sólo desde ese día hacia adelante podría contarse el lapso de la prescripción extraordinaria, según la regla tercera del artículo 2531, regla consistente en que "la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (hoy veinte, artículo 1º Ley 50 de 1936) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2ª Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

Ahora bien, a partir del 10 de noviembre de 1945 y hasta el 5 de noviembre de 1959 en que quedó notificada a los dos reos la demanda, no alcanzaron a transcurrir los veinte años indispensables para que pudiera haberse consumado la prescripción extraordinaria alegada por ellos. Vale decir, que en lo tocante con este punto, tendría la Corte que llegar a la misma decisión de fondo adoptada por el Tribunal.

No prospera, pues, ninguno de los cargos.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecisiete (17) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), 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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Emilio Ricaurte T.
Secretario Encargado

RECURSO DE HECHO

Cuantía para recurrir en casación. — Necesidad del traslado del dictamen pericial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 26 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Aprobado según Acta número 71 de fecha 24 de los corrientes).

El Tribunal Superior de Villavicencio, en sentencia del 1º de febrero de 1968, confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Puerto López, hoy Juzgado Civil Municipal, en el juicio ordinario de Isabel Rubio de Forero Navas frente a Eliseo Guamán Sandoval.

El referido fallo del primer grado, según relación que de él hace el Tribunal, resolvió, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el terreno denominado "El Platanal" o "El Darién", comprendido por los linderos determinados en la súplica primera de la demanda, hace parte de la finca conocida con el nombre "La Morena", antes "Santa Ana", adquirido por la actora según Escritura pública número 1075 del 5 de septiembre de 1962, otorgada en la Notaría de Villavicencio;

b) Que el demandado ocupa el terreno antes mencionado en virtud de contrato celebrado con Alberto Arias Suárez el 19 de diciembre de 1959;

c) Que este contrato terminó por vencimiento del plazo, por lo cual el demandado está obligado a entregar el terreno, previo el cumplimiento de las cláusulas de dicho contrato;

d) Que el demandado ocupa el terreno a título de aparcero y no tiene derecho de pedir la adjudicación del mismo, y

e) Que el demandado debe pagar las costas del juicio.

Este último interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

El Tribunal estimó que "la cuantía de la acción es incierta e indeterminada para efectos de la concesión del recurso de casación interpuesto por el apoderado del demandado" y ordenó el correspondiente avalúo.

El perito sorteado estimó "que la cuantía de la acción o interés del actor tenía un valor total de $ 81.495 moneda corriente, en el momento cuando se presentó la demanda".

Por auto de 29 de mayo de 1968, el Tribunal, con fundamento en el avalúo últimamente mencionado, denegó el recurso de casación.

El demandado recurrente impetró la reposición de dicho auto y, subsidiariamente, solicitó la expedición de copias para recurrir de hecho ante la Corte.

El Tribunal negó la reposición impetrada y accedió a la petición subsidiaria con fundamento en las consideraciones que en lo pertinente se transcriben: "Sobre el particular el Tribunal en providencia de 15 de mayo de 1968 expuso... 'Es norma legal en general, artículos 719 y 720 del Código Judicial, que el dictamen de los peritos se pone en conocimiento de las partes por tres días para que, dentro de ese término puedan pedir que aquéllos lo expliquen, amplíen o lo rindan con mayor claridad, si hay oscuridad o deficiencia en la exposición; lo mismo que también se puede objetar por error grave, fuerza, dolo o cohecho ... Pero en este caso especial de avalúo para recurrir en casación por ser dudosa la cuantía, el artículo 51 de la Ley 27 de 1963 (sic) no contempla el caso de que el dictamen deba ponerse en conocimiento de las partes, sino que producido éste, dice el artículo especial 'el Tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes'. Siendo lo anterior así, y no contemplando el caso de poner el dictamen en conocimiento de las partes, consecuencialmente no está

prevista su aclaración ni ninguna otra de las causales autorizadas. Las razones expuestas por el Tribunal y transcritas sobre el particular, en nada se consideran desvirtuadas. Además, este punto ya fue estudiado en reposición que lleva fecha 15 de mayo de 1968 a folio 75' ''.

Tiénese, pues, que el Tribunal sentenciador denegó el recurso de casación interpuesto por la parte demandada con base en un dictamen pericial que no fue puesto en conocimiento de las partes, por considerar dicho Tribunal que este requisito no es pertinente para los efectos del artículo 51 del Decreto 528 de 1964. Este concepto del Tribunal es erróneo, según ya lo tiene declarado la Corte en varias providencias. Así, en auto de 11 de mayo de 1967, se lee:

''Si el avalúo practicado por un sólo 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 éste, 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''.

A lo dicho puede agregarse que la expresión legal ''y producido éste, el Tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes'' no significa que dicho plazo haya de contarse a partir de la fecha en que el perito rinda el dictamen, sino de aquella en que éste quede ''producido'' con todas las formalidades legales para que dicho medio pueda ser apreciado como prueba plena.

Conclúyese de la precitada doctrina que el Tribunal sentenciador denegó prematuramente el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, por lo cual ha de ordenársele que proceda a darles cumplimiento a los artículos 719 y 720 del Código Judicial para, luego sí, decidir sobre la concesión o negativa del referido recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, decide el presente recurso de hecho, así:

1º Declárase prematuramente denegado por el Tribunal Superior de Villavicencio el recurso de casación interpuesto por el demandado Eliseo Guamán Sandoval contra la sentencia de segunda instancia de fecha 1º de febrero de 1968 en el juicio ordinario que contra el nombrado recurrente adelanta Isabel Rubio de Forero Navas.

2º Procédase por el Tribunal a darle cumplimiento a lo preceptuado por los artículos 719 y 720 del Código Judicial en relación con el dictamen pericial practicado para los efectos del referido recurso extraordinario.

3º Póngase en conocimiento del Tribunal esta providencia por medio de despacho en que se transcribirá el texto de la misma.

Archívense las diligencias.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

SEGUROS

Técnica de casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, septiembre 27 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 70 de 20 de septiembre de 1968).

Por medio de la Póliza AP-7035 de 8 de septiembre de 1959, la Suramericana de Seguros de Vida aseguró contra accidentes personales al señor Aníbal Avendaño Roldán hasta por la suma de $ 50.000.00 que debería ser cubierta en caso de muerte a la señora María Dominga Roldán de Avendaño, madre del asegurado. Este seguro, en virtud de las renovaciones respectivas se encontraba vigente el 26 de agosto de 1962, fecha en que el señor Avendaño Roldán falleció a consecuencia de las heridas recibidas en un ataque de bandoleros al vehículo en el cual viajaba el asegurado, junto con otras personas, hecho que tuvo ocurrencia en el paraje "Toro", ubicado entre las poblaciones de Obando y Molina del Departamento del Valle. No obstante los requerimientos hechos por la beneficiaria del seguro, señora Roldán de Avendaño, la compañía aseguradora se abstuvo de cubrir el valor de éste. Fue así, como dicha señora presentó demanda ordinaria ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, dirigida contra la nombrada sociedad aseguradora y en la cual se impetró:

a) Que la Suramericana de Seguros de Vida está obligada a cumplir el contrato de seguro por accidentes personales número AP-7013, celebrado entre dicha compañía y el señor Aníbal Avendaño Roldán.

b) Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a la dicha sociedad a pagar, dentro del término que señale la sentencia a María Dominga Roldán de Avendaño en su condición de beneficiaria de la póliza, la suma de $ 50.000.00 más los intereses por mora en el pago, por parte de la entidad demandada.

c) Que se condene a ésta el pago de la indemnización por perjuicios causados a la beneficiaria, y

d) Que se condene a la compañía demandada al pago de las costas.

El litigio se remató en primera instancia con fallo de 19 de febrero de 1964, favorable a las pretensiones de la actora en los pedimentos a), b) y d).

Recurrida esta providencia ante el Tribunal de Medellín, por la parte demandada, con fecha 30 de junio de 1964, se profirió la sentencia objeto del recurso de casación interpuesto por la parte actora y por medio de la cual se revocó la proferida por el juez *a quo* y en su lugar se absolvió a la demandada de los cargos que le fueron formulados.

El fallo recurrido

Examinados por el fallador los presupuestos procesales y encontrándolos satisfechos, empieza por transcribir algunas de las cláusulas contenidas en la póliza sobre contratos del seguro y sobre las cuales hace un detenido estudio. Rezan dichas cláusulas:

"Segunda. Definición de accidentes: Para efectos de la presente póliza entiéndese por accidente el hecho violento, externo y ocasional no causado voluntariamente por una persona, que causa lesiones corporales evidenciadas por contusiones o heridas visibles o lesiones internas médicamente comprobadas, o ahogamiento".

"Novena. Riesgos excluidos: Este seguro no cubrirá pérdidas o incapacidades causadas di-

recta o indirectamente, totalmente o en parte, por los siguientes hechos:... e) Lesiones o muerte causadas por otra persona, salvo que quien reclame demuestre que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito, o a lo sumo de un hecho culposo''.

Dice el Tribunal: ''Precisamente, en ello ha sustentado su defensa la parte opositora, alegando que la muerte del asegurado se produjo por causa no prevista en el seguro o excluida en cuanto al mismo, por lo que naturalmente ha de estudiarse si en verdad lo transcrito basta o no para resolver en forma distinta al juzgado de primera instancia. La legislación imperante establece que por el contrato de seguro la persona aseguradora 'toma sobre sí, por determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro ...' (artículo 674 del Código de Comercio) y que '... No estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos, salvas las excepciones legales' (artículo 660 *ibídem*). Compréndese entonces sin mayores esfuerzos que las entidades aseguradoras no están obligadas a asumir en los contratos de seguros todos los riesgos a que pueden estar sujetas las personas y las cosas, que dichos contratos pueden quedar circunscritos a cierta clase de riesgos o accidentes únicamente por los cuales se comprometa la responsabilidad de la persona aseguradora, sin que sea factible responsabilizar a esta en relación con lo concretamente excluido''.

''En armonía con el inciso final del artículo 660 del Código de Comercio, la definición de riesgos que no asume quien sea asegurador debe ser hecha de modo específico, en forma que no presente dudas o equívocos, lo que se hace de más nitidez tratándose de seguros sobre accidentes personales que naturalmente son cubiertos o previstos de manera general, ocurrencia que de suyo hace menester que se precisen con certeza aquellos supuestos de excepción o que quedan por fuera del seguro contratado''.

Fundamenta el anterior concepto el fallador con cita de Isaac Halperin ''Contrato de Seguro'' (página 275); y transcribe apartes de la sentencia de la Corte de 12 de diciembre de 1936 (Tomo XLV, página 686).

Continúa el Tribunal: ''En los contratos de seguro de una u otra naturaleza (artículo 634 y siguientes del Código de Comercio) es elemento esencial la existencia de riesgo o riesgos (646 del Código de Comercio), lo que hizo prever al legislador que en las pólizas ha de ser hecha fijación sobre el particular (artículo 640 numeral 5º) para definir cuáles asume la persona aseguradora, si todos o algunos de aquellos a que esté expuesto lo asegurado (artículo 634 *ibídem*), pues del conocimiento común es que '... No estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos ellos, salvas las excepciones legales' ''.

''Compréndese así que la cláusula segunda, antes copiada, es de marcada significación en la relación contractual hecha nacer por el finado señor Avendaño Roldán y la sociedad opositora, puesto que en aquella quedó definido de modo general qué clase de riesgos asumía la sociedad en cuanto a la vida e integridad corporal del asegurado. La estipulación referida está ajustada a la legalidad existente, no es portadora de algún vicio que la invalide, luego sería impropio mirarla como algo accesorio o accidental, desprovista de efectos como en veces se consideran en la doctrina y la jurisprudencia ciertas cláusulas de los contratos de seguro '... cláusula que recoge una de las estipulaciones trascendentes del contrato celebrado, algo dispositivo en el mismo, destinado a influir en la ejecución de él, como es comprensible, sin que tampoco sea factible calificarlo de simplemente accidental ...' ''.

Agrega el fallador, que no sólo en la cláusula segunda quedó precisado hasta dónde respondería la sociedad, sino también en la novena sobre exclusión de riesgos y particularmente en su letra e) ''lo que muestra claridad y no es exigente de mayores esfuerzos para su comprensión, puesto que hizo la exclusión de los accidentes ocasionados por el obrar voluntario de otra u otras personas''.

''La parte actora ha insistido en sostener que el fallecimiento del señor Avendaño Roldán se debió a caso fortuito, fenómeno que define la legislación (artículo 1º Ley 95 de 1890) y sobre el cual abundan las exposiciones de los doctrinantes y de la jurisprudencia (*Gaceta Judicial* número 1971; número 1989, página 376; número 1993, página 166, etc.), y que destacan los conceptos de imprevisibilidad e irresistibilidad como integrantes de él, y observan que lo subjetivo es elemento que en veces incide en el mismo, conforme lo expresó el Tribunal en sentencia que transcribe la parte actora en su alegación ... Con ello pretendió dicha parte establecer la existencia del derecho reclamado y de consiguiente, la obligación de la sociedad demandada. Empero, aunque se admita que para el señor Avendaño Roldán el hecho generador de su muerte puede mirarse como fuerza mayor o caso for-

tuito, de allí no brota la existencia del derecho reclamado, en atención a que la opositora no resulte asumiendo toda especie o cualquier caso fortuito, sino aquellos en que falte voluntariedad subjetiva. Ya está visto que bajo la letra e) se aludió el caso fortuito pero ajeno e independiente de una voluntad de tercero polarizada a lesionar o morir el asegurado, lo cual sustenta inferencia en el sentido de que falta un elemento básico para concluir del modo que concluyó el señor juez del conocimiento. Tal literal comprendió el hecho culposo, tomada la expresión en su natural alcance jurídico, esto es, sin ánimo deliberado que ejecutara otra persona, sin propósito de lesionar o matar".

En desarrollo de su pensamiento el sentenciador estima que son aplicables los artículos 1618, 1620, 1622 y 1602 del Código Civil.

El recurso

Dos cargos se formulan contra la sentencia:

Primer cargo. Reza literalmente así: "Como primera causal para sustentar la acusación de la sentencia impugnada me permito citar la *violación directa de la ley,* por infracción directa de la misma, concretamente de los artículos 635 del Código de Comercio, inciso 2º, en concordancia con el artículo 1624 del Código Civil".

"Consiste, dice el censor en la más categórica violación de la ley, ya que equivale al desconocimiento de la voluntad abstracta de la norma. En efecto, el sentenciador violó un mandato, cual es el artículo 1624 del Código Civil, en la determinación de los efectos del contrato, ya que dicha norma no entraña un precepto meramente adjetivo, sino que comporta, en un contrato por adhesión como lo es el de seguro, el derecho indiscutible que tiene la parte adherente a que las cláusulas del mismo, las cuales han sido extendidas o dictadas íntegramente por la entidad aseguradora, sean interpretadas en contra de aquélla".

Estima el recurrente que el criterio de favorabilidad constituye un derecho sustancial y no adjetivo de necesaria aplicación en los contratos de adhesión, los cuales difieren en esencia de los de tipo meramente conmutativo y que todos los doctrinantes se hallan de acuerdo en sostener que lo fortuito del hecho causal dice relación a la persona del asegurado, esto es, al sujeto cuyo patrimonio es objeto de la amenaza del riesgo; que los actos voluntarios de terceros, aunque objetivamente considerados no revistan el carácter de fortuitos, lo son desde el punto de vista de quien soporta sus consecuencias económicas, ya que para él tales actos resultan imprevisibles e irresistibles; que en los seguros de personas, en tratándose de accidentes, nuestra legislación no contempla normas que modifiquen el alcance absoluto del principio de fortuidad que por estas razones a este tipo de seguro le es aplicable el principio que establece el inciso 2º del artículo 635 del Código de Comercio, el cual al disponer que se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados está identificando el riesgo como caso fortuito y que esta identidad encaja dentro de la concepción moderna del riesgo que hace de éste un hecho incierto que no depende en forma exclusiva de la voluntad del asegurado, aunque en la producción de aquél haya intervenido la de terceros, como que la órbita del amparo se disminuiría considerablemente —casi se le suprimiría— si su efectividad sólo se actualizara ante el advenimiento de hechos o fenómenos meramente naturales como un terremoto, inundación, etc.

Expresa el autor del recurso que las normas citadas han sido violadas en forma directa y sin ambajes, ya que el Tribunal al enjuiciar el asunto se encontró con el caso fortuito demostrado y sólo faltaba aplicar correctamente la ley al caso previsto por él; que en realidad, y no obstante la definición unilateral del accidente dada por el asegurador en la póliza —sin que el asegurado tuviera previo conocimiento de ello— era de forzosa interpretación la ambigüedad de la cláusula novena, letra e) en favor de la beneficiaria, ya que allí se contempla un caso de excepción, como que se trató precisamente de señalar un evento de exclusión, es decir, de exoneración del pago del seguro, de innecesaria y redundante inclusión en el cuerpo del contrato al tenor de la definición de accidente ya dictada por el asegurador; que en sí en la definición de accidente se estudió el hecho proveniente de terceros, en la referida exclusión simplemente se derogó la presunción legal consagrada en pro del asegurado en el artículo 663 del Código de Comercio, al invertir la carga de la prueba que arrojara hacia la beneficiaria el deber procesal de la demostración de si las lesiones o la muerte fueron ocasionadas por caso fortuito, o a lo sumo, por un hecho culposo, radicados ambos en cabeza del mismo.

Cita la censura apartes de la sentencia de casación de la Corte de fecha 12 de diciembre de 1936, en donde se exponen las características que gobiernan los contratos de adhesión y estima co-

mo el censor, inadecuada la distinción hecha con respecto a las cláusulas del contrato de seguro entre principales o esenciales y secundarias o accesorias, recalcando el interés, que según el Tribunal, debió haber puesto el adherente en el alcance de la cláusula novena literal e), lo cual no pasa de ser una sutileza ya que en este tipo de convención no entra en libre juego la voluntad contractual; que si de la citada cláusula surge por lo menos una duda "y si con respecto de la interpretación de tales cláusulas en este tipo de contratos existe un mandato como en el artículo 1624 del Código Civil, el cual dice que las cláusulas ambiguas se interpretarán y no que se podrán interpretar, no se ve razón alguna para que el juzgador haya desatendido ese imperativo legal pretextando claridad donde no la había".

Por último, el censor cree que en materia de interpretación contractual son susceptibles los fallos de censura en casación por errores *in judicando,* según doctrina que la Corte sentó en sentencia de 24 de marzo de 1955, transcribiendo uno de los pasos de aquel fallo.

Se considera

De manera concreta el censor en este primer cargo invoca la causal contenida en el inciso primero del artículo 520 del Código Judicial vigente por la fecha de la presentación de la demanda, señalando "violación directa por infracción directa" de los artículos 635 del Código de Comercio, inciso 2º, en concordancia con el artículo 1624 del Código Civil.

Entiende el recurrente que esta última norma no tiene un carácter meramente adjetivo sino sustantivo, como que ella consagra un deber a cargo del fallador y que éste interpretó erróneamente el contrato de seguro cuando al aceptar la existencia del caso fortuito que ocasionó la muerte del asegurado Avendaño Roldán, vulneró los derechos de la actora beneficiaria del seguro, por el desconocimiento del significado "de riesgo" que trae el inciso 2º del artículo 635 del Código de Comercio y "por infracción directa del precepto de hermenéutica jurídica que consagra el artículo 1624 del Código Civil" al darle a la cláusula 9ª letra e) de la póliza una consecuencia distinta de la que debe tener por el aspecto jurídico.

Sea lo primero observar que el censor incurre en error cuando le da a la preceptiva contenida en el Título XIII del Libro IV del Código Civil un carácter suficiente, por sí solo para sustentar el recurso extraordinario cuando se han interpretado erróneamente las cláusulas de un contrato. Las jurisprudencias por él citadas no respaldan su aserto; por el contrario, la Corte ha dicho que "la interpretación de un contrato es motivo de casación con base en el inciso 1º del artículo 520 del Código Judicial, cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas *en la calificación de la convención o en la determinación de sus efectos". Esta doctrina citada y subrayada por el autor del recurso, está indicando indubitablemente que una interpretación errada de la ley del contrato puede ser alegada en casación, pero cuando con esa interpretación equivocada se violan consecuencialmente normas superiores consagratorias de derechos subjetivos, que deben ser citadas para la prosperidad del cargo.*

En fallo de 23 de febrero de 1961 (Gaceta Judicial, Tomo XCIV números 2235-2236), la Corte estudió a espacio lo relacionado con la aplicación del citado Título XIII y las consecuencias que se deducen por la violación de la ley contractual o de su errónea interpretación, ya se trate de error jurídico o de errores de hecho o de derecho en que haya incurrido el fallador. Error jurídico "que puede ocurrir cuando el juez al determinar el sentido de la declaración de voluntad, viola una norma de hermenéutica y, como secuela de ello le da al negocio jurídico debidamente comprobado, una calificación errónea o le atribuye efectos que no le corresponden, con quebranto simultáneo de preceptos sustanciales. Excepcionalmente admite la doctrina la impugnación del fallo por error de hecho, si este reúne la calidad de manifiesto, vr. gr., cuando la interpretación del contrato efectuada por el Tribunal atribuye a una declaración de voluntad un significado categóricamente *contrario a la intención resultante de las palabras que componen la declaración". Y que al tomar "el documento como prueba del acto jurídico, que el Tribunal ha apreciado erróneamente o ha dejado de valorar, se exige de acuerdo con el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que, como consecuencia, se haya violado la ley sustantiva ...".*

Aunque el artículo 1624 es sustantivo, su infracción no basta por sí sola para configurar un cargo en casación por no integrar una proposición jurídica completa.

Pero si ante la claridad de los términos del ataque "infracción directa", pudiera aceptarse que el recurrente quiso fundamentarlo también en la infracción directa del artículo 635, inciso 2º, del Código de Comercio, intentando estructurar una proposición jurídica completa con la cita del 1624 del Código Civil, el cargo tampoco sería viable en el recurso. En efecto, aquel precepto dice que: "se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados"; lo que indica que esa definición de carácter descriptivo tampoco completaba la calidad de la proposición de que se viene hablando; además, no hay que olvidar que a términos del artículo 660 del mismo Código de Comercio "el asegurador puede tomar sobre sí todos o algunos de los riesgos a que esté expuesta la cosa asegurada y que no estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos, salvo las excepciones legales".

Radica en esta disposición el fundamento legítimo de las exclusiones convencionales, es decir, de aquellos hechos o circunstancias, que, aun siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen, por acuerdo de las partes, la responsabilidad del asegurador.

El cargo es inane.

Segundo cargo. "Consiste, dice el censor, en la violación indirecta de la ley por indebida aplicación consistente en evidente error de hecho en la apreciación probatoria de la cláusula 9ª del contrato, letra e) que reza lo siguiente: 'Cláusula novena. Riesgos excluidos: Este seguro no cubre pérdidas o incapacidades causadas directa o indirectamente, totalmente o en parte por los siguientes hechos: ... e) lesiones o muerte causadas por otra persona, salvo que quien reclame demuestre que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito o, a lo sumo de un hecho culposo' ".

Continúa el censor: "Se sostuvo en las instancias —luego de haberse demostrado fehacientemete, la circunstancia del caso fortuito para el asegurado que constituyó el hecho en razón del cual aquel perdió la vida— que el verdadero sentido aclaratorio de la referida cláusula era abrir el campo a la presunta beneficiaria para demostrar que el insuceso no había sido la culminación de un hecho por el cual el asegurado se hubiera constituido en motor inicial del mismo en forma deliberada, como hubiera sido v. gr. la promoción de una riña por aquél con ánimo expresamente belicoso (dolo del asegurado), pues que aun en el caso de constituir para el mismo un hecho culposo (exponerse imprudentemente a ser atropellado por un vehículo) podrá haber lugar a la indemnización contractual pactada". Sostiene el censor que a nadie se le ocurriría pensar que lo que allí se quiso pactar era la demostración del caso fortuito o la del hecho culposo con respecto a determinadas terceras personas, ya que de ordinario nadie está en condiciones de responder por la conducta de los demás y que, además, se prestaría a innúmeros problemas tratar de exhibir elementos sicológicos de tal naturaleza (dolo o culpa) con éxito dentro de un proceso penal por quien no tiene *ab initio* inmediatas facultades procesales para lograr tal cometido; que tratándose de un típico contrato de adhesión como es el del seguro, la impugnación se dirigirá a demostrar que hubo violación indirecta de preceptos sustanciales en el campo probatorio al no estimar en debida forma la citada cláusula contractual; que ese error manifiesto existió; que la referida exoneración no admitía dualidad de interpretación razonable en vista de la norma legal vigente sobre contratos por adhesión, consagrada en el estatuto legal sustantivo por el artículo 1624, cuyo texto transcribe en su integridad.

Después de citar nuevamente la sentencia de 23 de febrero de 1961, a que antes se ha hecho referencia, y de extenderse sobre lo que el censor estima en relación con el error de hecho en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la cláusula contenida en la póliza, concluye el cargo manifestando: "Considero así, pues, que el segundo cargo deducido en casación resulta obvio por la violación de tales reglas interpretativas, lo que ha producido como secuela necesaria el quebrantamiento de ley sustantiva, con lo cual queda el fallo impugnado dentro de la llamada violación medio, que condujo, inexorablemente, a la violación fin de las normas sustanciales *ab initio,* vale decir a la indirecta violación del contrato por violación de los principios de hermenéutica jurídica ... por errores en la interpretación de la cláusula 9ª, literal e) de la Póliza AP-7035".

Se considera

Al través de este cargo el recurrente no cita como violado sino el artículo 1624 del Código Civil y ya se ha visto que tal precepto, por sí solo, no es motivo suficiente para que prospere el recurso. La referencia que ha hecho de la sentencia de la Corte que atrás se ha anotado, en ninguna parte corrobora el pensamiento del recurrente. Cuando se violan las normas legales

sobre la interpretación de los contratos contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, es preciso señalar también los preceptos sustanciales que por consecuencia del equivocado criterio del Tribunal han sido infringidos.

El mismo autor del recurso habla de *violación medio,* que condujo a la *violación fin* de normas sustanciales que no cita. Esto sería suficiente para rechazar el cargo por hallarse incompleto y ser por lo tanto ineficaz, con notoria deficiencia, por consiguiente, de la técnica que regula el recurso.

El cargo es inane.

Decisión

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario seguido por María Dominga Roldán de Avendaño contra la Suramericana de Seguros de Vida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Cajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

RESCISION POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El vicio del consentimiento como causal de nulidad, se presume en los contratos celebrados en tiempo de violencia generalizada. — La acción rescisoria establecida por el artículo 2º de la Ley 201 de 1959 no prescribe sino desde el día en que se declara restablecido el orden público.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, octubre 15 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 77 de 8 de octubre de 1968).

Carlos Julio Cantor demandó en juicio ordinario a Juan de Jesús Alfonso Peña ante el Juzgado del Circuito de Garagoa, para que con su citación se hiciesen las siguientes declaraciones:

Primera. Decretar la nulidad o rescisión por vicio en el consentimiento del vendedor, del contrato de compraventa celebrado entre Carlos Julio Cantor y Juan de Jesús Alfonso Peña, recogido en la Escritura pública número 402 otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Guateque, el 2 de noviembre de 1950, registrada el 9 de enero siguiente, "cuya prestación por parte del demandante Cantor, consistió en unas mejoras y los terrenos en que éstas se encontraban y aún se encuentran, denominado en su conjunto 'El Guamo', vereda de Gaceno, Municipio de Campohermoso, hoy jurisdicción del Municipio de San Luis de Gaceno", por los linderos que se expresan en el libelo. Que se declare rescindido el susodicho contrato de compraventa y sin ningún efecto jurídico la escritura que lo contiene.

Segunda. Que "consecuencialmente, se ordene dejar las cosas en el estado que tenían antes del contrato, como es la restitución de los terrenos materia del mismo, terrenos que se deben devolver junto con sus mejoras, cercas, casas y en general con todos los bienes que forman parte de los terrenos por considerárseles inmuebles por conexión con ellos".

Tercera. Que se condene al demandado a pagar los frutos naturales y civiles según las normas sustantivas sobre buena o mala fe.

Cuarta. Que en caso de no entrega oportuna de los terrenos y mejoras se condene al demandado a pagar todos los gastos que la entrega acarree.

Quinta. Que se declare la nulidad de la Resolución número 408 de 5 de octubre de 1955 registrada el 8 de abril de 1956 en Miraflores, emanada del Ministerio de Agricultura-División de Recursos Naturales-Sección de Baldíos.

Sexta. Que se ordene la cancelación en la Oficina de Registro de la resolución indicada en la petición anterior.

Séptima. Que se ordene la cancelación de la inscripción de la Escritura número 402 antes citada.

Como hechos fundamentales de la acción se sintetizan los siguientes:

a) Cantor tuvo en posesión material desde mayo de 1941, una parte, y otra desde mucho tiempo antes, de los terrenos que son materia de la demanda, ejecutando sobre ellos actos de señor y dueño.

b) "Además de haber sido poseedor material hasta la fecha en que la violencia política se lo permitió, lo fue también inscrito, como consta en las transacciones que efectuó con Ambrosio Martínez y Luis Edilberto Bernal y de que dan fe entre otras la Escritura número 224 de 28 de mayo de 1941, de la Notaría de Garagoa".

c) A causa de la violencia política desencadenada en todo el país por los años de 1948 y siguientes, "la presión y persecución de que fue víctima Cantor por parte de los vecinos, de los agentes del gobierno, y de las personas integrantes de los grupos que sostuvieron las guerrillas, Cantor vendió los terrenos al demandado, junto con las mejoras allí existentes por medio de la Escritura número 402 citada".

ch) En la época de la venta reinaba en el Municipio de San Luis de Gaceno y en todos sus alrededores, un clima de violencia política de graves características, "tan intensa que produjo en el ánimo de mi poderdante un justo temor de ver expuesta su persona, su familia y sus bienes a males irreparables y graves ... y ante este temor cuya solución era o vender su fundo a cualquier precio que hubiera, o abandonarlo, y de todas maneras salirse de la región, tuvo que otorgar la escritura citada y de esta manera salvarse de los horrores que le amenazaban".

d) En estas circunstancias, Cantor celebró el contrato "en circunstancias tan desventajosas para el vendedor que si aquellas no hubieran existido o no lo hubieren colocado en situación tan sofocante y angustiosa, no habría contratado".

e) El único móvil determinante de este contrato fue el horror a la violencia política que lo perseguía y agobiaba, tanto más cuanto por todas partes y por toda persona conocida se comentaba el peligro que corría la vida de Cantor, de su familia y la pérdida de sus bienes; cuando fue notificado en múltiples ocasiones para que se retirara del fundo y de este Municipio (Garagoa), se anota, donde fue abaleada y herida de gravedad una de sus pequeñas hijas; todo lo cual debido al estado de inseguridad hizo que el gobierno declarara turbado el orden público y en estado de sitio toda la nación.

f) "Para celebrar el contrato citado el señor Jesús Alfonso Peña se aprovechó precisamente de los hechos violentos políticos para tomar así una ascensión aberrante y desproporcionada sobre su vendedor, porque, inclusive, el precio recibido a cambio del fundo y sus mejoras es simplemente irrisorio y bajo por lo demás".

g) El comprador se encuentra en posesión material del fundo y Carlos Julio Cantor ni expresa ni tácitamente ha ratificado la nulidad "procedente de la fuerza que actuó sobre su voluntad al contratar".

h) Con posterioridad al contrato de venta referido, e inmediatamente después, "mi demandado invocando el título de cultivador material o poseedor de baldíos del fundo a que he venido refiriendo, obtuvo del Ministerio de Agricultura-División de Recursos Naturales-Sección de Baldíos se le adjudicara como si en realidad hubiera sido baldío y éste lo hubiera adquirido por prescripción agraria, sin que hubiera sucedido ni lo uno ni lo otro, por medio de la Resolución número 308 de 5 de octubre de 1955, registrada el 8 de abril de 1956 en Miraflores".

i) Desde el tiempo en que el demandado entró a poseer el fundo comprado a Cantor, a la fecha en que obtuvo la adjudicación, no alcanzó a poseer 5 años, ni poseyó con buena fe de que los terrenos eran baldíos, pues, allí existían los potreros y mejoras hechas por Cantor, lo que hacía presumir el dominio privado.

Corridos los procedimientos de rigor el negocio fue fallado en primera instancia en forma favorable al demandado.

La parte demandante apeló ante el Tribunal de Tunja, que profirió el fallo objeto de este recurso de casación, y por medio del cual se revocó la sentencia del inferior y en su lugar decretó la nulidad del contrato contenido en la Escritura número 402 ya citada y ordenó su cancelación; se condenó "a las partes contratantes a la restitución de la cosa y precio recibidos en virtud del contrato a que hace relación el punto anterior ...". Se ordenó el registro de la sentencia y se absolvió al demandado de las demás peticiones del libelo con costas a cargo de la parte vencida.

El fallo recurrido

El fallador de segunda instancia, hace una síntesis de los antecedentes del juicio y entrando al fondo del negocio hace referencia a lo dispuesto por el artículo 1502 del Código Civil y expone: "Que dentro de los vicios del consentimiento, está el de la fuerza, que bien puede ser moral o material. Pero este factor puede tener diferente repercusión, según la forma en que se desarrolle y la persona contra quien se dirige, el legislador señala en el artículo 1513 del Código Civil, una apreciación al funcionario al decir que la fuerza no vicia el consentimiento", sino en las condiciones expuestas en ese mandato y agrega: "el mismo legislador se vio obligado en 1959 a dictar la Ley 201 para aclarar y complementar entre otras disposiciones, la contenida en el artículo 1513 del Código Civil. Has-

ta entonces se había concentrado la violencia de una o varias personas, pero en calidad particular. No se había considerado legalmente la violencia generalizada que incide en el consentimiento que se presta al contratante. Fue así como se consideró en el artículo 1º de esta ley, que en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria de estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento, cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado ...''

''En el fallo apelado, el juzgado considera que debe aparecer demostrado un desequilibrio económico que sobrepase a los límites indicados para la lesión. Este criterio cuantitativo no es el acertado para interpretar la Ley 201 de 1959; porque la cuantía del aprovechamiento en favor de una de las partes, no es el que, determina la nulidad del contrato, como ya se advirtió. Una cosa es contratar con plena libertad jurídica pero con desventaja económica tan poderosa que puede conducir a la declaración de rescisión por lesión enorme; y otra cosa, muy distinta por cierto, es contratar sin libertad jurídica, sin consentimiento pleno, aunque el desequilibrio económico sea relativamente reducido. Así una persona instalada en determinado lugar con su familia que nunca ha pensado en abandonar ese domicilio, puede verse obligada de un momento a otro por la fuerza a vender su casa y a trasladarse a otro lugar. Bien puede que haya recibido como precio una cantidad mayor al que realmente corresponde en el momento de la compra y venta de la cosa; pero si no se le dejó libertad de contratar, ese consentimiento adolece de vicio. El legislador de 1959, al dictar la Ley 201, pensó en establecer una sanción civil para quienes se aprovechan de las situaciones de trastorno de orden público. La expresión 'Cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga' no puede entenderse sólo circunscrita a un aprovechamiento económico. Claro, que quien demanda la nulidad con fundamento en esta ley debe comprobar ante el juez los hechos que acrediten ese aprovechamiento, los que en su mayoría se traducen en ventajas económicas. En el presente caso aparece la prueba del contrato al cual se dirige la acción de nulidad, contrato éste contenido en la Escritura número 402, del dos (2) de noviembre de 1950. El negocio se hizo en una época en que se encontraba en estado de sitio todo el territorio nacional. La prueba sobre violencia ejercitada en la región en donde se encuentran los bienes materia del mencionado contrato está acreditada con bastantes testimonios. Sobre esto aparece una prueba copiosa''.

El Tribunal entra luego a analizar los testimonios de Julio Salamanca y Fideligno Gama, para deducir la siguiente conclusión: ''Sobre la gravedad de la violencia desatada en la región de San Luis de Gaceno dan fe numerosos testimonios. Del examen de estas pruebas se establece que el demandante Carlos Julio Cantor sufrió el impacto de esa tragedia, tuvo que abandonar su finca e irse a una capital de provincia, a Garagoa; pero allí también fue víctima de esa violencia generalizada. En esta población fue herida su hija Ana Victoria de un tiro de fusil''.

El mismo Fideligno Gama citado por el Tribunal, afirma: ''... que el señor Carlos Julio Cantor tuvo que vender su finca de San Luis de Gaceno y salirse de allí por temor a la violencia política, y claro que él tuvo que vender su finca a menos precio ...''

Se refiere el Tribunal a las lesiones sufridas en Garagoa en una de las hijas de Cantor, citando los testimonios correspondientes, y más adelante transcribe la declaración de Roberto Vargas en que éste da cuenta de violencia ejercitada en la región de San Luis de Gaceno.

''Se observa, dice el fallador, que el vendedor no recibió parte alguna del precio de la cosa vendida en el día del otorgamiento de la escritura, la cual, como ya se observó se hizo el 2 de noviembre de 1950. Consta en el título que el precio se lo pagaría el comprador el 22 de marzo de 1951. No se puede dudar de que quien contrata dentro de las circunstancias en que lo hizo Carlos Julio Cantor, lo hace en condiciones enormemente desfavorables y sin libertad de consentimiento. Y quien compra a otro una cosa, a sabiendas de la situación anormal en que el vendedor se encuentra se presume que se aprovecha de esa situación desfavorable para contratar''.

En uno de los pasos de la sentencia el Tribunal se refiere a la petición de nulidad del título de adjudicación del baldío denominado ''Los Guamos'' hecho a favor de Juan de Jesús Alfonso Peña; admite que esa resolución es de carácter administrativo y por consiguiente de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y agrega: ''Pero examinada la demanda en sí e interpretada en su verdadero alcance, lo que el actor pide es la cancelación del título adjudicatario y del registro de éste, cuestión és-

ta que se traduce en reclamación para defender su derecho de colono; pero que, en verdad, sólo debe cumplirse cuando se haya oído no sólo al adjudicatario sino a quien hizo la adjudicación del inmueble también. De todas maneras, quien es dueño de mejoras puestas en baldíos tiene derecho a permanecer como poseedor de las mismas y sobre la superficie que la ley permite a los colonos y con la preferencia legal para recibir la adjudicación correspondiente. Si se le despoja, ese poseedor tiene derecho a ser restituido. Si ha hecho una venta y ese contrato se declara nulo, ese mismo colono debe volver al estado anterior de posesión de las mejoras, no importa que la superficie continúe radicada en cabeza del estado o en otra cabeza cualquiera por adjudicación que aquél haya hecho a un particular".

El recurso

El censor luego de hacer un resumen de los antecedentes del juicio, acusa la sentencia "por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa por indebida aplicación y por haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas . . . ".

Los cargos los discrimina la censura en dos capítulos que se examinarán en seguida.

"Capítulo primero. Violación de ley sustantiva. Primer cargo".

"La sentencia recurrida infringe de manera cierta por aplicación indebida, los artículos 1513 del Código Civil y el 1º de la Ley 201 de 1959".

Afirma el autor del recurso que "en efecto el sentenciador construye un fallo sobre la idea de que el caso litigioso consiste en que Carlos Julio Cantor vendió a José de Jesús Alfonso unas mejoras, bajo la influencia del temor causado por la violencia generalizada en la región, en el momento del contrato, por la suma de $ 5.000.00".

Afirma que en los autos no aparece probado lo que según el artículo 1º de la Ley 201 debe tenerse como fuerza que viole el consentimiento, esto es, la celebración de un contrato "en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de normalidad jurídica no se hubiera celebrado", y que por ello el sentenciador aplicó indebidamente las disposiciones legales citadas. Dice que "al aplicar el artículo 1513 del Código Civil, el fallador apoyado en la hipótesis del perjuicio del vendedor, hipótesis inexistente en el expediente lo aplicó indebidamente".

Después de citar la sentencia de 28 de julio de 1958, sobre la conexidad de los artículos 1513 y 1514, expone que con posterioridad a la expedición de la Ley 201, el juzgador debe examinar si en los autos se hallan comprobados hechos y circunstancias que determinen un vicio en la voluntad del contratante; y que como esa prueba no aparece en autos, se aplicaron indebidamente las normas que ha señalado como infringidas, negando que en los autos aparezca demostrado el estado de sitio y el perjuicio económico padecido por el vendedor.

"Capítulo primero. Segundo cargo".

"La sentencia recurrida violó, por infracción directa el artículo 1514 del Código Civil".

Para sostener el ataque la censura transcribe algunos pasos de la sentencia del Tribunal para llegar a la conclusión de que "nada obsta para que aun dentro del estado de sitio, se entre a comprobar la existencia de la violación que vicie el consentimiento, dentro de la doctrina de los artículos 1513 y 1514 del Código Civil, puesto que el desequilibrio económico del contrato es un medio adicional para probar el vicio en el consentimiento, pero que no sustituye lo ordenado por el artículo 1514 del Código Civil. Pero el fallador obró como si este artículo hubiera sido derogado, dejó de aplicarlo y por ello lo infringió".

La Corte considera

Estos dos cargos parten de la base de que el sentenciador dejó de aplicar al caso del pleito el artículo 1514 del Código Civil que guarda íntima relación con el 1513 *ibídem* y que no se hallan comprobadas las circunstancias o situaciones a que se contrae el artículo 1º de la Ley 201 de 1959. *El artículo 1502 del Código Civil determina las condiciones esenciales que deben existir para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad y en el numeral 2º se especifica que el consentimiento no adolezca de vicio.*

Tradicionalmente estos principios son aplicables en el caso de que la violencia generadora del temor, sea obra del otro contratante o de tercera persona dirigida a obtener el consentimiento de la persona sobre la cual se ejerce la presión violenta, logrando de este modo una decisión negocial contraria al querer de su autónoma voluntad.

Al lado de ello el legislador de 1959 mediante la Ley 201, vino a corregir y sancionar el aprovechamiento indebido surgido de una situación

de anormalidad social y política que permitía el enriquecimiento sin causa, ya que la adhesión contractual sería prestada como resultado de una violencia generalizada que haría presumir que en circunstancias de normalidad jurídica no se habría verificado el negocio en las condiciones tan desfavorables en que se hubo de celebrar.

Sobre estos presupuestos doctrinarios surge la invalidez de los cargos que se contemplan. *La Ley 201 vino a hacer operante como vicio del consentimiento, la violencia generalizada en virtud de la cual se obtenga "cualquier aprovechamiento 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". El Tribunal no alude al perjuicio económico que anota la censura sino al aprovechamiento padecido por el vendedor como consecuencia de la grave situación de peligrosidad que se vivía en el lugar en donde se hallaban las mejoras, objeto del contrato de compraventa, situación a que se contraen los varios testimonios que el fallador tuvo en cuenta en su providencia.*

Y la inoperancia del ataque por falta de aplicación del artículo 1514 del Código Civil es evidente, porque de acuerdo con el espíritu y términos del artículo 1º de la Ley 201, lo que quiso el legislador, como se ha dicho, fue determinar que el vicio del consentimiento como causal de nulidad se presumiera cuando bajo la declaración del estado de sitio a virtud de conmoción interna, se celebrase un contrato durante la violencia generalizada en condiciones tan desfavorables que hicieran presumir la carencia de la autonomía de la voluntad por parte de la persona perjudicada con ello.

El recurrente en el curso de la demanda reconoce que: "está igualmente probado que en el momento de la celebración de los referidos contratos había estado de sitio en todo el territorio nacional"; pero parece pensar que como la violencia no fue dirigida directamente por Juan de Jesús Alfonso Peña contra su vendedor, el Tribunal violó el artículo 1514, sin tomar en consideración lo dispuesto por la Ley 201 de 1959.

Se rechazan estos cargos.

"Capítulo segundo. Primer cargo. Violación indirecta de ley sustantiva".

Dice el censor que: "La sentencia recurrida viola indirectamente como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas el artículo 1602 del Código Civil y todos aquellos que como el 1502, el 15 y 16 de la misma obra enuncian y contienen el fecundo principio de la autonomía de la voluntad que domina todo nuestro sistema jurídico".

Y adelante agrega: "que si 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', para rescindir un contrato es necesario que se pruebe en forma satisfactoria la existencia de la causa legal que lo invalida ..."

"El demandante, continúa el recurrente, estaba obligado a probar el hecho de la fuerza, pero no logró hacerlo en la forma en que lo exigen los artículos 1513 y 1514 del Código Civil, ni en la forma que es necesaria, según el artículo 1º de la Ley 201 de 1959".

Reconoce que la violencia imperante en la región donde se encuentran los bienes materia del contrato está acreditada con bastantes testimonios. "Sobre esto aparece una prueba copiosa".

Sostiene el cargo afirmando que "el fallador comete un manifiesto error de hecho, porque ninguna de las declaraciones se refiere a hechos de fuerza contra Carlos Julio Cantor ... Comete también error porque a ello no lo autoriza el expediente, al suponer que el motivo determinante que Cantor tuvo para contratar fue la violencia de que hablan algunos de los testigos, y cuando admite que la venta hecha por el demandante fue perjudicial para él". Y que por no existir pruebas de estos hechos en los autos, el Tribunal estaba obligado a absolver al demandado y a preservar el contrato; no habiendo obrado así el sentenciador cometió error de hecho y violó consecuencialmente el artículo 1602 del Código Civil y todas las demás disposiciones que completan y garantizan el principio de la autonomía de la voluntad jurídica.

"Capítulo segundo. Segundo cargo".

"La sentencia, dice el censor, infringe indirectamente el artículo 1º de la Ley 201 de 1959 al través del error de hecho consistente en tener por probado el perjuicio económico, el precio irrisorio alegado por el demandante, sin que tal cosa pueda deducirse en sana lógica jurídica de los hechos y pruebas del juicio y que en el expediente no aparece probado ningún perjuicio grande o pequeño que haya empobrecido al vendedor". Se refiere a la inspección ocular y al dictamen pericial que se realizaron extemporáneamente, diligencias que no pueden tenerse en cuenta por tal razón.

Estima que el precio pactado en la Escritura número 402 de 2 de noviembre de 1959 fue justo y para ello se refiere a compras hechas anteriormente por Carlos Julio Cantor a varias personas y en relación con las mejoras objeto del contrato. De estos análisis hace la siguiente afirmación: "En síntesis, lo que Cantor vendió en 1950 por $ 11.000.00, lo compró en 1939 por $ 1.000.00, y eso mismo valió $ 900.00 en 1937, y sin embargo, el Tribunal al rescindir el contrato celebrado entre Carlos Julio Cantor y José de Jesús Alfonso, invocando la Ley 201 de 1959, supone en forma gratuita que de dicho contrato surge perjuicio para Cantor, utilizando así un hecho o concepto que no existe ni está probado en el expediente, con lo cual el juzgador comete grave error de hecho infringiendo el artículo 1º de la Ley 201 de 1959".

Tercer cargo. Dice literalmente: "La sentencia recurrida viola los artículos 702 y concordantes del Código Judicial, por error de derecho, porque deja de apreciar en su totalidad las numerosas declaraciones pedidas por la parte demandada". "El sentenciador, continúa el censor, se abstiene de determinar o individualizar las declaraciones a que se refiere"; y agrega: "Pero en el caso de autos, ignoró por completo el grupo de testimonios producidos a solicitud de la parte demandada, violando así disposiciones procedimentales, por lo cual y por admitir que la violencia fue el motivo dominante que llevó a Cantor a contratar, lo que está contradicho por las declaraciones, cuya existencia ignoró el Tribunal, dejó de aplicar disposiciones tan claras de la ley procedimental como el artículo 593, omisión que lo llevó a infringir los artículos 1513, 1514 y 1602 del Código Civil".

Cuarto cargo. "El Tribunal ignora, dice el censor, arbitrariamente la existencia en el expediente del contrato promesa de compraventa celebrado el 22 de febrero de 1950 entre los contratantes. Comete así un error de hecho, con el que viola entre otros, los artículos 593 y 645 del Código Judicial, violación que lleva al sentenciador a infringir los artículos 1602, 1769, 1513, 1514 del Código Civil y la Ley 201 de 1959".

Sostiene el cargo afirmando que: "por no tener en cuenta el sentenciador lo que dice el referido contrato que tiene el valor de plena prueba ... sin haber sido objetado, esto es, que el precio de las mejoras fue la suma de $ 11.000, rescindió el contrato de compraventa por considerar que había tenido un precio irrisorio, violando así las disposiciones citadas".

La Corte considera

1. No se encuentra qué relación tengan al caso controvertido los artículos 15 y 16 del Código Civil, como se deduce de su simple lectura; es cierto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, como lo dice el artículo 1602.

Como se ha examinado, el Tribunal encontró que el contrato que se ha acusado, adolece de un vicio del consentimiento que lo hace ineficaz y para llegar a esa conclusión ha tenido en cuenta lo dispuesto por la Ley 201 de 1959. El fallador en la parte motiva de su sentencia se refiere directamente al contenido de la Escritura número 402 para afirmar que el comprador ni siquiera recibió en el momento del contrato suma alguna por ese concepto; que en la absolución de posiciones el demandado confesó que dentro de la venta quedó comprendido un número de 21 cabezas de ganado vacuno, destacando así mismo que el testigo Fideligno Gama afirma que Carlos J. Cantor por temor a la violencia política tuvo que vender su finca a menos precio. Sobre estos antecedentes en que así mismo se demuestra el estado de violencia generalizado en el sitio de Gaceno, jurisdicción de Campohermoso, sostiene el Tribunal que: "no se puede dudar de quien contrata dentro de las circunstancias en que lo hizo Carlos Julio Cantor, lo hace en condiciones enormemente desfavorables y sin libertad de consentimiento, y quien compra a otro una cosa, a sabiendas de la situación anormal en que el vendedor se encuentra, se aprovecha de esa situación desfavorable para contratar". Es decir, el fallador ha puesto de presente hechos demostrados en el proceso y dentro de la autonomía que tiene, para apreciar la prueba, ello no puede desconocerse, sino cuando incurre en error de hecho que se manifiesta de manera clara y ostensible y lo cual debe la censura demostrar también en forma concluyente; porque es evidente, que en el lugar de Gaceno existía una violencia política que atormentó por largo tiempo esa región; la prueba sobre este aspecto la reconoce paladinamente la censura.

2. No es cierto que el sentenciador hubiere reconocido probado el perjuicio económico y el precio irrisorio a que se refiere el demandante; el Tribunal lo que ha dicho, de acuerdo con los términos de la Ley 201, es que por parte del comprador hubo un aprovechamiento debido al estado de violencia generalizado y que en ocasiones ese aprovechamiento puede tener carácter económico. El error de hecho que anota el censor

que haya cometido el Tribunal, según lo antes dicho, no aparece demostrado en forma contraevidente. Y parece que se falta a simples consideraciones económicas cuando se pretende que bienes comprados en 1939 debían tener el mismo precio en 1950; esto porque el censor se refiere a compras de las mejoras verificadas por aquellas épocas.

3. Cuando el censor en este cargo tercero dice que se violó por error de derecho el artículo 702 y concordantes del Código Judicial, porque dejó de apreciar en su totalidad numerosas declaraciones que ni cita ni individualiza, está cometiendo una falta de técnica en el recurso de casación, porque el error de derecho en materia probatoria consiste en que el sentenciador haya valorado mal la prueba de acuerdo con la tarifa legal correspondiente; pero si no vio los hechos a que la prueba se refiere, entonces no hay error de derecho, sino simplemente de hecho, situaciones que son distintas dentro del recurso.

4. Ciertamente el Tribunal no se refirió al contrato de promesa de venta y la prueba fue llevada por el propio demandado. Pero la conclusión a que llegó sería la misma que hubiera tenido que adoptar al haber considerado tal promesa, dado que ésta se refirió a un terreno y a un precio distintos de los que figuran en la venta atacada. Lo que da a entender que se trata de actos inconexos entre sí. Pero si no lo fueran, la promesa obraría entonces como un indicio vehemente del perjuicio que para el vendedor entrañó la venta por la desproporcionada diferencia de precio entre uno y otro acto.

Se rechaza el cargo.

Quinto cargo. Lo hace consistir la censura en que el Tribunal infringió por error de hecho en la apreciación de las pruebas el artículo 593 del Código Judicial, y por ese medio violó los artículos 2512, 2513, 2528, 2529 y concordantes del Código Civil.

El demandado propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio sobre la cosa objeto del litigio excepción que declaró no probada el Tribunal.

Para fundamentar el cargo el autor del recurso afirma que su poderdante poseyó con justo título y buena fe por más de diez años el fundo que compró a Carlos Julio Cantor por medio de la Escritura número 402 de 2 de noviembre de 1950; que la posesión material empezó ese mismo día y duró hasta el 15 de marzo de 1962, fecha en que fue notificada al poseedor la demanda con que se inició el juicio respectivo; que la escritura de adquisición fue registrada el 9 de enero de 1951; que en esta forma la posesión material de la finca con justo título y buena fe por un lapso mayor de diez años hizo que el dominio del predio fuese ganado por prescripción ordinaria.

Se considera

La improcedencia del cargo es manifiesta. *Según los artículos 2528 y 2529 del Código Civil para ganar la prescripción ordinaria en materia de bienes raíces se necesita posesión regular no interrumpida por un lapso de diez años. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 201 de 1959, en el estado de violencia generalizado que se contempla, la acción de rescisión de actos o contratos a que el mismo texto se refiere, no prescribe sino desde el día en que se declara restablecido el orden público. Por lo tanto, es claro que mientras existe la violencia de que se trata y en que se mantiene viva la acción rescisoria, mal puede correr contra ésta la prescripción, como lo ha pretendido el recurrente.*

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario seguido por Carlos Julio Cantor contra Juan de Jesús Alfonso Peña.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

ACCIONES REDHIBITORIA, ESTIMATORIA E INDEMNIZATORIA

Criterio objetivo-subjetivo de nuestra legislación. — La conducta dolosa o culposa del vendedor no es elemento axiológico de estas acciones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, octubre 15 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 4 del presente mes, según Acta número 76 de esa fecha).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Leonor Melo de Insignares frente a Víctor Manuel Barbosa.

El litigio

Leonor Melo de Insignares demandó ante el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá a Víctor Manuel Barbosa para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que se declare la existencia de un vicio redhibitorio en la casa vendida por el demandado a la actora y a Carlos Melo Gaitán, mediante Escritura pública número 3669, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá el 30 de agosto de 1957;

b) Que consecuencialmente, se condene al demandado a rebajar del precio de la venta "no menos de un veinticinco por ciento";

c) Que, en subsidio, la antedicha condena se haga en cuantía no menor del veinte por ciento;

d) Que, igualmente, se condene al demandado "a indemnizar los perjuicios originados en el deterioro y daños del vicio oculto", y en las costas del juicio.

Los hechos fundamentales de la *causa petendi* se sintetizan así: el 30 de agosto de 1957, el demandado les vendió a la actora y a Carlos Melo Gaitán el inmueble formado por casa y lote distinguidos con los números 75-70/72 de la carrera 15 de esta ciudad y alindado como se indica en la demanda; el demandado negocia en construcciones en asocio del ingeniero Gaetano Diterlizzi; "en la época en que fue celebrada la venta en cuestión la casa se hallaba en aparentes buenas condiciones y nada hacía presumir que por razón del fenómeno del 'asentamiento' la construcción se desequilibrara y las paredes se agrietaran a la vez que las ventanas, puertas y techos sufrieran notoria deformación, hasta poner en peligro la estabilidad de la construcción"; "posteriormente y antes de que se empezaran a notar los defectos en la construcción de la casa", la actora le compró a Melo Gaitán el derecho que éste tenía en aquélla; "a fines de enero del año en curso (1958) empezó a hacerse notorio el agrietamiento de la pared maestra norte y de las adyacentes", el que fue aumentando progresivamente, a la vez que se observaba la deformación de puertas y ventanas, el desnivelamiento de la fachada y el hundimiento de pisos y cielos rasos; "los daños a que se contrae el hecho anterior fueron originados en la diferencia de asentamiento del subsuelo entre la edificación colindante y la residencia comprada por mi representada, diferencia de asentamiento que a su vez tiene como causa la poca resistencia del subsuelo en el sertor donde se halla la construcción en cuestión"; "la causa de los daños provenía, pues, desde la construcción de la casa y no fue manifestada a los compradores por el vendedor, quien como constructor de profesión no podía ignorarlas ... los compradores no tuvieron conocimiento de los vicios de la construcción ya que se trata de defectos de técnica absoluta", a lo que se agrega que el comprador Carlos Melo es

transportador de profesión y la actora sólo está consagrada a su hogar; los daños ocasionados hacen que la casa sólo sirva imperfectamente para habitarla, y la actora no la hubiera comprado de haber tenido conocimiento de que éstos iban a ocurrir; el inmueble requiere reparaciones considerables que el libelo detalla, las cuales, según concepto técnico, pueden no ser definitivas; el precio real de la compraventa consignada en dicha escritura fue de $ 120.000 a pesar de que en esta se hizo figurar la cantidad de $ 98.000.00; y la tradición del bien viciado se hizo el 18 de septiembre de 1957.

El demandado, al contestar el libelo, negó algunos de los hechos en él relacionados, aceptó otros, se opuso a las súplicas de la demanda y formuló la excepción de prescripción extintiva de las acciones incoadas.

El primer grado del juicio culminó con sentencia absolutoria y condenación en costas a la parte actora.

Por apelación interpuesta por esta última surtióse la segunda instancia, a la que puso fin el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirma en todas sus partes el pronunciamiento recurrido e impone las costas al actor.

La motivación del fallo del Tribunal

A vuelta de relacionar la litis-contestación y el desarrollo del juicio procede el Tribunal sentenciador a motivar su pronunciamiento.

Ubica la especie *sub lite* en el campo de la institución de los vicios redhibitorios a que se refieren los artículos 1914 a 1927 del Código Civil, cuyo contenido recuerda.

Declara no probada la excepción perentoria de prescripción propuesta por el demandado en la contestación al libelo, por referirse a las acciones de rebaja del precio y de indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en la compraventa de bien inmueble, cuyo término de duración señala el artículo 1926 del Código Civil y no se encuentra cumplido en el presente caso.

A guisa de comentario de las acciones que sancionan la ocurrencia de tales vicios en la cosa materia del contrato, expresa: "De modo, pues, que la acción que la ley otorga al comprador de un bien mueble o inmueble, ya para solicitar la rescisión del contrato, ya para incoar la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios, cuando en el comprador existe mala fe, tiene como fundamento, precisamente, amparar al adquirente de la mala fe del vendedor y sancionar a aquél de su propia negligencia o culpa, pues, para que su acción prospere se requiere, como hemos visto, no sólo que el vicio oculto hubiera existido al momento de celebrarse la venta, sino que ellos fueran de tal naturaleza que el comprador no haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte".

A continuación hace un recuento del material probatorio aducido al juicio por las partes, respecto del cual formula observaciones y conclusiones, como las siguientes:

De la lectura de las declaraciones rendidas por Alvaro Hurtado, Jorge Arenas, Rito Antonio Galvis y Gaetano Diterlizzi se colige que cuando la actora adquirió el inmueble a que se refiere el litigio, aquél se encontraba en perfectas condiciones; "que no revelaba vicio aparente alguno"; que la construcción colindante no había sido terminada, y que Diterlizzi nunca fue socio del demandado; "es decir de tales testimonios no se infiere la prueba requerida por la ley para la demostración de vicios ocultos en la cosa enajenada a la fecha de la venta, sino que por el contrario los deterioros aparecieron con mucha posterioridad".

De las posiciones rendidas por el demandado tampoco se desprende lo que la actora ha querido demostrar, como quiera que el absolvente contestó negativamente las cuestiones respectivas" y explicó ampliamente que no dio a conocer la existencia de vicios ocultos por cuanto los ignoraba, ya que si bien fue él quien construyó la edificación la hizo en forma técnica". Refiriéndose a la respuesta dada a la pregunta 6ª del interrogatorio, en la cual el absolvente acepta haberse comprometido a hacerle al inmueble algunas pequeñas reparaciones, tales como resanes de grietas que se habían presentado, pero que no se efectuaron por no haberse prestado a ello el dueño del edificio colindante por el costado norte de la casa, "edificio causante de los daños", el sentenciador concluye que "no puede inferirse que el absolvente tuviera conocimiento de la existencia de vicios ocultos, sino más bien que la compradora se dio cuenta cuando compró el inmueble que tal bien adolecía de agrietamientos visibles originados en él por la construcción contigua y no por defecto intrínseco de la casa vendida".

"Al tenor de lo comprobado en la diligencia de inspección ocular practicada en el inmueble de la carrera 15 números 75-70 y 72 de esta ciudad, se tiene que en verdad la fachada presenta un agrietamiento 'que principia en el poyo o alfagía de la ventana del 2º piso directamente

en el vértice y desciende verticalmente hasta encontrarse con el dintel o la parte superior de la ventana de la sala que da inmediatamente abajo' y otras series de agrietamientos y desperfectos que inciden en el valor real del inmueble, pero que no lo imposibilitan para el uso natural para que fue adquirido. Debe tenerse en cuenta, según el acta memorada que allí se estableció que los diferentes agrietamientos están localizados en sentido sur-norte, 'encontrándose con el edificio de tres pisos'; que es precisamente lo que sostiene el demandado, es decir que los desperfectos y agrietamientos se originaron en virtud de la construcción del edificio de tres plantas con el cual linda por el norte y de propiedad de la señora Elvira Barbosa González.

"Los peritos afirman en su dictamen que la causa inmediata de los daños observados 'fue el mayor asentamiento de los cimientos en el costado norte de la casa, motivado por la construcción de un edificio de mayor altura', en lo que también está de acuerdo el demandante cuando dice en el hecho cuarto de su libelo 'en la época en que fue celebrada la venta en cuestión, la casa se encontraba en aparentes buenas condiciones y nada hacía presumir que por razón del fenómeno del *asentamiento* la construcción se desequilibrara y las paredes se agrietaran'.

"En forma amplia con una motivación técnica, por cuanto los peritos son ingenieros, afirman éstos que los desperfectos y agrietamientos no se debieron a mala construcción del inmueble ni a una mala cimentación del mismo, sino por asentamiento diferencial con la construcción vecina. Es decir, la prueba pericial descarga al demandado de la responsabilidad que se le imputa y la traslada a motivos ajenos al vendedor demandado. De modo pues, que si bien es cierto, como se comprobó en la inspección ocular y lo afirman los peritos que el bien materia de la *litis* sufrió deterioros y agrietamientos que requieren de una inversión cuantiosa para su reparación y que sin ellas no sirve sino imperfectamente para su uso natural, no lo es menos que el demandado, según los términos del artículo 1915 y siguientes del Código Civil, no es responsable de los mismos y en consecuencia la demanda no puede prosperar".

Por otra parte, observa el Tribunal que, habiendo adquirido la señora Elvira Barbosa de González el lote colindante por el costado norte, con el inmueble a que este litigio se refiere, "no se sabe con exactitud en qué fecha se inició y terminó el edificio de tres plantas que como se ha visto originó los daños que motivan este pleito".

En fin, remata el fallo: "Demostrado como está que la causa de los daños lo fue la edificación de tres pisos que colinda por el lado norte con el inmueble enajenado por el demandado, ha debido demostrarse que tal edificio fue construido con anterioridad a fin de hallar alguna responsabilidad en el demandado; pero como así no se hizo queda vigente en este informativo civil el dictamen pericial que lo exime de la demanda en estudio".

El recurso extraordinario

Interpuesto por la actora, fúndalo en demanda que contiene dos cargos por la causal primera de casación, los que, por razones de lógica, se despacharán en el orden inverso al de su presentación.

Segundo cargo. Censura violación directa de los artículos 1914, 1915 y 1918 del Código Civil, por errónea interpretación.

Puntualiza que los elementos axiológicos de la acción redhibitoria consagrada en el artículo 1914 del Código Civil son:

a) La condición de comprador en la parte demandante, y la de vendedor en la parte demandada, de una cosa vendida, y

b) La existencia en la cosa vendida de un vicio redhibitorio.

En relación con este último elemento, o sea, con el vicio redhibitorio, precisa cuáles son las condiciones que ha de reunir para que pueda ser considerado como tal, conforme al artículo 1915 *ibídem,* y agrega: "De la anterior transcripción de los artículos 1914 y 1915 se deduce que no son elementos de la acción ni condiciones del vicio para que sea redhibitorio:

"1º Que el vendedor sea el autor, por acción o por omisión, por delito o culpa, del vicio, y

"2º Que el vicio sea 'intrínseco' o de la 'esencia de la cosa', al contrario, por definición vicio es lo que no pertenece como intrínseco o esencial, a la cosa. Lo íntimo o esencial es, según la Real Academia de la Lengua, lo intrínseco. Y el vicio es lo que causa un daño físico a la cosa al aparecer como defecto.

"La acción redhibitoria en estas condiciones da derecho o la rescisión del contrato o a la rebaja del precio. Pero cuando ocurre alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 1918 también tiene derecho el demandante a que se le indemnicen los perjuicios. Estas circunstancias son:

"I. Que el vendedor haya conocido los vicios y no los haya declarado al comprador, y

"II. Que si no los conoció fueran tales que haya debido conocerlos el vendedor por razón de su profesión u oficio.

"Tampoco en este caso aparece la exigencia de que el vendedor sea el autor del vicio; los nuevos requisitos para la indemnización de perjuicios se refieren al conocimiento real o presuntivo que de los vicios tenía el demandado.

"Tampoco aparece dentro de los elementos estructurales de la acción o condiciones de los vicios, la buena o mala fe del vendedor ... Es de tanta evidencia esto que aún en el caso de que el vendedor procediendo con absoluta y comprobada buena fe, pero si por razón de su profesión debía conocer el vicio, se hace responsable de la indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 1918 del Código Civil. Eso indica que la buena o mala fe es indiferente en relación con la acción redhibitoria".

Seguidamente, para demostrar el error hermenéutico del Tribunal, confronta el censor sus precitados conceptos con los pasos del fallo acusado que de ellos se apartan, tales: el que contiene la afirmación de que "la acción que la ley le otorga al comprador de un bien mueble o inmueble, ya para solicitar la rescisión del contrato, ya para incoar la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios cuando en el comprador (sic) existe mala fe, tiene como fundamento, precisamente, amparar al adquirente de la mala fe del vendedor y sancionar a aquél de su propia negligencia o culpa ..."; el que expresa "que tal bien adolecía de agrietamientos visibles originados en él por la construcción contigua y no por defecto intrínseco de la cosa vendida", el que agrega "es decir, la prueba pericial descarga al demandado de la responsabilidad que se le imputa y la traslada a motivos ajenos al vendedor demandado", y, en fin, el que del examen de la inspección ocular y del dictamen pericial, concluye que los daños sufridos por el inmueble de que se trata "requieren de una inversión cuantiosa para su reparación y que sin ella no sirve sino imperfectamente para su uso natural", pero "el demandado, según los términos del artículo 1915 del Código Civil, no es responsable de los mismos".

Consideraciones de la Corte

I. Ciertamente algunos de los razonamientos del fallo acusado implican interpretación errónea de las disposiciones legales citadas por el recurso y de la institución a que pertenecen, por lo cual se impone la rectificación doctrinaria del resorte de esta superioridad.

II. *Como es sabido, la concepción romana del error acerca de la cosa materia de un contrato fue bien estrecha, puesto que sólo le dio relevancia a dicho vicio cuando versara sobre la identidad misma de la cosa, como si una de las partes creyera vender una finca rural y la otra pensase en adquirir una casa urbana* (error in ipso corpore rei), *o cuando recayera sobre la composición material del objeto, como en el caso de la venta de una mesa enchapada a quien tuviera intención de adquirir una de plata maciza* (error in substantia). *Por ello, independientemente de los vicios de la voluntad y en amparo del comprador de cosa dañada, hipótesis que no encontraba asiento en ninguna de las dos precitadas especies del error objetivo, los ediles curules establecieron dos acciones específicas:* la actio redhibitoria, *conducente al retorno de la cosa viciosa al vendedor, y la* actio aestimatoria o quanti minoris *para la rebaja del precio.*

III. *Consagradas definitivamente las precitadas acciones edilicias por la Codificación Justinianea, han llegado a través de ésta a las legislaciones modernas, en las cuales están llamadas a cumplir importante papel con motivo del creciente desarrollo industrial que ha determinado el correlativo aumento en el mercadeo, no ya sólo de bienes de consumo, sino también de productos de mediana y de larga duración, muchos de ellos de costosa y compleja fabricación. Así cada día se impone en mayor escala la protección de los compradores frente a los fabricantes y expendedores, hasta el punto de ser hoy de uso general, especialmente en los países industrializados, la garantía objetiva y automática por razón de defectos de fabricación, que obedece a las mismas razones y finalidades de la institución clásica de los vicios redhibitorios cuya importancia crece de punto en sistemas como el nuestro, en que aquella garantía objetiva es de poco o ningún uso en la práctica mercantil.*

IV. *Por lo últimamente dicho y habida cuenta de que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen vacíos, vacilaciones y hasta contradicciones en lo que toca con el régimen legal de los vicios ocultos, conviene determinar y analizar los aspectos más importantes de esta institución.*

V. *Nuestro Código Civil que en la materia sigue al francés, aunque con modificaciones notables, trata de los vicios ocultos en el contrato de compraventa (artículos 1918 a 1924), con ex-*

tensión a otros actos jurídicos, como de una institución diversa de la de los vicios del consentimiento acerca del objeto (artículos 1910 y 1911), y sanciona aquéllos con las dos acciones edilicias de que ya se ha hecho mención: la redhibitoria *y la* estimatoria, *a las que se agrega una tercera, la acción* indemnizatoria, *encaminada a sancionar el dolo o la culpa cometidos por el enajenante de cosa viciosa.*

VI. *Por otra parte, al incorporar el Código los vicios ocultos en la institución más general del saneamiento de los contratos translaticios, determina la razón de ser y el objetivo de las acciones que tales vicios aparejan. En efecto: si el adquirente ha de recibir de su tradente la* posesión útil *de la cosa y ha de ser mantenido en ella, el amparo legal a aquél debe otorgársele no solamente contra la evicción o despojo determinado por causas anteriores al contrato, sino también contra los daños o defectos existentes en la misma época y que, por hacer la cosa totalmente inepta o deficiente en medida grave para prestar servicio según su naturaleza, se traducen en la inutilidad de la referida posesión al paso que el adquirente ha pagado o está obligado a pagar una contraprestación equivalente a la satisfacción que le es debida por el enajenante. Tal es, pues, el fundamento de equidad de las acciones edilicias. Respecto de la tercera acción agregada por el Código, o sea la indemnizatoria, se repite que esta opera como un complemento de aquellas otras, encaminado a sancionar al enajenante de la cosa dañada, que ha obrado dolosa o culposamente, o sea que este medio constituye dentro de la institución de los vicios ocultos una aplicación adicional concreta de la responsabilidad civil.*

VII. *Otro de los perfiles generales de la institución que conviene destacar para su recta inteligencia es la de que, separada de la de los vicios del consentimiento y sujeta por la ley a régimen diverso, el criterio de valoración en aquella, si bien no es puramente objetivo como lo propugna la doctrina mercantil moderna respecto del otorgamiento de una garantía en todo caso de negociaciones que impliquen la transferencia de bienes de mediana o de larga duración, tal criterio en nuestro ordenamiento es objetivo-subjetivo, en el sentido de que la valoración ha de partir de la verificación de la existencia del vicio o daño, de su importancia y de la época en que se haya presentado o gastado, para pasar luego a averiguar la conducta observada por el adquirente a fin de determinar si éste es o no acreedor a la protección que le brindan las acciones redhibitoria y estimatoria, respecto de las cuales el proceder del enajenante es indiferente, pues, este comportamiento sólo interesa cuando, dados los mismos elementos axiológicos de las precitadas acciones edilicias, es el caso de averiguar si, a manera de complemento de una de ellas, también procede o no la acción indemnizatoria.*

VIII. *El artículo 1915 del Código señala las condiciones pue han de reunir los vicios de la cosa materia de la compraventa, aplicables en otros actos para que aquellos puedan ser calificados como redhibitorios y así aparejen la acción del mismo nombre. Reza el citado texto legal: "Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:*

"1ª Haber existido al tiempo de la venta;

"2ª Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;

"3ª No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio".

IX. *Según los términos del numeral 1º del artículo transcrito, el vicio o vicios redhibitorios han de existir al tiempo de la venta, lo que debe entenderse, desde luego, respecto de los contratos que versen sobre especies o cuerpos ciertos que han de quedar determinados como tales en ese momento (artículo 1518), pero no en relación con los que se refieren a cosas de género cuya singularización como objeto de estos contratos se realiza en el momento de la tradición de las mismas, o en un tiempo intermedio entre ésta y la celebración del contrato, como cuando se vende cierta cantidad materialmente indeterminada de lo que se suele vender a peso, cuenta o medida, hipótesis en la cual el objeto específico de la negociación no sólo implica el ajuste del precio sino el llevarse a cabo el peso, cuenta o medida, o cuando se vende cabida determinada a tomar de* predio cierto, *caso en el cual el cumplimiento de la obligación del vendedor también supone la mensura y la especificación escriturada de la porción en que ha de traducirse el objeto del contrato, etc. En estos otros eventos, el vicio se refiere al momento de la singularización del objeto del contrato.*

X. *Pero, en todo caso para que el vicio de la cosa sea redhibitorio se requiere que exista realmente en el momento en que los riesgos de dicha cosa se trasladan del enajenante al adquirente. Así, en tratándose de especies o cuerpos ciertos, ese momento es el fijado por el numeral 1º del artículo 1915 del Código Civil, en concordancia con otras disposiciones del mismo, como los artículos 1729 y 1786. Es la existencia real del vicio en tal oportunidad lo que permite imputarle al enajenante el haber negociado "cosa viciosa", como la llama la ley, para deducir en su contra la acción redhibitoria o la estimatoria, o cualquiera de estas y, en su caso, la indemnizatoria. La sola probabilidad, próxima o remota, previsible o no, de que el vicio pueda producirse con posterioridad al momento en que el riesgo se traslada al adquirente descarta el ejercicio de tales acciones, como sucedería por ejemplo en el caso de que se negociara semoviente sano que después resultase contaminado de epizootia declarada antes del contrato o posteriormente a su celebración, en fincas vecinas. Por contra, para que el vicio pueda ser considerado como redhibitorio basta que esté originado al tiempo del contrato o en el momento en que la cosa queda singularizada como objeto de este, o sea que el comentado requisito legal no va hasta el punto de exigir que dicho vicio haya alcanzado ya para entonces toda su eficacia nociva. Así, la enfermedad del caballo, incipiente al ser vendido éste, constituye vicio de la clase mencionada.*

XI. *En principio, conforme al numeral 2º del comentado artículo 1915, el vicio ha de ser tal que por él la cosa no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfectamente. Como ya quedó dicho este requisito apunta directamente a la razón de ser y fin de la institución: amparar al adquirente en la posesión útil de la cosa. Presume el legislador que éste al celebrar el negocio ha atendido principalmente a la utilidad que la cosa ha de proporcionarle según su naturaleza, en forma tal que de haber sabido que esta adolecía de defecto inhabilitante o que mermara gravemente dicha utilización, o bien se habría abstenido de contratar, o bien lo habría hecho en condiciones distintas.*

XII. *En fin, el vicio redhibitorio ha de ser oculto, vale decir desconocido para el comprador en los términos del numeral 3º del artículo 1915, que aquí introduce ya, al lado de las condiciones puramente objetivas antes enunciadas, este nuevo factor de valoración subjetiva y que consiste en averiguar el conocimiento que el adquirente tuviera o no del vicio y, en caso negativo, si la ignorancia del mismo obedeció o no a grave negligencia de su parte.*

XIII. Esta característica de los vicios redhibitorios es la que ha suscitado mayores problemas en el campo doctrinario y jurisprudencial. Obviamente deja de ser oculto el vicio manifestado por el enajenante. Quien compra un caballo, advertido por el vendedor de que este padece de tuberculosis, mal podría ejercitar acciones fundadas en vicio oculto. Pero descartada esta hipótesis excluyente de la operancia de la institución, expresamente contemplada en la ley, en los casos en que el enajenante guarde silencio acerca de la existencia del vicio, conociéndolo o no, lo que es indiferente para la procedencia de las acciones edilicias, el problema de lo oculto de dicho vicio para el adquirente alcanza entonces la complejidad que, según quedó expresado, ha dado lugar a vacilaciones y contradicciones en doctrina y jurisprudencia.

XIV. En 1899, la Corte declaró que "lo que la ley, de acuerdo con el sentir común, entiende por vicios ocultos en las cosas, es que estas adolezcan de defectos tales que aplicando el sentido de la vista no se puedan descubrir dichos defectos". Y en la misma oportunidad agregó: "La enfermedad de algunos cafetos, el paloteo de otros, el estado de descuido de la finca raíz objeto del contrato, etc., no constituyen vicios ocultos en las cosas vendidas, toda vez que con mediana inteligencia y cuidado ha podido el comprador darse cuenta de ellos y proceder en su contrato con perfecto conocimiento de causa" (casación, 5 de julio de 1899, XIV, 282). Pues bien, ninguno de los precitados conceptos se compadecen con el criterio claramente sentado en el numeral 3º del artículo 1915 del Código. El primero, porque al reducir la calidad de lo oculto de los vicios a no ser apreciables estos "aplicando el sentido de la vista", ofrece interpretación equivocada de la expresión legal "el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio", la que claramente hace que el problema sea de algo más que mirar para ver, pues si se ha de tener en cuenta la profesión u oficio del que mira para averiguar si, en razón de ella un "fácil" examen de la cosa le permitiría descubrir o no los vicios de que ésta adolece, resulta palmario que no se puede comparar la posición del ingeniero mecánico que compra un vehículo automotor o la del veterinario que adquiere un caballo, con la de otra persona que carece de los conocimientos propios de estas profesiones. Y el segundo concepto, que es contradictorio con el anterior, tam-

poco es exacto a la luz de la ley, porque le exige al adquirente proceder "con mediana inteligencia y cuidado" o sea prestar la culpa leve, al paso que el citado texto legal sólo exige actuar "sin negligencia grave".

XV. El último de los precitados conceptos jurisprudenciales fue reiterado por la Corte en su fallo del 23 de junio de 1955 (LXXX, 448), recaído en juicio en que fueron desestimadas las acciones redhibitoria e indemnizatoria instauradas por comprador inexperto de un vehículo automotor, censurándosele a éste haber incurrido en negligencia al no asesorarse de un perito que dictaminase sobre el estado en que ese vehículo se encontraba al tiempo del contrato. Y, para esta solución, el referido fallo buscó apoyo en la opinión de los tratadistas franceses Planiol y Ripert "quienes advierten —comenta el fallo— que el vicio de (sic) un comprador inexperto, surge inmediatamente a los ojos de una persona más competente, porque el comprador que conoce su inexperiencia debe acudir a personas competentes, pues si no lo hace, incurre en culpa por haber confiado demasiado en su capacidad".

XVI. Revisada esta doctrina jurisprudencial con el debido cuidado, encuéntrase, según ya quedó enunciado, que ella no se compadece con nuestro ordenamiento legal y que al buscársele asidero en la autorizada opinión de los nombrados tratadistas franceses, se pasaron por alto diferencias fundamentales que se ofrecen entre el sistema a que ellos se refieren y el colombiano en punto de la valoración de la culpa.

XVII. Sabido es que los redactores del Código Napoleón, después de dilatados e importantes debates, rechazaron la teoría de la prestación de las culpas elaborada por los glosadores del Derecho Romano, ciertamente a consecuencia de errada interpretación de algunos textos de este sistema, teoría que distingue tres clases de culpas: la grave, la leve y la levísima, con proyección al campo de la ejecución de los contratos en punto de la apreciación de la responsabilidad del deudor, según la utilidad que el respectivo contrato haya de reportarle. Entonces, en dicho Código francés se adoptó el sistema de la culpa única: *la leve* que se hace consistir en la falta de aquella diligencia y cuidado que un varón prudente emplea ordinariamente en los negocios. Por tanto, al tratarse concretamente de la valoración de la conducta del comprador de cosa viciosa, resulta consecuente con el mencionado sistema la tesis que imputa responsabilidad al comprador de cosa viciosa cuando no haya tratado de descubrir los defectos con esa prudencia y cuidado medianos que a todos les son exigidos por igual.

XVIII. Por el contrario, nuestro Código Civil sí acogió en toda su integridad la mencionada teoría de la prestación de las culpas. En su artículo 63 define: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación significa culpa o descuido leve, esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

Y el artículo 1604 ofrece la aplicación principal atribuida a la clasificación por sus autores, en los siguientes términos: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

En fin, en punto de la institución de los vicios ocultos, el Código también introduce importante aplicación de la teoría de la prestación de las culpas al determinar que el comprador solamente asume el riesgo de tales vicios, cuando no ha podido ignorarlos "sin negligencia grave", o sea, según la definición del artículo 63, sin "aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios".

XIX. *En suma: lo oculto o no del vicio redhibitorio para el comprador es en nuestro sistema cuestión de hecho que el juzgador ha de apreciar discretamente, pero siempre dentro de las pautas expresamente señaladas por la ley, a saber: la facilidad conque aquél pudiera conocer*

los vicios en razón de su profesión u oficio y el haber incurrido o no en la averiguación de los mismos en una negligencia tal que sea injustificable aún en las personas imprudentes y descuidadas. De esta suerte la asunción del riesgo de los vicios por el adquirente de una cosa queda reducida a casos verdaderamente excepcionales, lo que es justo y, además se acomoda mejor a la ya aludida tendencia doctrinal moderna que, atendiendo al creciente tráfico de los productos de mediana y de larga duración, propugna el establecimiento de una garantía puramente objetiva en favor de los adquirentes de cosas viciosas.

Supera, pues, la institución colombiana a la francesa, reducida ésta casi a su total inoperancia por la aplicación de la teoría de la culpa única y mediana; a ello conduce la exigencia al adquirente de una casa, de una maquinaria, de un automóvil, de un radiotelevisor, de una máquina de coser, etc., de asesorarse de expertos, so pena de que se le niegue la protección contra los vicios redhibitorios. Agrégase a lo dicho que esta institución llamada a desempeñar gran papel en la vida mercantil acabaría por hacerse completamente nugatoria con la solución doctrinal, acogida por algunas jurisprudencias francesas, conforme a la cual el comprador de cosa viciosa que se hubiere asesorado de un experto se haría responsable de la incompetencia de éste en descubrir los defectos de dicha cosa.

XX. *Esbozados hasta aquí los perfiles generales de la institución de los vicios ocultos, y en especial, las condiciones legales que estos deben reunir para los efectos de la viabilidad de la acción redhibitoria, hay que agregar que dichas condiciones también constituyen elementos axiológicos imprescindibles de la acción estimatoria y de la específica indemnizatoria agregada por nuestra legislación a aquellas otras, pero con las siguientes precisiones: para la acción estimatoria el vicio debe ser grave, aunque no alcance la importancia necesaria para la procedencia de la acción redhibitoria, o sea que para el ejercicio de aquélla no se requiere que el vicio inhabilite la cosa para su uso natural o la haga servir imperfectamente (artículo 1925); y a las dichas condiciones comunes de las tres acciones ha de sumarse otra que es exclusiva de la indemnizatoria y que consiste en que el enajenante, a sabiendas del vicio, deje de manifestarlo (dolo por omisión), o que debiera conocerlo en razón de su profesión u oficio (culpa presunta) (artículo 1918).*

XXI. *A este último respecto queda también rectificada la doctrina de la Corte, sentada en fallo de 8 de noviembre de 1961, aún no publicado, en el juicio de Feres Samaja contra la Caja de Crédito Agrario, en la cual se considera que la conducta dolosa o culposa del vendedor es también elemento axiológico de las acciones redhibitoria y estimatoria, cuando en realidad dicha conducta es indiferente a tales acciones, en forma tal que éstas proceden aún en el caso de ignorancia justificable del vicio oculto por parte del enajenante.*

XXII. La sentencia acusada incurre en la misma apreciación inexacta últimamente rectificada, al declarar que "la acción que la ley otorga al comprador de un bien inmueble, ya para solicitar la rescisión del contrato, ya para incoar la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios, cuando en el comprador (sic) existe mala fe, tiene como fundamento, precisamente, amparar al adquirente de la mala fe del vendedor ...". Del paso transcrito se infiere que, en concepto del Tribunal, la mala fe del vendedor es requisito para la procedencia de las acciones edilicias redhibitoria y estimatoria, lo que no es cierto según ya quedó dicho. Además, tal concepto restringe indebidamente la operancia de la acción indemnizatoria a las hipótesis en que el vendedor haya obrado dolosamente al guardar silencio de los vicios por él conocidos, siendo así que, conforme al ya citado artículo 1918, esta acción también procede en los eventos de conducta culpable de dicho vendedor, en el supuesto de estar este obligado a conocer los vicios en razón de su profesión u oficio. De ahí el énfasis que pone el fallo en la averiguación de la buena o mala fe con que obrara el demandado en la celebración del contrato que es materia del presente litigio, lo que era innecesario porque el fundamento principal del mismo radica en no encontrarse establecida la existencia de defectos o daños en la casa objeto de la compraventa al tiempo del contrato, o sea en la falta de este elemento axiológico que sí es común a todas las tres acciones establecidas en amparo del comprador de cosa viciosa.

XXIII. Por lo últimamente expuesto, es decir, por no haberse encontrado el vicio que alega el actor, las anteriores consideraciones y rectificaciones de índole doctrinaria a que el cargo en examen ha dado pie no pueden conducir a la infirmación del fallo, comoquiera que los yerros hermenéuticos en que este incurriera no tienen incidencia en la decisión adoptada con el fundamento de hecho que se viene de mencionar. Sabido es que para que una censura pueda prosperar en el recurso extraordinario es indispen-

sable que ésta sea apta para destruir las bases del fallo, en forma tal que si alguna de las mismas logra mantenerse en pie, dicha censura no logra la finalidad por ella buscada.

El cargo es, pues, inane.

Primer cargo. "La sentencia acusada es violatoria de los artículos 1914, 1915, 1917, 1918 y 1925 del Código Civil, por haberlos dejado de aplicar como consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al dejar de reconocer la existencia, en el momento de la venta, de la causa que determinó u originó los agrietamientos y graves desperfectos de la casa comprada por la demandante al demandado.

"Esta causa eficiente y real actuaba ya como potencia en el momento de la venta aunque sus defectos no se hubieran exteriorizado, y esto es precisamente lo que le da el carácter de vicio oculto, porque no solamente ya avanzaba, entonces, hacia el costado norte, la construcción de un edificio de mayor altura y peso, sino que éste se hallaba terminado en obra negra ...

"El Tribunal incurrió en el error de no reconocer la existencia en el proceso de esta causa de los daños sufridos por el inmueble como consecuencia de no haber apreciado pruebas plenas como la confesión del demandado, tres testimonios de excepcional idoneidad y un documento público. Algunas de estas pruebas las comenta el Tribunal pero de ellas dice que sólo prueban otros hechos, cuando evidentemente sí prueban el hecho en cuestión ...

"I. Al folio 28 del cuaderno principal obra un memorial presentado por Víctor Manuel Barbosa ante el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá ... La confesión contenida en este escrito del demandado es expresa en cuanto a los siguientes puntos:

"a) La casa de la carrera 15 números 75-70 y 75-72, que es la misma que el demandado le vendió a Leonor Melo de Insignares, 'quedó terminada en los primeros días de junio de 1957';

"b) El edificio contiguo, cuya construcción fue la causa eficiente de los daños de la casa, 'comenzó a construirse en marzo de 1957', y

"c) En junio de 1957, cuando quedó terminada la casa, el edificio se hallaba a la altura del segundo piso y en enero del año siguiente, ya estaba terminado, pues sólo le faltaban detalles...

"II. Dentro del término de prueba el juzgado ... recibió los testimonios de los doctores Alvaro Hurtado, Jorge Arenas y Rito Antonio Galvis, quienes contestaron .... Alvaro Hurtado: 'sí, es verdad que el edificio contiguo a la casa hacia el norte se hallaba construido en obra negra'. Jorge Arenas: 'es verdad que cuando por primera vez el doctor Barbosa personalmente me mostró la referida casa ya sobre el costado norte de ésta avanzaba la construcción de un edificio de varios pisos, circunstancia por la cual el doctor Barbosa me manifestó que dicha construcción no implicaba peligro alguno para dicha casa porque los cimientos de esta casa eran muy sólidos y además tenía vigas de amarre en contorno muy consistentes. No recuerdo exactamente en qué estado iba dicha obra del edificio referido'. Rito Antonio Galvis C: 'es cierto que cuando visité la casa por primera vez en 1957 contiguamente se levantaba una edificación hacia el costado norte en obra negra y de varios pisos'. Estos testimonios —concluye el censor— demuestran plenamente que por la época de la venta de la casa el edificio contiguo hacia el norte ya se hallaba en obra negra terminada ...

"III. Al folio 25 del cuaderno principal obra un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, en cuya parte final dice: 'Tiene vigente la hipoteca impuesta por la antes citada en favor del Banco Central Hipotecario ... que también grava el edificio de tres plantas que está en construcción dentro del inmueble ...'. Según el recurso, este documento público 'constituye un indicio necesario según el cual 21 días después de la tradición de la casa vendida, el tercer piso del edificio se encontraba terminado' ".

Se considera

I. Visto está que el fundamento principal del fallo acusado para negar las acciones estimatoria e indemnizatoria ventiladas en el presente juicio consiste en no encontrarse establecido en los autos que los daños de la casa objeto del contrato, verificados en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, existieran ya al tiempo de la celebración de dicho contrato y en que, conforme al experticio anexo a dicha diligencia, tiénese que los referidos daños no obedecieron a defectos de construcción, sino al "arrastre" del cimiento norte de la casa a causa del asentamiento de un edificio construido sobre dicho costado por la señora Elvira Barbosa de González. "En la época en que fue celebrada la venta en cuestión, la casa se encontraba en aparentes buenas condiciones y nada hacía presumir que por razón del fenómeno del 'asentamiento' la construcción se desequilibrara y las

paredes se agrietaran". Tampoco encuentra acreditado el Tribunal que el referido edificio hubiese sido construido con anterioridad "a fin de hallar alguna responsabilidad en el demandado".

II. Y, de su lado, el recurso pretende colocar al Tribunal en contraevidencia respecto de las precitadas conclusiones, argumentando que dejó de apreciar ciertas pruebas que demuestran que el edificio que causó los daños en la casa de la demandante sí se encontraba terminado en obra negra al tiempo de la compraventa de dicha casa, de donde concluye que, para entonces, ya existía un vicio oculto en ésta, aunque en estado de latencia, pues los efectos nocivos del mismo sólo se revelaron algunos meses después.

Así confrontadas la fundamentación del fallo y de la censura, ha de observarse, en primer término, que el Tribunal no desconoce el hecho de la construcción del edificio de la señora Barbosa en el solar aledaño a la casa materia del litigio, ni que éste estuviera proyectado para tres plantas, ni que la edificación del mismo se encontrara avanzada al tiempo de la compraventa de dicha casa, ni que ésta, con posterioridad al contrato, hubiera presentado los graves daños verificados en la diligencia de inspección ocular, pues respecto de tales hechos lo único que se afirma en el fallo es lo ya dicho antes: "ha debido demostrarse que tal edificio fue construido con anterioridad a fin de hallar alguna responsabilidad en el demandado". No se ve, por tanto, cuál sea la contraevidencia que el cargo pretende demostrar.

III. Pero, aún suponiendo que esto no fuera así, y todavía más, que las pruebas que el censor dice que fueron preteridas por el Tribunal demostrasen plenamente que el aledaño edificio de la señora Barbosa se encontraba plenamente terminado en la fecha de la compraventa de la casa entre las partes en el presente juicio, desvirtuando así la aseveración única que al respecto contiene el fallo, la decisión adoptada por éste no podría ser variada, porque tal hecho en manera alguna acreditaría que la cimentación de la casa transferida a la demandante, hubiera ya cedido bajo el mayor peso de aquel edificio, que es en lo que consistiría el vicio oculto de la misma y la causa de los desperfectos que posteriormente se produjeron en forma ostensible.

Lo que ocurre es que el Tribunal, en su propósito de averiguar la responsabilidad por mala fe del vendedor demandado, por considerar equivocadamente que ésta es elemento axiológico de las acciones redhibitoria y estimatoria, da a entender que si se hubiese demostrado en este juicio que el tantas veces mencionado edificio vecino estaba ya concluido al tiempo de la compraventa de la casa, quizás podría deducirse dicha responsabilidad contra el vendedor.

En conclusión: el cargo que se despacha no demuestra los yerros de hecho imputados al Tribunal ni en consecuencia el quebranto de las disposiciones sustanciales que se citan, por lo cual tampoco prospera.

Resolución

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 28 de septiembre de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Leonor Melo de Insignares contra Víctor Manuel Barbosa.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

REFORMA DE TESTAMENTO

En materia de reformatio in pejus la causal de casación procedente es la de violación directa de la ley. — El artículo 494 del Código Judicial es norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 6 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada.*

(Aprobado Acta número 87 de 5 de noviembre de 1968).

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Margarita Rico de Beaume contra Ana Elisa Campos de Jiménez y otros.

El litigio

Margarita Rico de Beaume demandó ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá a Ana Elisa Campos de Jiménez, y a Myriam, Carmen Elisa, Pedro y Gladis Jiménez Campos, representados por su padre legítimo Misael Jiménez, en solicitud de que por los trámites del juicio ordinario se decretara la reforma del testamento de la señora Filomena Perilla de Benavides, a fin de que en el juicio de sucesión de ésta le fuesen reconocidos a dicha demandante y "a los legitimarios que resulten acreditados en este juicio" sus legítimas rigorosas y efectivas; que se declarara que la demandada Campos de Jiménez debe pagar a la sucesión de Filomena Perilla los frutos naturales y civiles producidos por los bienes de tal sucesión, a partir de la defunción de la causante; que el partidor en dicho juicio de sucesión debe atemperar su trabajo de partición y adjudicación a la reforma del testamento que se decrete conforme a la primera petición; y que se condene a los demandados en las costas del juicio.

La demanda se fundó en que la señora Perilla de Benavides otorgó testamento abierto mediante la Escritura número 10 de 7 de enero de 1960, de la Notaría 2ª de Bogotá; que la testadora reconoció y declaró como legitimaria a Ana Elisa Campos Jiménez, sin serlo; que igualmente la testadora legó la casi totalidad de sus bienes a los demandados, prescindiendo injustamente de la demandante; que en esa forma se menoscabaron las legítimas rigorosa y efectiva de la demandante, ya que de la suma de $ 84.250.00, según los inventarios y reconocimiento de herederos en dicha sucesión, a la demandante sólo le quedan $ 9.500.00, menos los gastos de la sucesión; que a lo anterior se agrega que la causante transfirió a la demandada Campos de Jiménez, en donación pero bajo la forma de venta, y mediante la Escritura número 2790 de 5 de octubre de 1950, de la Notaría 8ª de Bogotá, un inmueble situado en Bogotá, con lo cual se disminuyeron también las legítimas de la demandante; y que la señora Perilla de Benavides falleció en esta ciudad el 25 de abril de 1960, y su juicio de sucesión se adelanta en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá.

Notificada la demanda a los demandados, éstos no la contestaron. Surtido el trámite propio de la primera instancia, el juzgado del conocimiento profirió fallo de primer grado con fecha 29 de mayo de 1962, así: "no es el caso de hacer las declaraciones y condenaciones solicitadas en la demanda base del presente juicio, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma". Consideró el *a quo* que estaba configurada en los autos la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, con base en que, por no haber sido demandadas, no habían intervenido en el juicio todas las personas que debían comparecer a él, y expresó que como consecuencia de ello no procedía estimar la acción, sino tan sólo proferir fallo inhibitorio que "sólo conlleva la

preclusión del proceso y no produce los efectos de la cosa juzgada sustancial".

Apelada esta sentencia por la parte demandante únicamente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató el recurso mediante sentencia de 5 de octubre de 1964, cuya parte resolutiva revoca la sentencia apelada y en su lugar deniega las peticiones contenidas en la demanda, absuelve a la parte demandada de los cargos formulados en ella y condena a la parte demandante en las costas de ambas instancias.

La sentencia impugnada

La sentencia del Tribunal empieza por examinar lo resuelto por el inferior, para llegar a la conclusión que en seguida se transcribe:

"Encuentra, pues, el Tribunal improcedente la excepción alegada por la demandada y estimada por el juzgado como causal de impedimento para la decisión de fondo de la controversia deducida en el presente juicio; y siendo esto así, avoca el examen de los presupuestos de la acción de reforma del testamento..." Es así como el sentenciador pasa al estudio de fondo de la acción propuesta, y tras hallar que no se adujeron al proceso "los elementos de juicio requeridos para establecer a cuánto ascendía la legítima de la demandante, y qué valores recibió por razón de ella", dedujo que no era posible decretar la reforma del testamento solicitada. "Como consecuencia de lo expuesto —dice el Tribunal— hay que concluir que, debiéndose decidir en el fondo la controversia planteada en este proceso, y no mediante fallo inhibitorio, como lo estimó el juzgado *a quo*, la sentencia apelada debe revocarse para que en su lugar (sic) decretar el rechazo de la demanda con la consiguiente absolución de la demandada por no ser posible, como quedó dicho, el despacho favorable de las súplicas en ella contenidas".

El recurso extraordinario

Contra la aludida sentencia interpuso la parte demandante el recurso de casación. En la demanda respectiva se aducen cuatro cargos, tres dentro de la causal primera, o sea por error de derecho en la apreciación de la prueba, por error de hecho en la misma materia, y por infracción directa resultante de la violación del artículo 494 del Código Judicial, y el otro por haberse incurrido en la primera de las causales de nulidad previstas en el artículo 448 del Código Judicial, a consecuencia de no haber sido atendido el citado artículo 494.

Como de los cuatro cargos propuestos, uno de ellos está llamado a prosperar, o sea el formulado por violación directa del artículo 494 del Código Judicial (tercer cargo de la demanda), la Corte se limitará al estudio de él (artículo 538 del Código Judicial), lo que le permitirá poner de presente al mismo tiempo por qué la inobservancia de aquel precepto no engendra la nulidad procesal invocada por el recurrente al formular el cuarto cargo.

El cargo por estudiar lo sustenta el recurrente sobre el planteamiento de que habiendo sido la sentencia del fallador de primera instancia simplemente inhibitoria, y no habiendo apelado de ella sino la parte demandante, por ministerio del artículo 494 del Código Judicial le quedó vedado al fallador de segunda instancia hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, en sentido absolutorio de la parte demandada, como efectivamente lo hizo, pues con ello venía a hacer más gravosa la situación de la apelante.

Con este apoyo monta el recurrente el cargo de violación directa del artículo 494 del Código Judicial, y para fundarlo aduce, entre otras consideraciones, algunas alusivas a nulidad por incompetencia y a incongruencia entre lo decidido y lo pretendido, lo que a continuación se transcribe: "El Tribunal violó el principio de la 'reformatio in pejus' consagrada por el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil, por infracción directa o expresa, debido a que invadió la esfera del derecho del apelante, por no haberse restringido a resolver sólo en lo desfavorable a él, sino que corrigió la providencia, en la parte que no era objeto del recurso, agravándole la situación jurídica, imponiéndole deberes más allá de lo que rezaba la resolución apelada, y causándole perjuicio, que la primitiva no le había irrogado. Llegando a incurrir, el fallador, en ... abuso del derecho de sentenciar".

Considera la Corte

1. *De tiempo atrás ha venido sosteniendo la Corte que el recurso de casación es medio idóneo para corregir la irregularidad de la "reformatio in pejus" repudiada por el artículo 494 del Código Judicial, y sobre ello no ha tenido en ninguna ocasión dudas o vacilaciones. En lo que sí las ha tenido, es en lo relativo al canal adecuado para encauzar el cargo respectivo, pues en veces dijo que la causal pertinente era la de incongruencia (sentencia de 11 de mayo de 1948, Gaceta Judicial 2060 y 2061, Tomo LXIV, página 126) en otras que el cargo procedía tanto*

por incongruencia como por nulidad (sentencia de 28 de mayo de 1947, Gaceta Judicial 2051, Tomo LXXIX, página 813), también que la causal pertinente era la de nulidad únicamente (Gaceta Judicial 2144, Tomo LXXVIII, página 174), e igualmente que es sólo la de violación directa (25 de mayo de 1949, Gaceta Judicial 2073 y 2074, Tomo LXVI, página 93; 20 de abril de 1950, Gaceta Judicial 2081, Tomo LXVII, página 174; 5 de septiembre de 1955, Gaceta Judicial 2157, Tomo LXXXI, página 121; 14 de marzo de 1957, Gaceta Judicial 2179, 1ª parte, Tomo LXXXIV, página 332; y 7 de febrero de 1964, Gaceta Judicial 2271, Tomo CVI, página 69). Como se deduce de las citas anteriores, desde la sentencia de 5 de septiembre de 1955, el criterio de la Corte es constante y uniforme en el sentido de que en materia de reformatio in pejus *la causal de casación procedente es la de violación directa de la ley.*

2. *En la presente oportunidad la Corte permanece fiel a este último criterio. Siendo indiscutible la calidad de norma sustancial que tiene el artículo 494 del Código Judicial, por cuanto consagra en favor del apelante el derecho a que el recurso por él interpuesto no pueda redundar en empeoramiento de la situación en que la providencia apelada lo colocó, y correlativamente limita en el mismo sentido los poderes del* ad-quem, *no se remite a dudas que el olvido por el superior de tal disposición, esto es la inobservancia de ella indica naturalmente una violación directa e inmediata de la misma, que es precisamente lo que informa uno de los aspectos de la llamada causal primera de casación. Los criterios según los cuales en el caso considerado son de recibo las causales de incongruencia o la de nulidad, o simultáneamente ambas, pecan por forzadas y artificiosas. En efecto, la incongruencia se refiere a la discordancia entre las pretensiones de las partes, tal como ellas quedan fijadas en la demanda y en la respuesta, de un lado, y lo resuelto por la sentencia de mérito, de otro, discordancia que en la* reformatio in pejus *no se presenta. Y en lo que respecta a la nulidad por incompetencia del fallador de segunda instancia, ella tampoco puede advertirse implícita en la* reformatio in pejus, *porque ciertamente, en circunstancias normales, el* ad quem *que incurre en tal vicio no carece de competencia para proferir su pronunciamiento, sino que simplemente lo profiere con menoscabo de la ley, al hacer a un lado o pasar por sobre normas destinadas a salvaguardiar un derecho subjetivo de la parte recurrente. Si en ello hubiera nulidad, no habría razón para no generalizar el criterio y hacerlo extensivo a todo evento de violación de normas sustanciales, y bien se comprende que esto sería absurdo. La competencia se establece en función de normas técnicas sobre organización judicial, de modo que la capacidad de un juez o Tribunal para conocer de un asunto determinado está prefijada por aquéllas, constituye un factor previo al efectivo conocimiento del asunto, es, en una palabra, un presupuesto procesal, y por lo mismo no puede resultar afectada por el hecho de que en su ejercicio se incurra en errores jurídicos.*

3. Respecto a la *reformatio in pejus*, en sí misma considerada, ha dicho la Corte: "La repudiación de la anomalía llamada *Reformatio in pejus* se impone, como lo tiene firmemente enseñado la Corte, con base en el artículo 494 del Código Judicial, por cuanto la apelación no puede racionalmente referirse sino a lo desfavorable al apelante, o sea, que cuando es una sola de las partes la que recurre, el superior no puede modificar la providencia impugnada en forma que haga más grave la situación del recurrente. Lo cual se explica por la conjunción de dos principios fundamentales en la materia: el *dispositivo*, según el cual es la voluntad de las partes la que gobierna el proceso civil, vale decir la que circunscribe al juzgador la órbita de su actividad decisoria, significando así en punto de apelación que el Tribunal *ad quem* por regla general no puede ir más allá de los límites objetivos dentro de los cuales el recurrente ha colocado la finalidad de su alzada; y el principio del *vencimiento*, según el cual esa finalidad no puede lógicamente entenderse, sino en la medida del quebranto padecido por el apelante, es decir, que donde no hay agravio no hay apelación, y que si alguno hubiere, entonces ella tiene que entenderse interpuesta para que la providencia del *a quo* se revoque o se reforme en favor del apelante, mejorando su situación, pero no para que ésta se le vuelva más gravosa, empeorando su vencimiento (casación 21 de marzo de 1955, número 2151, LXXIX, páginas 810 y siguientes). Sabia es así la disposición del artículo 494 citado, conforme al cual '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'. Ciertamente, esta disposición es de carácter sustancial, en cuanto consagra para el apelante el derecho a que, si no triunfa en el recurso, por lo menos se deje intacto el pronunciamiento recu-

rrido, sin imponerle una desventaja mayor de la que de éste resulta'' (casación 7 de febrero de 1964, *Gaceta Judicial* 2271, Tomo CVI, página 69).

4. Como lo afirma y demuestra el recurrente al sustentar el cargo tercero propuesto por él contra la sentencia acusada, en el caso de autos se dan todas las circunstancias propias de la *reformatio in pejus*. En efecto, la sentencia de primera instancia dictada en este juicio fue de contenido meramente inhibitorio, y por lo mismo no era susceptible de hacer tránsito a cosa juzgada sino en un sentido formal, no material, de suerte que si la parte demandante, ahora recurrente en casación, se hubiese abstenido de apelar de ella, y visto que la parte demandada no apeló, abierta le habría quedado la vía para iniciar un nuevo juicio sobre la misma materia que aquí se debate. Habiendo apelado de esa sentencia dicha la parte demandante, y sólo ella, su apelación quedó sometida a la limitación prevista en el artículo 494 del Código Judicial. Pero resulta que el juzgador de segunda instancia, tras revocar la sentencia inhibitoria del inferior, falló a fondo la cuestión debatida en sentido absolutorio para la parte demandada, sin que la apelante lo hubiera expresamente autorizado al efecto, por lo cual infringió directamente el artículo 494 mencionado, pues es ostensible que el fallo de segunda instancia vino a colocar a tal parte apelante en situación de no poder volver a promover nuevo litigio sobre la materia decidida allí. En tal virtud, el cargo ha de prosperar, y por lo mismo la sentencia acusada debe ser casada.

5. Como atinadamente lo dijo la Corte en la sentencia suya de 7 de febrero de 1964, atrás parcialmente citada, en un caso como el de que aquí se trata, la casación del fallo recurrido no puede traer otra consecuencia que la de que, en el fallo que sustituya al casado, la Corte se limite a confirmar la sentencia de primera instancia. Pues, evidentemente, si al casar la sentencia del Tribunal entrase la Corte a examinar la cuestión de fondo debatida en el juicio, se encontraría frente al riesgo de llegar a la absolución de la parte demandada, es decir, de incurrir en el mismo vicio en que incurrió el sentenciador de segunda instancia.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en este juicio de Margarita Rico de Beaume contra Ana Elisa Campos de Jiménez y otros, sobre reforma de un testamento, y como juzgador de instancia,

Resuelve:

1º *Confírmase* la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, de fecha veintinueve (29) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1962).

2º Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

PROMESA DE CONTRATO

Nulidad por falta de identificación del bien prometido vender. — Ratificación de una promesa de contrato nula absolutamente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 6 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 87 de 5 de noviembre de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 3 de febrero de 1964, en el juicio ordinario seguido por Emigdio Novoa frente a Agustín Beltrán Pardo y otro.

I

Antecedentes

En documento privado de 18 de octubre de 1943, Agustín Beltrán Pardo y Emigdio Novoa celebraron una promesa mutua por la cual el primero se obligó a venderle al segundo y éste a comprarle a aquél "un lote de terreno de propiedad del primero, en el sitio denominado 'San Cayetano', que forma parte de mayor porción distinguida con el nombre de 'Buenavista', lote que comprende tres mangas que actualmente poseen en mera tenencia, los sucesores de Salomón Gómez en un sector, Luvin Hidalgo en otra parte y el resto Algimiro Cárdenas y Justino Rodríguez". Se estipuló como precio de la prometida compraventa el de mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.650.00), de los cuales Beltrán declaró recibidos de Novoa mil pesos ($ 1.000.00); y el resto se comprometió éste a satisfacerlo así: trescientos pesos ($ 300.00) a Justino Rodríguez, ochenta pesos ($ 80.00) a Luvin Hidalgo y cincuenta pesos ($ 50.00) a Algimiro Cárdenas, cantidades éstas pagaderas el primero de enero de 1944, y la de doscientos veinte pesos ($ 220.00) a Beltrán el día del otorgamiento de la respectiva escritura de compraventa, para efectuar el cual, ante el Notario del Circuito de Gachetá, señalóse el 8 de febrero del mismo año. Pactóse, además, que Beltrán haría la entrega material a Novoa, luego que éste satisficiese las deudas antes anotadas "a los respectivos tenedores"; y para el caso de que alguna de las partes incurriese en demora de un mes en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, se estipuló que la infractora pagaría a la ofendida una multa de quinientos pesos ($ 500.00).

La promesa fue ejecutada, en lo relativo al pago del precio por Novoa, y, según los juzgadores de primera y segunda instancia, en lo referente a la entrega material por Beltrán de la cosa prometida en venta. Pero ésta no llegó a efectuarse, por no haberse otorgado la escritura pública necesaria para su solemnización.

Algunos años después, el prometiente vendedor comunicó al prometiente comprador su decisión de retractarse de la promesa, y con el fin de devolverle las sumas satisfechas por el segundo en razón del precio y cubrirle la multa estipulada, le promovió con fecha 11 de mayo de 1948, ante el Juzgado del Circuito de Gachetá, diligencias de pago por consignación, que no prosperaron. A su turno Emigdio Novoa interpuso ante el propio Juez del Circuito de Gachetá, con fecha 2 de junio del mismo año, demanda de requerimiento a Beltrán Pardo, para que éste le otorgase la escritura pública de la compraventa prometida, demanda que tampoco tuvo éxito, pues fue desechada en segundo grado por el Tribunal de Bogotá.

Así las cosas, Agustín Beltrán Pardo, por medio de la Escritura número 288 de 2 de junio de 1952, otorgada ante el Notario del Circuito de Gachetá, vendió a Heliodoro Beltrán Acosta un lote de terreno que hace parte del que figura en el Catastro a nombre del vendedor, denominado "Buenavista Muchindote", situado en jurisdicción del Municipio de Gachetá y determinado por los linderos que la misma escritura expresa.

Después, Heliodoro Beltrán Acosta demandó a Agustín Beltrán Pardo, ante el mismo Juez de Gachetá, en solicitud de la entrega del inmueble que el segundo le había vendido al primero mediante la escritura que se acaba de citar, pedimento cuyo despacho favorable en una sola instancia terminó con la entrega que de este bien hizo el juez a Beltrán Acosta, según diligencia de 7 de abril de 1953.

Finalmente, a consecuencia de un denuncio en materia criminal puesto por Heliodoro Beltrán, por destrucción de una cerca en la finca denominada "San Cayetano", el Juez Municipal de Gachetá, en auto de 2 de junio de 1953, decretó la detención provisional de Emigdio Novoa, el que fue revocado por el juez del mismo Circuito mediante providencia de 14 de julio del mismo año.

II

El presente litigio

Con referencia a estos antecedentes y alegando algunas otras circunstancias concomitantes o consecuentes, Emigdio Novoa trajo a juicio ordinario, ante el Juez del Circuito de Bogotá, a Agustín Beltrán Pardo y Heliodoro Beltrán Acosta, en procura de las súplicas que cabe resumir así:

1ª Que se declare resuelto por incumplimiento del demandado Agustín Beltrán Pardo el referido contrato de promesa de compraventa;

2ª Que se condene al mismo Beltrán Pardo a pagar a Novoa, por concepto de indemnización de los perjuicios que le ocasionó la infracción del dicho contrato, la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), o en subsidio el monto que resulte de las pruebas del juicio;

3ª Para el caso de que erróneamente se considere que la promesa de contrato expresada no tiene valor legal, que se condene al demandado Beltrán Pardo a indemnizar a Novoa los perjuicios que le ocasionó por la culpa extracontractual en que incurrió al ejecutar los siguientes hechos:

a) Inducir a Novoa a pagar la suma de mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.650.00) que Beltrán debía a la fecha del documento en que se hizo constar la promesa de contrato, enriqueciéndose así sin justa causa a expensas del primero;

b) Vender la finca prometida y someterse a un juicio especial de entrega, para privar a Novoa de su posesión;

c) Despojar a éste del dicho bien;

d) Haber ocasionado el lanzamiento de los ganados que Novoa tenía en la finca y tener éste que rescatarlos del coso y sufrir el deterioro de los mismos por la acción violenta de las autoridades;

e) Aprovecharse de las mejoras que Novoa había incorporado a la finca prometida en venta;

f) Someter al demandante a la vergüenza de verse despojado de la finca, sin juicio contra él, como si se tratara de un malhechor;

g) Privar a Novoa de la valorización causada por las mejoras dichas, el transcurso del tiempo y demás circunstancias determinantes de un precio no menor de veinte mil pesos ($ 20.000.00) que tenía la finca en el momento en que sorpresivamente y a sus espaldas fue despojado de la tierra prometida en venta, y

h) Exponer a Novoa a la persecución desatentada que contra él ejerció Heliodoro Beltrán Acosta, a quien Beltrán Pardo vendió la finca, persecución realizada denunciándolo ante el Alcalde de Gachetá, imputándole delitos imaginarios; requisitoriándolo hasta hacerlo huir de su tierra para poder asistir al matrimonio de su hija, que por esa causa hubo de celebrarse en patio extraño; haciéndolo detener por las autoridades; encarcelándolo durante cuarenta y cinco días; desvinculándolo de su comercio, de destacadísimo volumen y prestigio; desacreditándolo con la prisión en todos sus círculos comerciales y bancarios; privándolo de la administración de ocho fincas rurales que explotaba Novoa cuando se desató el furor de las autoridades, estimuladas por Beltrán Acosta, sometiendo a Novoa y a su familia al dolor y a las penas consecuenciales a lo que queda expuesto, y

4ª Que el demandado Heliodoro Beltrán Acosta es responsable solidariamente con Agustín Beltrán Pardo de todos los perjuicios enumerados en el capítulo (sic) precedente, con excepción del marcado con la letra a). "Los perjuicios indicados bajo esa letra los estima mi cliente en la suma allí indicada de mil seiscien-

tos cincuenta pesos; los demás los estima en treinta y ocho mil cuatrocientos pesos''.

Y en el punto 8º de la relación de los hechos, dice el libelo: ''la familia para quien también reclama los perjuicios morales el actor se compone de su mujer, señora Ana Beatriz Calderón de Novoa, y de sus hijos Juan de Jesús, Irma Cecilia, Teresa, Jaime Emigdio, Eduardo Antonio, Aura Rosa Novoa''.

Sin contestación del libelo por ninguno de los demandados y con producción de pruebas de una y otra parte, definióse la primera instancia con fallo que dispuso:

''*Primero.* Niéganse las dos peticiones de la acción resolutoria propuesta como demanda principal en el escrito con que se inició el presente juicio y, en consecuencia, se absuelve al demandado doctor Agustín Beltrán Pardo de los cargos en ellas formulados;

''*Segundo.* Queda a salvo el derecho que pueda tener el demandante Emigdio Novoa para exigir del demandado doctor Agustín Beltrán Pardo la repetición o pago, según el caso, de las sumas de dinero que éste le ofreció pagar por consignación por razón del contrato de promesa de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta sentencia;

''*Tercero.* Declárase probada la excepción de falta de personería adjetiva de la parte demandante respecto de la demanda subsidiaria en lo concerniente a perjuicios morales, en cuanto ella es intentada por la familia del actor señor Emigdio Novoa;

''*Cuarto.* NIÉGANSE las declaraciones y condenas impetradas en la aludida demanda subsidiaria por perjuicios extracontractuales, en cuanto se formulan por el señor Emigdio Novoa en su propio nombre y, en consecuencia, ABSUÉLVESE a los demandados de los cargos en ella formulados, y

''*Quinto.* Condénase al demandante Emigdio Novoa en las costas del presente juicio. Tásense''.

Por apelación del actor, abrióse el segundo grado que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 3 de febrero de 1964, por medio de la cual se ''*confirma* el fallo apelado, o sea el proferido por el señor Juez Primero Civil de este Circuito con fecha veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y siete''.

Incumbe ahora a la Corte soltar el recurso de casación interpuesto por el litigante vencido.

III

Consideraciones del Tribunal

Frente al documento de la promesa de contrato acordada entre Agustín Beltrán Pardo y Emigdio Novoa, en que se omitió establecer por sus linderos la identidad del inmueble sobre que debería versar la venta prometida, estima el sentenciador, siguiendo la doctrina tradicional en el punto, que esa promesa carece de validez por faltar a uno de los requisitos imperados por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cual es el de ''que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales''.

Como expresión de su pensamiento en el punto, ofrécense, entre otros, los siguientes pasajes:

''Tratándose del contrato de promesa de compraventa, cuyos elementos esenciales e insustituibles son la cosa y el precio, éstos deben estar debidamente determinados en él, para que tal convención pueda tener existencia legal, según lo imponen las normas que consagra el artículo 1857 del Código Civil, a términos del cual, 'la venta se reputa perfecta desde que las partes han consentido en la cosa y en el precio'.

''De manera que el contrato de promesa de compraventa de inmuebles, debe contener los linderos de los mismos, por ser éstos, no sólo el medio apto de acuerdo con el sistema legal colombiano, y con la jurisprudencia, para determinar dicha clase de bienes, sino el medio de darle efectividad a la promesa, toda vez que siendo su objeto el otorgamiento de la respectiva escritura pública, ésta debe reunir los elementos requeridos por la ley para la validez de las mismas; y determinándose la validez o nulidad de la promesa de contrato 'por la validez o nulidad del contrato que se promete celebrar', éste debe reunir los requisitos que legalmente tienen que concurrir para su perfeccionamiento y eficacia, o sea los que, tratándose del contrato de compraventa, señala el citado artículo 1857 del Código Civil.

''. . . . . .

''Como consecuencia, pues, de que el contrato de promesa contendrá exactamente la convención prometida, y de que tratándose de la venta de inmuebles, éstos y su precio tienen que estar debidamente determinados por los dos factores esenciales de ese contrato, la doctrina y la jurisprudencia insisten en que la promesa de venta que tenga ese objeto, debe contener los linderos de la finca que se promete vender para que así

se ajuste la convención a la norma contenida en el numeral 4º de la citada Ley 153 de 1887, y sea apta, en tal virtud, para producir los efectos jurídicos que ella misma le señala".

Tal el criterio que llevó al Tribunal a mantener la conclusión del juez *a quo*, de que el contrato de promesa de compraventa que celebraron Beltrán Pardo y Novoa no produce obligación alguna, y, por lo tanto, no puede servir de fundamento a la acción resolutoria incoada.

Y en lo concerniente al rechazo de la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, deducida en forma subsidiaria, considera: Que es deber de la parte actora dejar establecidos todos los extremos que condicionan tal acción, o sean el hecho culposo, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro, y que, examinando los varios motivos relacionados por el actor como determinantes del perjuicio que alega, se encuentra lo siguiente:

a) Respecto del cargo de haber inducido Beltrán Pardo a Novoa a entregarle la suma de $ 1.600.00 pactados como precio de la cosa prometida en venta, nada cabe agregar a lo afirmado por el juez *a quo* de no estar ello probado "por aparecer que dicho acto se cumplió en forma enteramente voluntaria por parte de Novoa", apreciación que el Tribunal no encuentra equivocada, "porque en realidad no se descubre en el proceso la prueba de que la convención sobre contrato de promesa, y las prestaciones que en virtud de ella se cumplieron por las partes, fueran el resultado de ... cualquier suerte de artificios, engaños o violencias de una de las partes para con la otra, cuya circunstancia sería la que vendría a estructurar un acto delictuoso y, por consiguiente, la fuente de indemnización de los perjuicios que de aquellos actos se hubieran causado ..."

b) Que el hecho de que Beltrán Pardo hubiera vendido a Heliodoro Beltrán la finca prometida en venta, y luego se sometiera a juicio de entrega de la cosa vendida, para privar por ese medio a Novoa de la posesión de aquélla, carece de entidad para fundamentar una declaración de responsabilidad civil, "porque la conclusión de la actora acerca de tal finalidad, reposa en una inferencia que no encuentra respaldo probatorio en el proceso. La circunstancia, al contrario, de que la venta que se trata (sic) se hubiera celebrado cerca de tres años después de haberse declarado judicialmente la invalidez del contrato de promesa, debilita los extremos de esa humana presunción (folios 3 y siguientes, cuadernos números 3 y 12, cuaderno número 7)".

c) Que al cargo de haber sido despojado Novoa como consecuencia de la aludida venta y del juicio de entrega que con base en ésta se trabó entre Beltrán Pardo y Heliodoro Beltrán, cabe la misma observación, "toda vez que ni se les acusa, ni aparece demostrada, la comisión personal de hechos materiales ejecutados violenta o clandestinamente, y mediante los cuales dichos señores Beltrán se hubieran apoderado de la cosa de que Novoa era poseedor o tenedor, que es el concepto que de 'despojo' consagra el artículo 982 del Código Civil. Y porque la entrega que de ésta se hizo a Heliodoro Beltrán, y en virtud de la cual quedó privado de su posesión o tenencia el señor Novoa, se cumplió en razón de una sentencia judicial pronunciada dentro de un proceso que la ley autoriza para obtener la entrega material de la cosa cuya tradición se hizo por medio del registro ..."

d) Que, "como lo anotó el juzgado del conocimiento, no hay prueba de que el depósito de unos semovientes de propiedad del señor Novoa en el 'coso' de Gachetá ... pueda imputarse a los demandados: nada consta, en efecto, en el acta de la diligencia de entrega de que se ha hecho mérito, respecto de que en la finca que fue materia de ella existieran ganados de propiedad de Novoa, y que éstos fueran desalojados de allí. Y los testigos Pedro Emilio Martínez y Francisco Marín —únicos que pueden apreciarse porque el de Maximino Martín no fue recibido con las formalidades legales— nada establecen en relación con la persona que pudo enviar al 'coso' las 'cuatro reses' que luego fueron rescatadas por Novoa, ni en virtud de qué circunstancias (véanse folios 35 y 18 vuelto, cuaderno número 7)".

e) Que "tampoco fue demostrado el cargo de que los demandados se hubieran 'aprovechado' de las mejoras que Novoa tenía puestas en la finca tantas veces citada, porque no habiéndose demostrado la existencia, naturaleza y calidad de tales mejoras, no puede afirmarse que los demandados, concretamente el señor Heliodoro Beltrán, se hubiera aprovechado de ellas cuando la finca pasó a su poder en las circunstancias atrás anotadas". Y observa que unos testimonios aducidos al respecto por el actor "no son responsivos ... ni son contestes".

f) Que el dolor moral a que, según el actor, se le sometió como consecuencia del "despojo" alegado, "tampoco puede reconocerse judicialmente, porque, como anteriormente se vio, ese acto, y su imputabilidad a los demandados, no está legalmente estructurado".

g) Que por la misma razón y "por no haberse establecido en el proceso" la existencia de mejoras en la finca que ocupaba Novoa, y su naturaleza y calidad, no puede fundamentarse en derecho una condena al pago de perjuicios con base en el cargo de haberse privado a Novoa de la "valorización" por mejoras, el transcurso del tiempo y demás circunstancias determinantes de un precio.

h) Que tocante con los daños enunciados en el numeral h) de los hechos de la acción por responsabilidad extracontractual, "ni su materialidad fue demostrada, ni se estableció la responsabilidad de su ejecución a cargo de la parte reo en este proceso".

Aunque es cierto que por Heliodoro Beltrán se promovieron, en relación con la posesión de la finca que le transmitió Beltrán Pardo, una querella ante la Alcaldía Municipal de Gachetá para obtener que Novoa se abstuviera de perturbarlo en esa posesión, que culminó con resolución ordenadora de las medidas impetradas, y una denuncia penal por daño en cosa ajena, para que de tales actuaciones y sus secuelas pudiera deducirse responsabilidad civil a la parte demandada, "sería necesario que ellas implicaran un abuso del derecho a ejercitar las acciones que la ley otorga, lo cual no ocurre con la querella y denuncia que formuló el señor Beltrán ...".

"En el caso de autos no se estructura un abuso del derecho por parte de Heliodoro Beltrán al formular la querella y denuncia de que se hizo referencia, porque a términos de la resolución recaída a la primera, resulta evidente que dicha actuación tuvo como fundamento el hecho de haber sido Beltrán perturbado en su posesión por parte del señor Novoa; y porque la denuncia que formuló, no lo fue contra éste, sino contra los autores materiales de los daños denunciados, cuyas exposiciones fueron las que determinaron la detención de Novoa, según aparece del contenido del auto de detención en referencia". Y advierte el Tribunal que si éste fue revocado por el Juez del Circuito en vía de apelación, ello lo fue atenta "la consideración de que el acto imputable a Novoa asumía el carácter de contravención, en cuya virtud el juez que decretó la detención 'carecía de competencia' para conocer del negocio, con la aclaración de que 'el juez del conocimiento obró recta y legalmente' ... Todo lo cual está indicando que tanto la querella como la denuncia fueron propuestas con base en un interés propio del actor y, además, legítimo ..."

Recalcando finalmente que no basta la ocurrencia de un perjuicio material o moral para que proceda la acción de indemnización del mismo, sino que deben establecerse la culpa y el vínculo de causalidad entre ésta y aquél, concluye que como en el caso de autos "no se conjugan esos factores, la especie de reparación incoada no puede reconocerse".

Es así como por el Tribunal se produjo la confirmación del pronunciamiento del *a quo*.

IV

La demanda de casación

Intégrase ésta de tres capítulos informativos de sendos cargos, propuestos en el ámbito de la causal primera, de los cuales los dos primeros se dirigen a atacar el fallo recurrido en lo atinente a la denegación de la acción resolutoria, y el último a impugnarlo en lo relativo al rechazo de la pretensión de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual. Como entre los dos primeros cargos hay una clara conexidad de materia, se hará de éstos un despacho conjunto, para lo cual se procede a su exposición en el orden en que aparecen aducidos.

Primer cargo. Es por violación directa de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936; 1752, 1754 y 1546 del Código Civil, a causa de su no aplicación a la materia del pleito.

Con el intento de precisar el reparo, se argumenta así:

Que, aunque el documento de 18 de octubre de 1943, contentivo de la promesa de compraventa, no expresa los linderos del inmueble objeto del contrato prometido, sí contiene las demás especificaciones del mismo bien, que lo hacen determinable, hasta el punto de no haber habido dificultad para que el prometiente vendedor lo entregara al prometiente comprador, y éste lo ocupase por varios años como algo concreto y cierto; pero que en el supuesto de que tal omisión hubiera constituido vicio del contrato, "ese vicio inicial habría quedado o quedó saneado por ratificación de las partes", como que éstas, según lo reconoció el Tribunal, ejecutaron el contrato en cuanto al pago del precio y a la entrega material de la cosa.

Si, pues, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, la nulidad absoluta, cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes; si según el artículo 1752 del Código Civil, la ratificación necesaria para sanear la nulidad, cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita; y si según el 1754 *ibídem*, la ratificación tácita es la ejecución voluntaria de

la obligación contratada, preceptos estos bajo los cuales se coloca el caso de autos, quiere decir que al tenerse por nula la promesa y no considerársela ratificada por la ejecución de las aludidas prestaciones de las partes, el sentenciador dejó de aplicar, infringiéndolos, los dichos textos sustanciales; y consecuencialmente quebrantó, también por falta de aplicación, el artículo 1546 *ibídem* que, en relación con los contratos bilaterales, autoriza pedir su cumplimiento o su resolución, con indemnización de perjuicios, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Segundo cargo. Propuesto por interpretación errónea de la regla 4ª del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y falta de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, su argumentación puede resumirse así:

Que es equivocado el concepto del Tribunal, de que en la promesa de celebrar un contrato deben comprenderse todos los elementos esenciales del contrato prometido, y, por lo tanto, cuando se trata de la promesa de compraventa de un inmueble, determinarse en la convención promisoria por sus linderos el inmueble objeto del futuro contrato.

Que la promesa tiene su objeto propio: la celebración del contrato prometido, lo que constituye una obligación típica de hacer. "Entonces, si no se olvida que la promesa de por sí no persigue la entrega de la cosa o el pago del precio como objetivos propios y consustanciales de ella, claramente ha de advertirse —y por mi parte lo advierto— que será para el momento de la celebración y cumplimiento del contrato prometido cuando han de encontrarse debidamente determinados la cosa y el precio. Ese momento no es anterior al otorgamiento de la escritura pública, en la compraventa de inmuebles".

Más aún: Siendo principio de nuestro derecho que para la eficacia de los actos y declaraciones de voluntad basta que el objeto sea determinable, ello debe afirmarse, por lo tanto, de la promesa de contrato.

Lo que exige el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 es que se determine el contrato prometido, de modo que para perfeccionarlo "sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". "Y si formalidad es la propia escritura porque así la califica el artículo 2579 del Código Civil, ¿qué no lo será la expresión de linderos que apenas es formalidad de la escritura según el artículo 2594 *ibídem*?" Es que "La 'constancia' de los linderos está apenas entre lo que 'por regla general' se exige para los instrumentos relativos a inmuebles (artículo 2594). Mas sin que el subsiguiente artículo 2595 incluya tal exigencia entre las formalidades sustanciales 'cuya falta invalida el instrumento' ".

Cuanto a la tesis de que la enunciación de los linderos resulta imprescindible en estos casos, dada la reglamentación legal del registro, cabe observar que la desvirtúan disposiciones como la del artículo 26 de la Ley 16 de 1936 sobre prenda agraria, según el cual no es menester reproducir linderos en la inscripción, sino que pueden citarse los de la matrícula y, a falta de ésta, bastará citar el número, fecha y notaría del título del actual poseedor; y que el argumento de que, sin la expresión de los linderos, la promesa no sería susceptible de ejecución forzada, cae también al considerar que "nada impedirá a este respecto que, análogamente, se presente la promesa con el título de dominio del prometiente vendedor en que sí consten los linderos, por ejemplo". Y que sea necesario expresar éstos en las demandas relativas a inmuebles, débese a que "para ello existe la disposición expresa", que "no la hay en cambio relativamente a la promesa relacionada con inmuebles".

Entendiendo que, según la jurisprudencia a que se acoge el Tribunal, la promesa se identifica con el contrato prometido, y que la determinación de éste y la del objeto son una misma cosa, el impugnante, por vía de censura, trayendo a colación el concepto de un prominente tratadista chileno, sustentatorio de la diferencia entre los dichos dos actos, sostiene: Que es inadmisible "la completa identificación que propugna el fallo recurrido entre la promesa de celebrar un contrato y el contrato mismo prometido"; que "determinar" éste en la promesa "no quiere decir que también en ella haya de quedar 'determinado' el objeto —la cosa prometida en venta, en nuestro caso— en la forma y términos que lo exige el fallo"; que "siendo uno el objeto de la promesa y otro diferente el del contrato prometido, será para el momento del perfeccionamiento de este último para cuando el objeto, la cosa, ha de determinarse perfectamente"; que, respecto de esa determinación, "ni aún en la reglamentación legal del propio contrato de compraventa aparece la exigencia de linderos en tratándose de inmuebles", ya que "el artículo 1889 del Código Civil con su expresión 'si se vende con señalamiento de linderos', no deja ninguna duda al respecto"; y que exigir so pena de nulidad la expresión de linderos en la promesa de compraventa de inmuebles, es darle a la regla 4ª del artículo 89 aludido un alcance de

que carece, según lo expuesto, interpretándolo erróneamente.

En fin, eslabonándola a la pretendida infracción de este texto, alégase nuevamente la del artículo 1546 del Código Civil, por no haberlo aplicado, dado que "la promesa de autos, perfecta como es, sí da asidero a la acción resolutoria propuesta", desestimada por el Tribunal, no obstante reunir, en concepto del recurrente, los requisitos indispensables para su prosperidad.

Consideraciones de la Corte

1. Puesto que el ordenamiento civil contenido en la Ley 153 de 1887 sobre promesa de contrato se mantiene inalterable, conserva igualmente su vigencia la doctrina al respecto sentada de tiempo atrás por la Corte, de una de cuyas decisiones, la de casación de 30 de julio de 1941, conviene reproducir aquí el siguiente terminante pasaje: "La promesa de celebrar un contrato, que conforme al antiguo sistema del Código Civil no producía en ningún caso obligación alguna, es ahora, por virtud del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones pero sólo excepcionalmente, porque para que lo sea es indispensable que concurran las circunstancias que en esa disposición se determinan. Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez, se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna ... Estos requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones unidas a la existencia misma del contrato y no simplemente condiciones *ad probationem*" (LII, página 24).

2. *La promesa de contrato, para serlo, ha de constituir por sí misma una convención acabada como cualquiera otra, y es sustancialmente distinta del contrato prometido. Nuestro sistema legal es diverso en punto de promesa de compraventa al del Derecho Francés, cuyo Código Civil en su artículo 1589 dispone que la promesa de venta vale como venta, cuando media el consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio. No es así en Derecho colombiano, en donde, como resulta de lo dicho, uno es el contrato de promesa de compraventa y otro distinto el contrato prometido. El objeto de este último, cuando llegue a celebrarse, serán la cosa que dará el vendedor al comprador y el precio que éste pagará a aquél. Pero el primer contrato o sea el de promesa no tendrá más objeto que la celebración del segundo, por lo cual la obligación de cada una de las partes emanante del primero es una obligación de hacer consistente en otorgar el contrato prometido.*

3. *La cuarta de las condiciones ineludiblemente exigidas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para que la promesa de celebrar un contrato produzca obligación, es la de "que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". No le bastó al legislador que en la convención promisoria se señalase la especie del contrato prometido y se consignasen indicaciones que permitieran determinarlo marginalmente, para que la promesa pudiera tener poder vinculatorio, sino que, como lo reza el texto legal transcrito, se impuso la precisión de que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. La razón de ser de esta severidad acerca de la determinación del contrato futuro en el acto de su prometimiento, es obvia: porque si la obligación de los prometientes de un contrato futuro es, como ya se dijo, obligación de hacer o sea la de celebrarlo, y si, por lo mismo, el objeto de la promesa no es otro que la celebración del contrato prometido, resulta que para que la promesa de contrato pudiera lograr su finalidad en el comercio jurídico, sin quedar expuesta a incertidumbres y desvíos que la hicieran peligrosa y ocasionada a controversias, tenía el autor de la ley que exigir, como requisito* sine qua non *de su eficacia, el que se determinase el contrato prometido en todos sus elementos estructurales hasta el punto de que para ser celebrado posteriormente, mediante el empleo de esos cabales elementos, sólo restase en orden a su perfeccionamiento la tradición de la cosa, cuando el contrato fuese real, o las formalidades legales, cuando éstas fuesen requeridas por el derecho, como en los contratos solemnes.*

4. *Ahora bien: No podría hacerse en la convención promisoria la determinación del contrato prometido, en la forma exhaustiva reclamada por la ley, sin la especificación de las cosas objeto de este último. Así que, en tratándose de la promesa de compraventa de un bien inmueble, la singularización de éste en el acto mismo de la promesa, por su ubicación y linderos, se impone como uno de los factores indispensables para la determinación del contrato prometido. Por la naturaleza de las cosas, la identidad de los predios depende de su situación y sus linderos, datos éstos cuya expresión precisamente exigen los artículos 2594, 2658 y 2663 del Código Civil y 15*

de la Ley 40 de 1932, para todos los instrumentos notariales y diligencias de registro que versen sobre bienes raíces, preceptiva en que se traduce el sistema de nuestra ley civil en la materia. Y si en la promesa ha de determinarse el contrato prometido de suerte que en la cabalidad de sus elementos constitutivos pueda pasar a integrar el acto de su perfeccionamiento, no queda así lugar a duda alguna de que en la convención promisoria de compraventa de inmuebles, tienen éstos que ser individualizados de modo identificante, esto es por su situación y linderos.

5. *Ni es argumento en contrario el que pretende hacer el recurrente con base en el artículo 26 de la Ley 16 de 1936, de que, según este texto, para la inscripción de la prenda agraria bastará referirse a los linderos que aparezcan en la respectiva matrícula de la propiedad y a falta de ésta "citar el número, la fecha y la notaría que correspondan al título del actual poseedor inscrito del inmueble", porque no siendo el de prenda agraria un contrato de gravamen de inmuebles sino de máquinas agrícolas, semovientes y frutos separados o pendientes de las plantas, que el derecho para tal efecto considera muebles (artículo 659 del Código Civil), la excepción se explicaría por esta mera consideración, atendiendo a que la localización de tales muebles en relación con las fincas en que ellos se encuentran puede hacerse por las referencias que en las matrículas de la propiedad o títulos notariales de la misma se hagan a los linderos de aquéllas; y porque en último término se trataría de una norma exceptiva, impotente por su misma índole para supeditar el sistema del Código Civil.*

6. *Tampoco cuenta el argumento de que el artículo 1889 del Código Civil diga en su segundo inciso que "si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos", para pretender sacar de ahí la conclusión de que el mismo Código admite la posibilidad de que se venda un predio sin señalamiento de linderos, porque ese inciso, frente al sistema del código en la materia, no asume —lo que sería incomprensible—, el alcance que el recurrente pretende darle, sino que el supuesto: "si se vende con señalamiento de linderos", sólo lo empleó el legislador para definir un problema de entrega de la continencia territorial vendida, en conjunción con la regla del primer inciso, según el cual si un predio se vende como cuerpo cierto, no hay derecho para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere su cabida. Como bien lo dijo sobre el punto el* ad quem, *tal disposición en manera alguna implica una derogación de los principios relacionados con la forma como deben identificarse los inmuebles, y la Corte no encuentra motivo alguno para modificar la jurisprudencia de antigua data establecida y reafirmada, a la vista del artículo 1889, de que la compraventa de un inmueble es absolutamente ineficaz cuando en la respectiva escritura pública se omite la expresión de los linderos de la finca objeto del contrato (casaciones 10 de marzo de 1896, XI, 259; 2 de abril de 1897, XII, 315; 12 de agosto de 1925, XXXI, 305; 24 de mayo de 1934, XLI, 136).*

7. Todo lo expuesto no significa, como lo entiende el recurrente, que por la doctrina jurisprudencial se haya y se esté confundiendo la promesa de contrato con el contrato prometido, identificando sus objetos, pues el deslinde de estos dos fenómenos es perfectamente nítido, como se ha dejado establecido en el principio de estas consideraciones. Por lo mismo, está por fuera de lugar el concepto del tratadista chileno Claro Solar traído a colación en el punto, dirigido a criticar la identificación que una corte de apelaciones de aquel país pretendió hacer entre el contrato prometido y la promesa, a la manera del Derecho Francés, a que atrás se hizo alguna mención. Pero de tal crítica, en manera alguna se desprende que para el expositor chileno pudiera valer la promesa de contrato sin la debida especificación en todas sus partes del contrato prometido. Así que, sintetizando él el alcance de su comentario sobre la cuarta de las circunstancias del artículo 1554 del Código Civil Chileno, semejante, aunque no literalmente igual, a la cuarta del artículo 89 de nuestra Ley 153 de 1887, concluye así: "Lo único que la ley exige en la circunstancia 4ª que debe concurrir en la promesa de celebrar un contrato es, pues, la explicación completa del contrato prometido *para que la ejecución forzada fuese posible en caso de inejecución*" (Tomo XI, número 1209 *in fine*, páginas 711 y siguientes).

8. De igual modo en la preceptiva legal colombiana, la promesa de contrato ha de precisar en tal forma el contrato prometido, que, en caso de incumplimiento de aquélla por alguna de las partes, pueda demandar la otra su ejecución forzada. Y es así como atendiendo entre otras hipótesis a ésta, fue por lo que vino el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 a complementar el procedimiento para la ejecución del hecho debido, disponiendo que si éste "consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conoce del litigio, si,

requerido aquél, no lo hiciere dentro del plazo que le señale al efecto".

9. *En síntesis: para la ley, la promesa de compraventa de un inmueble en que falte el alindamiento del mismo, carece de valor, es absolutamente nula.*

10. *Corolario de este postulado es el de que no hay lugar a la acción resolutoria de un contrato de promesa de compraventa de inmuebles afectado de la nulidad de esta especie, porque el acto absolutamente nulo no tiene como sanción sino la acción de nulidad, pero no la resolutoria, que requiere, como supuesto sustancial, la validez del acto. Así que el no cumplimiento por una de las partes del acto absolutamente nulo es precisamente derecho que le asiste para prevalerse contra esa nulidad, lo que excluye, desde luego, toda posibilidad de acción resolutoria.*

11. En el caso de este pleito, tiénese que en el documento contentivo de la promesa de contrato no se señalan los linderos, como tampoco la ubicación distrital, ni siquiera el título de adquisición por el prometiente vendedor, del predio objeto del contrato de compraventa prometido. Se está así en presencia de una absoluta falta de determinación de este contrato en la convención promisoria, a causa de la indeterminación del inmueble, objeto del futuro contrato. En tales condiciones, el Tribunal, al considerar absolutamente nula la promesa de contrato debatida y denegar la acción resolutoria intentada, juzgó con acierto, sin violar entonces ninguno de los preceptos de derecho sustancial que la acusación señala como infringidos en el segundo de los cargos propuestos.

12. No es menos improcedente el primer cargo, montado sobre la pretensión de que, por haber las partes ejecutado las prestaciones de entrega material de la cosa y pago del precio, resultantes de la promesa de contrato, ella quedó tácitamente ratificada, por lo cual el sentenciador, al desconocer su validez y denegar la acción resolutoria, vulneró las normas sustanciales a que la censura se refiere.

Porque cuando la nulidad proviene de la falta de requisitos *ad substantiam actus*, la ratificación no puede hacerse sino mediante el lleno de los requisitos omitidos.

Y porque, consistiendo la ratificación tácita en "la ejecución voluntaria de la obligación contratada" (artículo 1754), y siendo la obligación de las partes, resultante fundamentalmente de la promesa de compraventa, no la de hacerse las entregas de cosa y precio que serían ejecución anticipada del contrato prometido, sino la de celebrar éste mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, es evidente que, para que en el caso del pleito hubiera ocurrido la ejecución voluntaria de la promesa nula y, por lo mismo, su pretendida ratificación, se necesitaría que por las partes se hubiera otorgado la escritura pública consumativa del negocio prometido, extremo éste descartado del debate.

Consideraciones éstas suficientes para desechar el primero de los cargos deducidos en el recurso.

Tercer cargo. Comenzando por transcribir un pasaje de la sentencia acusada, en que el Tribunal compendia la enunciación de los hechos planteados en la demanda como *causa petendi* de la acción por responsabilidad extracontractual, que "constituyen indudablemente en unos casos hechos dolosos, y en otros hechos culposos, que, por ser naturalmente lesivos del patrimonio moral o material de las personas, generan la obligación de indemnizar el daño ocasionado, de acuerdo con la norma general consagrada por el artículo 2341 del Código Civil"; y partiendo del supuesto de que el juzgador reconoció la calidad de los hechos de que se querella el demandante y de que ellos son naturalmente lesivos del patrimonio moral o material de las personas, alega el impugnante que "inexplicablemente el honorable Tribunal tampoco dio acogida a la acción subsidiaria, violando así directamente el propio artículo 2341 que cita"; que "se perdió el sentenciador en consideraciones sobre la prueba del perjuicio, la relación de causalidad, el abuso del derecho, etc., desentendiéndose de lo principal"; y luego de remitirse al resumen de las alegaciones de su parte hechas en la audiencia de la segunda instancia, dice que "el señor Novoa relativamente al inmueble de autos se encontraba en una situación de derecho conferida por el propio doctor Beltrán Pardo y de la cual fue desplazado en virtud de hechos personales del propio doctor y también de hechos por él propiciados"; que "posesión es lo que recibe aquel a quien se entrega una cosa en virtud de una promesa de compraventa" y que perdura mientras no se desate el vínculo de que proviene; que se denegó, empero, "la acción de cumplimiento de lo prometido ejercitada por Novoa y se denegó en el equivocado concepto de ser la promesa ineficaz, pero ni entonces —porque no era del caso— ni posteriormente, se hizo la declaración de nulidad que es solamente lo que al tenor del artículo 1625 del Código Civil extingue la obligación y desata el vínculo".

Y añade que "de ser ineficaz la promesa Beltrán-Novoa y no dar por eso mismo asidero a una responsabilidad contractual, no ha de seguirse y no se sigue, pues, que los hechos, omisiones y silencios del doctor Beltrán que dieron por resultado el desplazamiento de Novoa de una situación de que gozaba por virtud de actos de voluntad del mismo doctor, no le acarreen a éste ninguna responsabilidad ...

"De manifiesto como aparecen la determinación del doctor Beltrán de no hacer honor a la palabra empeñada; la venta a otro de la finca prometida en venta a Novoa; su subsiguiente actitud de conformidad con la acción de entrega promovida por el comprador señor Beltrán, la que en esa forma había de conducir fatalmente, como condujo, a privar a Novoa del inmueble arbitrariamente, con toda la secuela de incidencias y tribulaciones que dan cuenta los autos y que el honorable Tribunal no desconoce, no hay lugar a duda de que en razón de todos estos hechos fluye la responsabilidad del doctor Beltrán a la luz del principio de que todo aquel que con su hecho o culpa lesiona un patrimonio debe pagar al lesionado la condigna reparación ...

"Y como en lo principal contó el doctor Beltrán con la colaboración de don Heliodoro Beltrán comprador del inmueble, la responsabilidad solidaria de este último quedó comprometida también de acuerdo con el artículo 2344 del Código Civil, violado igualmente por no habérsele dado aplicación".

Consideraciones de la Corte

1. Toda la acusación descansa en el argumento que se proporciona el recurrente, de que el sentenciador tuvo por probados los hechos constitutivos de la *causa petendi,* en la acción de responsabilidad extracontractual. Pero, la verdad es la contraria, afirmada con énfasis por el juzgador, a medida de su tránsito por el campo de las cuestiones de hecho, en atisbo de pruebas que no encontró.

2. Basta leer con desprevención la sentencia en lo pertinente, de cuyos pensamientos son trasunto las consideraciones recogidas en el Capítulo III del presente pronunciamiento, para persuadir que si el Tribunal no acogió la pretensión del actor sobre indemnización de perjuicios por culpa extracontractual, con base en el artículo 2341 del Código Civil, ello lo fue por la falta de prueba de elementos axiológicos de la responsabilidad de esa especie.

3. Ciertamente, afirma el Tribunal que no se probó que Beltrán Pardo hubiera engañado o coaccionado a Novoa para que por éste se pagase la cantidad fijada como precio de la venta prometida; que tampoco encuentra respaldo probatorio la inferencia de que la venta hecha por el primero a Beltrán Acosta, "tres años después de haberse declarado judicialmente la invalidez del contrato de promesa" celebrado con Novoa y luego se sometiera Beltrán Pardo al juicio de entrega intentado por Beltrán Acosta, tuviera como móvil el despojo de Novoa; que no aparece demostrada la comisión personal de hechos materiales ejecutados violenta o clandestinamente, mediante los cuales los dichos Beltrán se hubieran apoderado de la cosa de que Novoa era poseedor o tenedor; que la entrega que de ella se hizo a Heliodoro se cumplió por virtud de una sentencia judicial, en proceso autorizado por la ley; que no hay prueba de que el depósito de unos semovientes de Novoa en el "coso" de Gachetá pueda imputarse a los demandados; que tampoco fue demostrado el cargo de que éstos se hubieran aprovechado de mejoras puestas por Novoa, ni acreditádose la existencia, naturaleza y calidad de las mismas; que no está legalmente estructurado el dolor moral que se dice padecido por Novoa con el pretendido despojo, ni su imputabilidad a los demandados; que en cuanto a los daños alegados por el actor en el numeral h) de los hechos fundamentales de la acción de perjuicios por responsabilidad extracontractual, no fue demostrada su materialidad, ni se estableció la responsabilidad de su ejecución a cargo de la parte demandada en este proceso; que en lo atinente a la querella de policía y a la denuncia penal por daño en cosa ajena entabladas por Heliodoro Beltrán Acosta, tales actuaciones no estructuran abuso alguno del derecho por parte del mismo, porque la primera de tales actuaciones se fundó en haber sido él perturbado en su posesión por parte de Novoa, y la denuncia en materia penal no fue instaurada contra éste, sino contra los autores materiales de los daños denunciados, de cuyas declaraciones resultó la detención preventiva de Novoa, cuya revocación ulterior solamente se fundó en cuestiones de incompetencia del funcionario que la decretó; y que en el caso de autos no se conjugan los factores de culpa y vínculo de causalidad en relación con los perjuicios sobre que se ha litigado.

4. Si, pues, para el juzgador no fueron establecidos los factores de hecho alegados por el demandante como constitutivos de la culpa extracontractual que éste les imputa a los demandados, es claro que carecía de la base indispensable para poderle prestar su acogida a la acción de indemnización que consagra el artículo 2341

del Código Civil. Por lo que no puede decirse que este precepto hubiera sido violado directamente.

Su inaplicación, como la consecuencial del 2344 *ibídem*, obedecieron, en la dialéctica del fallador, a una razón de déficit probatorio.

5. Así que, para que la acusación hubiera sido adecuada, habría tenido que ser propuesta por infracción indirecta de tales textos, a causa de yerros de apreciación en el ámbito de las pruebas, que el impugnante estaba entonces en el deber de demostrar. Pero nada de esto hizo, pues el recurso se aplicó exclusivamente a ensayar una censura por quebranto directo de los artículos referidos, dejando intocada la fundamental premisa de falta de prueba de los hechos informativos de la *causa petendi*, sobre que el Tribunal levantó en el punto su pronunciamiento.

Ello importa el rechazo de la censura.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

MANDATO. — CUASI CONTRATO DE GESTION DE NEGOCIOS AJENOS O AGENCIA OFICIOSA

Técnica de casación. — Causal primera. — Rendición de cuentas, debe iniciarse en juicio especial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 7 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 5 de los corrientes, según Acta número 87 de esa fecha).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 28 de marzo de 1965 en el juicio de Mauro Cadavid Sierra, frente a Graciela Cadavid de García.

El litigio

Ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Medellín, el Presbítero Mauro Cadavid Sierra propuso juicio ordinario de mayor cuantía contra Graciela Cadavid de García para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenaciones:

a) Que la demandada le debe al actor la suma de $ 19.239.65 o la que se establezca en el juicio, por concepto de inversiones efectuadas en la construcción de la casa de que trata el hecho primero del libelo;

b) Que, igualmente, aquélla debe pagarle a éste la suma de $ 7.300.00, por concepto de honorarios y gastos de administración y financiación, o la suma que pericialmente se establezca en el juicio, y

c) Que las costas son de cargo de la demandada.

Los hechos fundamentales de la *causa petendi* se sintetizan así: Graciela Cadavid de García es propietaria de un solar, ubicado en la ciudad de Medellín y determinado como se indica en el hecho primero del libelo; en el año de 1961 la nombrada Cadavid de García había comenzado a construir una casa en el aludido solar, hasta el punto de haber levantado un primer piso en obra negra, pero aquélla carecía de recursos suficientes para terminar la edificación, y le debía, por concepto de la plancha, $ 3.000.00 a Bernardo Acosta; en tal situación, la demandada le rogó al actor que terminara la construcción a expensas de éste y que obtuviera una financiación del Banco Central Hipotecario; al finalizar el mes de mayo del año mencionado, el actor comenzó a cumplir su encargo contratando verbalmente con Bernardo Acosta la terminación de la obra y sufragando el costo de la misma, conforme al siguiente detalle: expensas del actor, $ 72.239.65; préstamo del Banco, $ 54.000.00; saldo a favor de aquél, $ 19.239.65; estima el actor que la demandada le debe también la suma de $ 7.300.00 equivalente a un 10% del valor de la obra, por concepto de administración y financiación de la misma; y la demandada se ha negado sistemáticamente a pagarle al actor lo que le debe, pese a los cobros que se le han hecho.

La demandada, al responder el libelo, aceptó algunos de los hechos, negó otros y formuló oposición a los pedimentos de la demanda. Además propuso, como excepciones las de "carencia de causa en lo que el demandante llama obligaciones de mi parte; inexistencia de convenciones; prescripción; petición de modo indebido y la genérica".

El juicio recibió fallo de primer grado, por el cual el juez del conocimiento desató el litigio en los siguientes términos:

"Primero. Se condena a la señora Graciela Cadavid de García a pagar al Presbítero Mauro Cadavid Sierra, la suma de once mil ochocientos ocho pesos ($ 11.808) moneda legal, por concepto de gastos atendidos por el último en beneficio de la primera, en exceso a la cantidad que con tal fin le fue entregada para la construcción de la casa de que da cuenta el hecho primero de la demanda. La cifra antes citada deberá ser satisfecha dentro de los diez días subsiguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"Segundo. Declárase inhibido el juzgado para pronunciarse en cuanto al pago de honorarios por dirección o intervención de la construcción ameritada, pues ello compete a la jurisdicción especial del trabajo.

"Tercero. Se condena a la demandada al pago de las costas del juicio".

Por apelación interpuesta por ambas partes surtióse la segunda instancia, a la que puso fin el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, materia del presente recurso de casación.

El fallo del Tribunal

A vuelta de relacionar la litis-contestación y el desarrollo del juicio, el Tribunal considera, en primer término, que es indudable que el actor Presbítero Mauro Cadavid Sierra, ha sido mandatario de la demandada Graciela Cadavid de García, pues administró dineros que a ésta le prestó el Banco Central Hipotecario, contrató un constructor para la terminación de la casa de propiedad de la misma, hizo diversos pagos para dicho fin, compró directamente materiales y celebró actos jurídicos por cuenta de dicha demandada, en representación o no de la misma. Todos esos actos establecidos en los autos configuran, en el sentir del Tribunal, el contrato de mandato definido por el artículo 2142 del Código Civil.

Seguidamente declara el fallo que, de conformidad con el artículo 2182 *ibídem,* todo mandatario debe rendir cuentas de su gestión o administración, y no puede antes de hacerlo exigir saldo alguno a su mandante, y "como eso es precisamente lo que se está haciendo en este juicio, no es procedente ni oportuno discutir aquí sobre si existe o no el saldo que por razón de su mandato o administración impetra el demandante y tampoco si es dable o no hacer reconocimiento de honorarios por motivo de la referida administración". Y remata: "por eso está estructurada o configurada en este juicio la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo".

Con fundamento en las precitadas consideraciones, el Tribunal revoca la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declara probada la referida excepción y condena en las costas del juicio al actor.

El recurso extraordinario

Interpuesto por la parte demandante, fúndalo en escrito que contiene tres cargos en el ámbito de la causal primera de casación.

Primer cargo. Denuncia violación directa, por falta de aplicación del artículo 2304 del Código Civil, con la motivación que así se sintetiza:

Existen diferencias fundamentales entre el contrato de mandato, definido en el artículo 2142 del Código Civil, y el cuasicontrato de gestión de negocios ajenos o agencia oficiosa, también definido por el artículo 2304 de la misma obra. Confundir estas figuras y aplicarle a la segunda el régimen jurídico de la primera, o, a la inversa, "es incurrir en graves violaciones de una y otra".

En el caso *sub lite,* el Presbítero Mauro Cadavid Sierra, ante el inminente fracaso de su hermana, quiso salvarle sus intereses o negocios y, "movido únicamente por naturales sentimientos de fraternidad quiso ayudarla poniéndose al frente de dicha construcción hasta llevarla a feliz término".

En desarrollo de su gestión, el nombrado Presbítero "empleó no solamente su actividad personal, sus conocimientos y experiencia, sino su propio dinero, ayudándole a su hermana en la financiación de la obra y gestionando, además, un préstamo en el Banco Central Hipotecario para asegurar la culminación exitosa de la obra. También, en el mismo desarrollo de su generosa gestión, contrataba en su propio nombre no solamente la ejecución de la obra, sino el suministro de materiales de la mejor calidad, a su propio riesgo, pues en nada quiso comprometer jurídicamente a su hermana ante terceros".

Así, las actuaciones del actor en pro de la demandada fueron las de un gestor oficioso y no las de un mandatario, en contra de lo apreciado por el Tribunal. "Entre ambos no se celebró o medió contrato de mandato alguno, si se considera que ni en forma verbal ni escrita, la señora Cadavid Sierra de G. confió al Presbítero, doctor Mauro Cadavid Sierra gestión alguna; ni le confirió al mismo distinguido levita representación de ninguna clase. Estuvieron ambos de acuerdo, por sentimientos naturales de fraternidad en que era necesaria y útil la colaboración del se-

gundo con el fin de llevar a feliz término la construcción. No asumió la señora Cadavid Sierra ningún riesgo económico ni jurídico de ninguna especie, con terceros, en el desarrollo de la gestión llevada a cabo por el gerente o gestor".

"En el caso *sub judice*, la confusión del Tribunal es evidente, si se considera que las pruebas producidas en el proceso configuran una gestión de negocios, y, de ningún modo con poder vinculatorio entre las partes".

Segundo cargo. "La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida de los preceptos jurídicos contenidos en los artículos 2142, 2143 y siguientes del Capítulo I, Título 28 del Código Civil".

Detiénese el censor en consideraciones relativas a la técnica que hayan de emplear los jueces en la elaboración de sus fallos, para concluir que "la ley establece o formula el precepto, y, las pruebas, los fenómenos de expresión de voluntad. La sabiduría y perspicacia del fallador de instancia, consiste precisamente en lograr la más perfecta coincidencia entre esos dos campos trascendentales, en los cuales son agentes primordiales la voluntad humana expresada en actos de significación jurídica, la ley y el juez..."

"En el caso *sub judice*, la falta de perspicacia en el Tribunal sentenciador, determinó la aplicación indebida de los artículos 2142 y 2143 del Código Civil.

"En efecto la voluntad de las partes, Presbítero doctor Cadavid Sierra y la señora Graciela Cadavid de G., se expresaron claramente en relación con la gestión llevada a término por el primero; que la interesada le solicitó al gestor su indispensable colaboración para la terminación de la construcción; y, el gestor accedió a prestarla en la forma exitosa de que dan cuenta los autos ...

"La técnica cumplida por el Tribunal para la elaboración y pronunciamiento de la sentencia de la primera instancia, indica claramente que no hizo un estudio minucioso de las situaciones o cuasi-contractuales de hecho, como era necesario, para proceder a una correcta aplicación del derecho ... En consecuencia, el Tribunal aplicó al caso *sub judice*, indebidamente los artículos 2142 y 2182 del Código Civil. Violó directamente estos preceptos, por lo cual la sentencia debe ser casada".

Consideraciones de la Corte

I. Una de las bases fundamentales de la presente litis, propuesta por ambas partes y aceptada como indiscutible por el Tribunal, es la existencia de un contrato de mandato celebrado entre el actor y la demandada para la terminación de la casa de propiedad de ésta. La única discrepancia entre dichas partes respecto de tal hecho radica en que el actor afirma en su libelo haber aceptado ese contrato a ruego de la demandada, al paso que ella sostiene en su contestación que la propuesta del mismo provino de aquél. Y hasta el propio censor no puede menos que reconocer el referido pacto en varios pasajes de su demanda, como el siguiente: "En efecto, la voluntad de las partes, Presbítero doctor Cadavid Sierra y la señora Graciela Cadavid de G. se expresaron claramente en relación con la gestión llevada a término por el primero; que la interesada le solicitó al gestor su indispensable colaboración para la terminación de la construcción; y el gestor accedió a prestarla en la forma exitosa de que dan cuenta los autos".

II. Sin embargo, visto está que el recurso se empeña en modificar el precitado extremo de la litis-contestación, arguyendo que las relaciones entre las partes no se originaron en mandato alguno, sino que provinieron de una gestión oficiosa realizada por el actor en pro de la demandada, de donde concluye que el sentenciador, confundiendo tales figuras, aplicó indebidamente los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, pertinentes a la primera, y dejó de aplicar el 2304 *ibídem*, propio de la segunda. De esta suerte, los dos cargos antes expuestos y que aquí se despachan conjuntamente pretenden modificar sustancialmente en el recurso extraordinario de casación la cuestión jurídica debatida en las instancias, lo que no es de recibo.

III. *Además, como es sabido, la finalidad primordial a que obedece este recurso extraordinario en el campo de la causal primera y que ha determinado su consagración legislativa, consiste en el aseguramiento de la recta inteligencia y aplicación de las leyes sustanciales, vale decir de las normas que generan efectos concretos, tales como la atribución de derechos subjetivos y la imposición de obligaciones, respecto de las personas que lleguen a colocarse en las situaciones fácticas previstas por aquéllas. Por tanto, para que la acusación pueda prosperar en este terreno es indispensable la cita precisa de las normas de dicha índole cuyo quebranto efectivamente conlleve el desconocimiento de aquellos derechos u obligaciones. Ahora bien, según suele ocurrir frecuentemente, los referidos efectos no se generan en un solo precepto, sino en la conjunción de varios que así entran a estructurar lo que se llama una "proposición jurídica completa", evento en el cual es indispensable que el recurso*

los invoque de este modo. Así, como sucede en el caso de autos, si el censor pretende que le fueron desconocidos derechos tales como el de reembolso de expensas que hiciera por cuenta de la demandada y el del pago de la remuneración de servicios prestados a la misma, bien fuera en razón de un contrato de mandato o bien de una agencia oficiosa, era necesaria la cita y demostración del quebranto de las normas legales que gobiernan las relaciones entre el dueño del negocio y el mandatario o el gestor y que precisamente le confieren a éste los referidos derechos, en vez de limitarse a citar los artículos 2142 del Código Civil, que define el contrato de mandato, el 2143 *ibídem* que sólo indica que éste puede ser gratuito u oneroso y el modo de fijar la remuneración de ser lo segundo, y, en fin, el artículo 2304 que define la figura de la agencia oficiosa. Estos textos legales, aún en el supuesto de que participen todos o algunos de ellos del carácter sustancial en el sentido preindicado, ciertamente no estructurarían por sí solos la proposición jurídica completa, cuya pretendida infracción por el sentenciador pudiera conducir a la prosperidad de las dos primeras censuras.

Tercer cargo. Con transcripción del paso de la sentencia del Tribunal en que éste considera que las súplicas de la demanda son prematuras, porque en ellas el actor pretende exigir saldos a su favor en razón del mandato conferido por la demandada, antes de que aquél le hubiera rendido a ésta cuentas de su gestión, el recurso considera que esta apreciación constituye un yerro interpretativo del artículo 2181 del Código Civil.

"Para el Tribunal Superior de Medellín es absolutamente necesario, así lo da a entender la sentencia, que al cobro de honorarios y reembolso de saldos en favor del mandatario, debe preceder un juicio especial de cuentas, con lo cual se viene a agravar, en contra de la economía procesal, la situación jurídica del mandatario. De acuerdo con esta interpretación equivocada del precepto citado, la rendición o extracto de cuentas que extrajudicialmente presente el mandatario al mandante, y, el asentimiento expreso o tácito de aquél a dichas cuentas, no tiene ninguna eficacia, por no haber sido hechas o formuladas con la intervención judicial ...

"En el caso *sub judice,* el Presbítero doctor Cadavid Sierra rindió cuentas debidamente comprobadas y aceptadas por la señora Cadavid de García, pues en ningún momento fueron impugnadas por ella, ni antes, ni en el largo proceso del juicio ordinario ...

"No se sabe de dónde extrajo el Tribunal la expresión 'juicio de cuentas', o, la confusión con la expresión 'rendición de cuentas', que son completamente diferentes: lo primero es un medio compulsivo, judicial, que hace suponer divergencias entre mandante y mandatario; lo segundo, es un procedimiento extrajudicial simple sin compulsividad de ninguna especie. El texto breve y claro del artículo 2181 del Código Civil fue adicionado por el Tribunal ..."

Los anteriores extractos determinan el sentido de la censura.

Considera la Corte

I. *Cierto es que la gran mayoría de las relaciones jurídicas a que la vida social da lugar nacen, se desenvuelven y extinguen fuera de los estrados judiciales. Las personas, movidas por el sentimiento de solidaridad que les es connatural y aún por el beneficio que derivan del concurso de sus coasociados, de ordinario respetan los derechos ajenos y cumplen sus obligaciones de modo espontáneo. Así el amparo de los derechos subjetivos mediante el ejercicio de las respectivas acciones y la consiguiente tutela jurisprudencial del Estado sólo cobran operancia cuando tales derechos son vulnerados o dejan de ser satisfechos voluntariamente por quien corresponde.*

II. *Por otra parte, es principio general de derecho que quien administra negocios ajenos, por ministerio de la ley como en las guardas de los incapaces, por convención como en el mandato o la sociedad, o por simple acto unilateral lícito como en la agencia oficiosa, debe rendirle cuentas de su gestión al dueño de tales negocios, a la vez que tiene el derecho de que éste se las reciba y las apruebe de ser correctas. Entonces, dentro de la normalidad social antes aludida, lo corriente es que los interesados se allanen a cumplir espontáneamente estas prestaciones a su cargo, caso en el cual el acuerdo entre los mismos constituye una convención, con efectos tales como la extinción de responsabilidades, la exigibilidad de los saldos resultantes de las cuentas, etc.*

III. *Pero, como también puede ocurrir que estos derechos recíprocos últimamente mencionados no sean satisfechos por renuencia de alguna de las partes, la ley consagra dos acciones tutelares: una en favor del dueño del negocio para que las cuentas le sean rendidas por el gestor (Código Judicial, artículo 1120), y otra en favor de éste para que aquél se las reciba y para que sean aprobadas por el mismo o, en subsidio, por el juez (*ibídem *artículo 1127).*

IV. *Para ventilar las precitadas acciones el Código Judicial, Libro II Tomo XXXVIII establece el juicio de rendición de cuentas que, a más de ser especial, se tramita en forma rápida y sencilla, a fin de lograr que la situación entre las partes quede prontamente liquidada, a menos de surgir entre ellas diferencias con ocasión de las cuentas mismas, evento en el cual el juicio se sigue por los trámites plenarios (*ibídem, *artículo 1132).*

V. *Así, frente al estatuto legal sobre rendición de cuentas, a los interesados no les queda, entonces, otra alternativa sino la de liquidar convencionalmente su situación o la de acogerse, en caso de renuencia de alguno de ellos, a la vía especial predeterminada por la ley, pues, tampoco puede sustituir ésta por ninguna otra, ni siquiera por la más amplia de todas, como lo es la vía ordinaria, ya que, por prescripción expresa del artículo 734 del Código Judicial, ésta no es procedente sino en los casos en que "la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".*

VI. Del paso del fallo acusado que cita la censura lo único que se puede inferir, dando su claro tenor literal, es que el Tribunal no encontró establecido en los autos que las partes en este juicio hubiera seguido ninguno de los precitados caminos que tenían para liquidar las cuentas entre ellos, en forma tal que los saldos que el actor dice que se le adeudan contaran ya con la aceptación de la demandada o con la subsidiaria aprobación judicial. En parte alguna dice el sentenciador, según lo entiende el recurso, que siempre y necesariamente al cobro de las sumas que el mandatario pueda tener derecho a percibir en razón de su gestión haya de preceder otro juicio de rendición de cuentas, concepto éste que sí implicaría manifiesto yerro en la interpretación del artículo 2181 del Código Civil y demás disposiciones concordantes, por descartar el procedimiento extrajudicial de que podrían resultar la liquidación y exigibilidad de aquellas sumas. Así, la excepción perentoria declarada en el fallo recurrido no se funda en impropia inteligencia del texto legal mencionado, sino en la acertada comprensión por el Tribunal del régimen de la ley en lo que toca con la rendición de cuentas y con los efectos que ésta apareja.

El cargo no prospera.

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 Medellín, con fecha 29 de marzo de 1965, en el juicio ordinario seguido por el Presbítero Mauro Cadavid Sierra contra Graciela Cadavid de García.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

ACCIONES PAULIANA, DE SIMULACION Y DE NULIDAD

Acumulación de acciones: En forma conjunta o concurrente, o como principal y subsidiaria. Técnica de casación, ataque por vía indirecta. — Se ratifica la doctrina, expuesta en fallo de 22 de agosto de 1967, sobre diferenciación entre las acciones pauliana, de simulación y de nulidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 13 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Acta número 89. Noviembre 8 de 1968).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia de 7 de octubre de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el ordinario de Gerardo Pantoja Bravo frente a Rosendo Mario Pantoja Zambrano y Carmen Leonor Pantoja López.

I

El litigio

1. Gerardo Pantoja Bravo demandó a Rosendo Mario Pantoja Zambrano y Carmen Leonor Pantoja López, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones principales:

1ª La de nulidad del contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 2270 de 20 de septiembre de 1961, corrida en la Notaría Segunda de Pasto, en la que Rosendo M. Pantoja Zambrano aparece vendiendo a Carmen Leonor Pantoja López el inmueble allí determinado, "por cuanto la venta se ha formulado en fraude de sus acreedores y con la intención positiva de perjudicarlos"; y

2ª Como consecuencia, la de que el inmueble se encuentra aún en el patrimonio de quien aparece vendiéndolo, debiéndose cancelar el registro correspondiente.

Subsidiariamente ejercitó el actor las siguientes acciones: la de simulación absoluta, o en su defecto, la relativa, del referido contrato de compraventa, con la misma declaración de que el inmueble no ha salido del patrimonio del contratante Pantoja Zambrano y la solicitud de la consiguiente orden de cancelación del registro de la escritura respectiva; y la de rescisión del contrato por lesión enorme fundada en que el precio por el cual aparece vendido el bien, es inferior a la mitad del justo precio del mismo al tiempo del contrato.

Para el caso de acogimiento de esta última acción, se pidió la declaración de que la demandada Carmen Leonor Pantoja López, está en la obligación de restituir al vendedor el inmueble a que se refiere el contrato, o de completar su justo precio, con deducción de una décima parte; y que en la hipótesis de que se ordene la restitución, se cancele el registro de la Escritura número 2227, ya citada.

2. La *causa patendi* puede resumirse así: con fecha 14 de septiembre de 1961, el demandante giró una letra de cambio a su favor y a cargo de Rosendo M. Pantoja Z. y Luis C. Pantoja, por la cantidad de $ 27.935.00 moneda corriente, para ser pagada el 30 de septiembre del mismo año; antes de vencerse el plazo de la obligación, el girado Rosendo Mario Pantoja Z., vendió el único bien inmueble que poseía, a su hija Carmen Leonor Pantoja López, mediante la Escritura pública número 2270 de 20 de septiembre de 1961, de la Notaría Segunda de Pasto. "Con este acto simulado o quizá fraudulento —dice la demanda—, menoscabó (el presunto vendedor) o disminuyó el patrimonio de tal modo que el

interés de sus acreedores, protegido por las leyes, ha sido desconocido por ese acto simulado o fraudulento del deudor, y la prenda genérica, o mejor, la garantía consagrada por el artículo 2488 del Código Civil, ha desaparecido''; los indicios de fraude o simulación respecto de la venta son tan notorios, que el precio de $ 11.000.00 estipulado en el contrato, no consulta el verdadero valor comercial del bien, el cual está avaluado en el catastro en la cantidad de $ 45.000, como se acredita con el ''comprobante que se halla inserto en la misma escritura''; la circunstancia de haberse hecho la venta por el padre en favor de la hija de familia predilecta y en perjuicio de sus acreedores, descubre la ilicitud del contrato; el hecho de que el vendedor, deudor del demandante, siga viviendo en la casa materia de la negociación, como si fuese de su propiedad, sin haberse reservado el derecho de usufructo o habitación, ''pone al desnudo la farsa en que ha incurrido el deudor en fraude de sus acreedores''; tal farsa se evidencia más aún si se tiene en cuenta que el girado Luis C. Pantoja, ''hijo del demandado Rosendo M. Pantoja Z., ha tenido que ausentarse de su domicilio por la cantidad de obligaciones mercantiles que ha contraído y que se encuentran en estado actual de cesación de pagos; muchas de esas obligaciones han sido aceptadas por el demandado Rosendo M. Pantoja Z. y precisamente por ello, acudió a la venta fraudulenta o simulada para evitar una desposesión de sus bienes, declarándose a estas horas, en perjuicio de sus acreedores, pobre de solemnidad''; el demandado no tiene bienes de fortuna con qué responder del pago de la obligación en favor del demandante, porque el único bien del deudor que la garantizaba, era la casa de que dispuso, traspasándola simuladamente a su hija; el demandante era acreedor del vendedor en el momento en que éste ejecutó el acto fraudulento o simulado; en el caso de que el deudor y al propio tiempo aparente vendedor, haya querido donar el inmueble a su hija, la donación sería ineficaz por cuanto no medió insinuación judicial y el valor del inmueble pasa de $ 2.000.00.

3. Los demandados se opusieron a las pretensiones formuladas en la demanda y afirmaron que la venta era real y que el vendedor no había quedado en insolvencia.

El juzgado del conocimiento, o sea el Primero Civil del Circuito de Pasto, los absolvió por sentencia de 18 de julio de 1962.

Abierto el segundo grado del juicio por apelación de la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó la absolución de los demandados respecto de las peticiones principales de la demanda y de las subsidiarias de simulación; pero decretó la rescisión del contrato de compraventa contenido en la Escritura número 2270 de 20 de septiembre de 1961, de la Notaría Segunda de Pasto, disponiendo que la compradora Carmen Leonor Pantoja López podrá consentir en la rescisión o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y que en caso de consentir en la rescisión, se cancelará el registro de la escritura, con la obligación por parte de la compradora, de devolver el inmueble al vendedor, y la obligación por parte de ella, de devolver el precio recibido.

Tal es el fallo objeto del doble recurso de casación.

II

Consideraciones del Tribunal

El sentenciador estimó que las acciones ejercidas eran las siguientes: la pauliana como principal y las de simulación absoluta, simulación relativa y de rescisión del contrato por lesión enorme, como subsidiarias.

Respecto de la acción pauliana y de las de simulación, expresó que no prosperaban ''por la falta de plena prueba de los elementos axiológicos'' de las mismas, pues que en cuanto a la primera, no estaba demostrado el *consilium fraudis*, toda vez que no se había probado mala fe por parte de la compradora, Carmen Leonor Pantoja López; y con relación a las de simulación dijo que solamente se habían acreditado dos indicios, a saber: el de continuar viviendo el vendedor en la casa objeto del contrato de compraventa, y el del precio vil pactado por los contratantes, comparado con el justo precio de la cosa al tiempo del contrato. ''Dos indicios —agrega el Tribunal— no son suficientes para producir el pleno convencimiento en el juzgador de que el contrato fue simulado. Tanto más cuanto que frente a ellos está la presunción de verdad del contrato ostensible, respaldada por la capacidad económica de la compradora, demostrada con la prueba testimonial que se citó antes'' (declaraciones de Leonidas España, Gustavo Delgado y Floriberto Burbano, quienes dijeron que Carmen Leonor Pantoja había dedicado toda su vida al trabajo y que con su esfuerzo había puesto ''un negocio de venta en su casa de habitación en el que se mueve un capital de varios miles de pesos'').

En cuanto a la acción rescisoria por lesión enorme el sentenciador encontró que estaba demostrada, porque en la escritura consta un precio de $ 11.000.00 y "la prueba pericial surgida con trámite completó avaluó el inmueble, al tiempo del contrato, 20 de septiembre de 1961, en $ 36.000.00"; e hizo esta consideración: "la mitad del justo precio al tiempo del contrato es, según el avalúo, la suma de $ 18.000.00. El precio recibido por el comprador es inferior a la mitad del justo precio, porque la escritura declara que recibió once mil pesos; y esta declaración es la que tiene valor probatorio con respecto a terceros, sin que afecte en manera alguna esta prueba la manifestación de los demandados en sus posiciones, de ser otro el valor verdaderamente convenido".

Según el Tribunal la acción rescisoria por lesión enorme prospera en la hipótesis de autos, en beneficio del acreedor, porque éste podía subrogarse en los derechos del deudor, conforme al artículo 2489 del Código Civil. "La sentencia apelada —expresó el Tribunal— consideró que el demandante no tenía derecho para intentar esta acción (la rescisoria por lesión); pero el mismo fallo advierte que la acción de lesión enorme se consagra en beneficio del contratante que ha sufrido una disminución considerable de su patrimonio; si tal contratante es el deudor, la lógica impone que en el derecho de éste puede subrogarse el acreedor en el ejercicio de la acción ocasionada por la lesión enorme sufrida por dicho deudor".

III

Recurso de la parte demandada

Con apoyo en la causal primera de casación esta parte formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal.

Primer cargo. "La referida sentencia es violatoria de ley sustantiva por infracción directa de normas legales", expresa este recurrente, quien desarrolla el cargo así:

Ha sido infringido el artículo 209 del Código Judicial, porque en una misma demanda no pueden proponerse remedios o acciones que se excluyan, según el numeral 3º de dicho artículo, toda vez que, como lo ha dicho la Corte, la acumulación de acciones en una misma demanda deja de ser posible cuando el ejercicio y declaración de la una excluye el ejercicio y la declaración de la otra; el sentenciador debió decretar la excepción de petición de un modo indebido aun cuando esta excepción no se hubiese propuesto ni alegado, de conformidad con el artículo 343 del Código Judicial, el cual fue igualmente quebrantado, lo mismo que el artículo 472 *ibídem;* en el libelo con que se inició el presente juicio, el actor propuso las acciones de "nulidad absoluta" del contrato atacado, las de simulación, absoluta o relativa del mismo, y la de rescisión por lesión enorme, acciones que no podían proponerse acumuladamente, "por lo que el fallador de segunda instancia debió desechar la demanda para no incurrir, como lo hizo, en violaciones sustantivas de ley".

La Corte considera

El artículo 209 del Código Judicial autoriza la acumulación objetiva de varias pretensiones en una misma demanda, en los casos allí contemplados. Además de exigir que el juez sea competente para conocer de todas las propuestas y que las acciones puedan sustanciarse bajo una misma cuerda, requiere que no sean contrarias e incompatibles entre sí, según su numeral 3º, el cual agrega que, esto no obstante, pueden "proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

"El correcto sentido de esta norma —dijo la Corte en casación de 5 de diciembre de 1967 en el ordinario de Arturo Camacho F. y otro frente a Juan de Jesús Ortega del Río, aún no publicada en la Gaceta Judicial— es el de prohibir la acumulación objetiva de pretensiones, en una misma demanda, cuando se proponen dos acciones contrarias o incompatibles en forma conjunta *o* concurrente, *porque en esta forma el juez debe fallar sobre ambas al proferir sentencia de mérito, y siendo incompatibles o contrarias, no podrían fallarse a la vez; pero tal acumulación es procedente cuando las acciones contrarias o incompatibles se ejercen la una como principal y la otra como subsidiaria, porque en esta hipótesis, si se estima viable la principal, no se considera la subsidiaria, y solamente cuando se rechaza la primera, debe el juzgador entrar en el examen de la segunda. Nada impide, pues, que bajo forma subsidiaria se propongan dos pretensiones contrarias en una misma demanda.*

"Este ha sido el criterio de la Corte, reiterado en varios fallos".

Si el recurrente estimaba que las acciones ejercitadas en la demanda con que se inició el pre-

sente juicio, no podían acumularse de conformidad con el artículo 209, numeral 3º del Código Judicial, ha debido citar, además, aquellas normas de carácter sustancial que en su concepto hubieran sido violadas por el Tribunal, concretando el sentido de su quebranto, si por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Sólo así, con la cita de esas normas, habría quedado integrada una proposición jurídica completa de derecho sustancial, que le permitiese a la Corte acometer el estudio del cargo, el cual se rechaza en consecuencia.

Segundo cargo. Se formula por "violación indirecta de la ley por exceso de valor dado a la prueba allegada por la parte actora".

La censura dice que a los autos se trajeron: copia de la Escritura número 2270 de 20 de septiembre de 1961, en que consta el contrato atacado; la letra de cambio girada por Gerardo Pantoja Bravo contra Luis E. Pantoja y Rosendo M. Pantoja Zambrano; declaraciones sobre el estado económico de quienes aparecen celebrando el referido contrato; y un dictamen pericial sobre el valor del inmueble materia de la compraventa, al tiempo de su celebración.

"Con esta prueba únicamente —expresa el autor del recurso— el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto decretó la rescisión del contrato de compraventa contenido en la Escritura número 2270 de septiembre 20 de 1961 en beneficio del actor; pero a juicio del recurrente, dicha prueba ha sido avaluada con exceso, con lo cual se violan disposiciones de orden sustantivo, como las indicadas en el artículo 2488 y 2491 ordinal 1º del Código Civil".

Agrega el impugnante que antes de presentarse la demanda, el actor ha debido acudir a la vía ejecutiva para el cobro de su obligación, pues que sólo entonces, una vez notificado el deudor del mandamiento de pago, podría saberse si pagaba o no la deuda, y sólo en caso negativo podría sostenerse que de su parte existía cesación de pagos; que esa prueba debió allegarse a los autos y que decretar la rescisión de la compraventa sin haberse acreditado el ejercicio de una acción ejecutiva, implica "dar a la prueba de la parte actora un valor excesivamente superior al que en realidad tiene".

"Se puede concluir —termina la censura— que la evaluación de la prueba de cargo por parte del honorable Tribunal Superior de Pasto, en la sentencia acusada, no cumplió la doctrina del artículo 593 del Código Judicial y violó el precepto contenido en el artículo 601 del mismo libro, con lo que parece demostrarse la violación indirecta de normas sustantivas".

Se considera

El cargo se plantea por error de derecho en la apreciación de pruebas al expresar el recurrente, al tenor de su propia formulación, que se hace por "violación indirecta de la ley por exceso de valor dado a la prueba allegada por la parte actora".

Cuando el ataque se hace por vía indirecta a causa de errores de derecho en la valoración de medios probatorios, la técnica del recurso exige que además de singularizarse éstos, se indiquen las normas determinativas del mérito que la ley le otorga a los medios probatorios que se pretenden mal estimados por el juzgador, bien porque les hubiese negado el valor demostrativo que la ley les asigna, bien por haberles atribuido uno de que carecen.

El recurrente en el presente caso indicó las pruebas que en su concepto fueron mal apreciadas "por exceso de valor" y las disposiciones de carácter sustancial que en su opinión fueron quebrantadas, pero omitió la cita de las normas de valoración probatoria de cada uno de los medios de prueba a que se contrae la censura, pues las disposiciones de los artículos 593 y 601 del Código Judicial no son de valoración de pruebas. La primera establece, simplemente, 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; y la segunda que las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal y a falta de ésta en consonancia con los principios generales de equidad.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

IV

Recurso de la parte demandante

Esta parte formula igualmente dos cargos contra la sentencia del Tribunal, también con apoyo en la causal primera de casación.

Primer cargo. Se hace por violación directa de los artículos 472 del Código Judicial, 1769 y 2491 del Código Civil.

En desarrollo de este cargo recuerda el recurrente que el artículo 2488 de dicho Código da al acreedor el derecho de perseguir todos los bienes raíces o muebles del deudor, excepto los no embargables, para la efectividad de sus cré-

ditos; que el interés del acreedor respecto de los actos simulados de su deudor lo coloca en la situación de tercero y, por consiguiente, puede acudir a toda clase de medios probatorios para ameritarla; que la acción de nulidad absoluta por simulación y la de resolución del contrato no son incompatibles; que la ley protege los derechos de los acreedores contra los "actos dolosos y aún perjudiciales de los deudores", consagrando la acción pauliana; que sólo se necesita, para el ejercicio de la acción de simulación, que el acreedor tenga ese carácter cuando se celebró el acto atacado; que el demandante demuestre, como lo demostró en este caso, que por el acto simulado el patrimonio de su deudor se menoscabó en tal forma que el interés del acreedor, protegido por la ley, ha sido burlado; que el contrato atacado fue simulado en forma absoluta, pues sólo existe formalmente, como quiera que no hubo ánimo de transferir el dominio por quien dice vender, ni ánimo de adquirirlo por quien aparece comprando; que de las declaraciones de la parte demandante "surge claro el hecho de que no hubo precio" sino en las frases o cláusulas respectivas; que en ninguna parte aparece comprobado que Carmen Leonor Pantoja Z. tuviera cuenta bancaria, dineros o rentas que demostrasen las posibilidades económicas para comprar el inmueble; que se ha aceptado como indicio de simulación la circunstancia de que el contrato aparezca celebrado entre parientes próximos, lo mismo que el hecho de que el vendedor continúe "con el goce del bien dado en venta"; que también es indicio de simulación el que el precio que se hace figurar en la escritura de venta no guarde relación con el justo valor del bien enajenado; que las condiciones personales del aparente enajenante, como su senectud y enfermedad, son también indicios de simulación en el presente caso, tanto más "si se tiene en cuenta, como aparece abundantemente demostrado por el demandante, mediante una serie de testimonios honorables, desde la primera instancia, que Rosendo Pantoja había adquirido por sí y por cuenta del hijo multitud de obligaciones y deudas que en un momento dado ... resolvió no pagarlas y burlar a sus acreedores"; que Rosendo Pantoja se descapitalizó en los bancos; que no pasaron por ellos los "dineros de la supuesta venta, por el contrario, retiró cuentas corrientes, si las tuvo o las dejó en absoluta insuficiencia"; que las declaraciones rendidas por Eduardo Ayala, Miguel Angel Ortega, Ismenia Cortés, Delina C. de Rosero, Salomón Díaz, Fabio Revelo, "dignas de todo crédito porque deponen con seriedad y con firmeza, nada valieron ante el juez de la primera instancia, como nada valieron ante el Tribunal sentenciador de segunda instancia"; que esos testimonios prueban que el único bien de Rosendo Pantoja era la casa objeto de la venta simulada; que el perjuicio sufrido por el acreedor Gerardo Pantoja a causa del acto simulado de Rosendo Pantoja, está suficientemente probado, lo mismo que el fraude por parte del deudor, o sea que los dos elementos esenciales de la acción pauliana aparecen suficientemente demostrados; y que las mismas posiciones absueltas por los demandados prueban los hechos básicos de la simulación, inclusive "la relación filial de compradora a vendedor", relación que no es necesario acreditar aquí, como lo entendió el sentenciador, con la prueba del estado civil correspondiente.

Se considera

En atención a que en el desarrollo del cargo se habla de las acciones pauliana, de simulación y de nulidad en forma tal que el recurrente parece confundirlas, conviene hacer la correspondiente distinción entre ellas, a fin de precisar los conceptos sobre el particular.

Para esto nada mejor que transcribir aquí la doctrina que sobre la materia sentó la Corte en casación de 22 de agosto de 1967, proferida en el ordinario seguido por José Antonio Losada Méndez y otros frente a Miguel Méndez Méndez y otros, aún no publicada en la *Gaceta*. Dice así esa doctrina, en lo pertinente:

"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 del 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 del 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 y 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 (consilium 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 sólo enunciado.*

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

Vistos los principios expuestos y pasando ahora concretamente al cargo que se analiza, de observar es que se formula por quebranto directo de ley sustancial, sin expresarse la coyuntura de su violación, pues el recurrente no precisa el sentido en que hubo de ocurrir el pretendido quebranto, que tendría que ser por uno de estos tres motivos: por omisión cuando la ley sustantiva se dejó de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo; por aplicación indebida, cuando fue aplicada por el sentenciador no siendo la pertinente al asunto materia del pleito; o por interpretación errónea, cuando siendo la adecuada para el caso, la entendió mal el fallador y por tal motivo la aplicó en un sentido distinto al de la misma ley.

Además de la falla anotada es preciso observar que en la infracción directa se supone que el recurrente está identificado con el Tribunal en los hechos probados del proceso, pues los admite tal como los vio el sentenciador, y en el presente caso al desarrollar el cargo el censor plantea en su exposición, que más parece un alegato de instancia, una serie de hechos o circunstancias que en su concepto constituyen indicios de que el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 2270 de 20 de septiembre de 1961, de la Notaría Segunda de Pasto, fue simulado; y si lo que pretendía el impugnante era demostrar que por no haber visto el Tribunal esos indicios o haberlos apreciado mal se abstuvo de decretar la simulación del acto, incurriendo en quebranto de ley sustancial, el cargo ha debido ser formulado por vía indirecta, a causa de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas demostrativas de tales indicios y que el fallador no tuvo en cuenta o valoró equivocadamente; y como consecuencia se han debido citar las normas sustanciales pertinentes que la censura hubiese considerado violadas por el fallador.

Como no lo hizo así en cuanto no se propuso acusación alguna por error de hecho o de derecho en la apreciación de los medios, la Corte no tiene la oportunidad de entrar a examinar si por esta vía se quebrantaron normas sustanciales, relacionadas con la acción de simulación, pudiéndose aquí advertir, además, que la censura ni siquiera las relaciona.

La acusación no prospera.

Segundo cargo. "La mencionada sentencia viola también indirectamente normas sustantivas legales por no haber apreciado en todo su valor las pruebas de la parte demandante y por el contrario haber aceptado un mayor valor del que en realidad tenía a las pruebas de la parte opositora", dice el planteamiento de este cargo.

Como se ve, el recurso en este punto se limita a decir que el Tribunal "no dio a las pruebas de la parte demandante el alcance probatorio que tienen y en cambio le dio ese alcance a las pruebas de la parte opositora"; que las declaraciones de Segundo Ibarra, Eduardo Ayala, Miguel Angel Ortega, Ismenia Cortés, Delina C. de Rosero y Salomón Díaz; las posiciones absueltas por los demandados y las certificaciones de los bancos, del Catastro y de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, constituyen pruebas que dejan ver claramente que la venta fue simulada por parte del padre, presunto vendedor, a su hija predilecta, quien "de la noche a la mañana se convierte en persona pudiente". que el mismo Tribunal acepta un precio vil en la pretendida compraventa, para decretar la rescisión del contrato por lesión enorme; que de las pruebas referidas surge el propósito de Rosendo Pantoja de "burlar y perjudicar gravemente a su acreedor", todo lo cual "no ha servido para llevar al ánimo del Tribunal sentenciador la convicción clara e inequívoca de que hubo propósito manifiesto de fraude, consumado a través de un acto simula-

do''; que sorprende la amplitud del Tribunal para desestimar la prueba de la parte actora y acoger en cambio la de la demandada, especialmente aquélla relativa a la pretendida demostración de la solvencia económica de la compradora.

''Toda esta desestimación de las pruebas de la parte demandante y esa superestimación de las pruebas de la parte demandada —concluye el censor— conducen a una violación del artículo 593 del Código Judicial, igual que violación del artículo 472 de la misma obra''.

Se considera

Intenta el recurrente la formulación de este cargo en el campo del error de derecho en la apreciación de pruebas, toda vez que se acusa la sentencia por vía indirecta, esto es, por motivo de yerros de valoración probatoria que según él llevaron al quebranto de normas sustanciales.

El cargo en la forma en que está concebido resulta palmariamente inane, por ser ajeno a la técnica del recurso, pues cuando se acusa un fallo por vía indirecta, a causa de errores de derecho en la apreciación de pruebas, es indispensable indicar no sólo las pruebas mal ponderadas por el juzgador, sino también las normas de valoración probatoria que el impugnante estime quebrantadas y, como consecuencia de tal yerro, citar las disposiciones sustanciales que hubieran sido indirectamente infringidas, o sea las pertinentes al caso del pleito, que el sentenciador no aplicó o aplicó indebidamente.

En el *sub lite* el autor del recurso indica las pruebas que en su opinión no fueron debidamente valoradas, pero como violación medio citó los artículos 472 y 593 del Código Judicial, que no son normas de valoración probatoria; además omitió la cita de las disposiciones sustanciales que en su concepto habría quebrantado el Tribunal por vía indirecta.

En consecuencia, 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 fecha siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo M.
Secretario.

DIVISION DE BIENES COMUNES

Nulidad por falta de citación o emplazamiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 15 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Acta número 90. Noviembre 12 de 1968).

Contra la sentencia de 12 de noviembre de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el divisorio adelantado por Ana María Medina de Morales frente a Víctor Manuel Medina, interpuso casación la parte demandada. Concedido el recurso por el sentenciador, admitido por la Corte y tramitado en legal forma, se decide ahora sobre su mérito.

I

Antecedentes

1. Ante el Juez Civil del Circuito de Guateque, Ana María Medina de Morales demandó a Víctor Manuel Medina para que con su citación y audiencia se decretase "la división material de la comunidad formada por éste y mi mandante en un terreno situado en la vereda de "Páramo", de la jurisdicción de Sutatenza, determinado por los siguientes linderos: ..."

Con la demanda se adujo la Escritura pública número 166 de 4 de agosto de 1950, otorgada en la Notaría de Somondoco, registrada el 14 de septiembre del mismo año, mediante la cual Nicodemus Roa Bulla aparece vendiendo el terreno cuya división se pide, a la demandante, al demandado y a Luis Alberto Medina, quienes por ser menores al tiempo del contrato, fueron representados por su madre María de Jesús Medina, según se expresa en la cláusula segunda de la referida escritura.

En la demanda se afirma que los únicos comuneros en el inmueble son la actora y el demandado, "pues aunque en el título escriturario figura Luis Alberto Medina, éste nunca ha tenido existencia natural. Su inclusión en la escritura ha sido puramente imaginaria y de su no existencia habré de dar prueba oportunamente".

2. El traslado de la demanda corrió en silencio, pues el demandado no la contestó. El juicio fue abierto a pruebas y en providencia de 13 de marzo de 1961, el juzgado del conocimiento decretó la división material en la forma pedida.

3. El demandado solicitó aclaración de la providencia del juez "en el sentido de explicar si la división debe hacerse por terceras partes entre los comuneros de que habla el título, o entre cuántos, y en qué proporción entre ellos", a lo cual respondió el juzgado manifestando que debía hacerse "entre la demandante Ana María Medina de Morales y su demandado Víctor Manuel Medina. Así se resuelve y así debe entenderse como consecuencia lógica de las premisas que contiene la parte motiva de la providencia aquí aclarada".

El auto aclaratorio se notificó el 19 de abril de 1961, conformándose las partes con lo resuelto por el juzgado.

4. Después de algunos infructuosos nombramientos de partidor, el doctor Leonel Armenta aceptó el cargo, por designación que el juzgado le hiciese, y habiendo tomado posesión del mismo, presentó su trabajo de partición el 15 de mayo de 1963, el cual se dio en traslado a las partes por 10 días, conforme al artículo 694 del Código Judicial.

5. Dentro de dicho término el demandado objetó la partición, aduciendo estas razones:

"a) Según el título constitutivo de la comunidad que se pretende liquidar por este juicio, la

Escritura número ciento sesenta y seis (166), de cuatro (4) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), cuya copia aparece en el juicio, los comuneros son no solamente Ana María y Víctor Medina, sino también Luis Alberto Medina. Por esta razón el señor partidor ha debido hacer tres partes, un para cada uno de los comuneros y no dos, como lo hizo en su trabajo.

"b) Fuera de lo anterior aparece en la escritura una deuda de veinte mil pesos ($ 20.000), que no aparece cancelada ... En vista de este crédito el señor partidor ha debido dejar un lote suficiente para el pago ...

"c) El precio de compra de la finca fue la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), de los cuales mi representado pagó a más de su parte proporcional del primer contado, el saldo total de la deuda de veinte mil pesos ($ 20.000) moneda corriente, como lo demostraré oportunamente".

Como consecuencia solicitó el objetante que se ordenase rehacer la cuenta "de los derechos de mi representado, consistentes en una mitad de la finca por haber pagado la mitad del precio (el saldo del precio que aparece en la escritura de venta) y una tercera parte más, del resto de la mitad, por haberse pagado inicialmente a nombre de los tres comuneros".

6. La actora se opuso a las pretensiones de la parte objetante y tramitado el incidente respectivo, el juzgado por sentencia de 18 de mayo de 1964, declaró infundadas las objeciones hechas a la partición, la aprobó en todas sus partes y ordenó su registro.

7. De dicho fallo apeló el demandado objetante. Concedida la apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja lo confirmó mediante la sentencia de 12 de noviembre de 1964, materia del presente recurso de casación.

II

Consideraciones del Tribunal

Para confirmar el fallo del juzgado, el Tribunal tuvo en cuenta: Que la providencia que decretó la partición, dispuso que ésta se hiciera entre la demandante y el demandado únicamente, descartándose a Luis Alberto Medina. "Por tanto —dice el Tribunal— hoy ya no puede ser objeto de objeción (sic), un punto que quedó definido en su oportunidad, sin reparo, por otra parte, del actual objetante"; que aun cuando el demandado probó el pago de $ 20.000.00 "como resto del precio de la compraventa a que se refiere la Escritura número ciento sesenta y seis (166) de cuatro (4) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), de la Notaría de Somondoco", el incidente de objeciones no es oportunidad para modificar lo resuelto en la providencia que ordenó la partición entre Ana María y Víctor M. Medina solamente; que "al darse traslado de la demanda sobre partición, se ha podido plantear el motivo que ahora se alega como objeción, para que en la sentencia (sic) se hubiera definido u ordenado que la partición se hiciera en forma distinta de la decretada, si así se consideraba legal; pero hoy ya tal providencia no admite modificaciones. El objetante tendrá las acciones del caso para reclamar lo que haya pagado en beneficio del otro comunero"; y que no tiene fundamento la objeción sobre la forma como se distribuyó el bien, porque el partidor debía proceder de acuerdo con lo dispuesto en la providencia que decretó la partición.

III

El recurso

Se hacen tres cargos contra la sentencia del Tribunal, en la forma que se expresa a continuación:

Primer cargo. Con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, hoy causal 4ª del artículo 52 del Decreto extraordinario número 528 de 1964, se acusa el fallo por haberse incurrido en el motivo de nulidad de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, "al omitir la citación y emplazamiento en forma legal de todas las personas que debieron ser notificadas y emplazadas al tenor de la Escritura número 166 de 4 de agosto de 1950, de la Notaría Cuarta del Circuito de Somondoco".

Como de conformidad con dicha escritura la venta del inmueble objeto de división material se hizo a la demandante, al demandado y a Luis Alberto Medina, el recurrente dice que el juez ha debido observar esta circunstancia al estudiar el título constitutivo de la comunidad "y debió proceder a la citación y emplazamiento, en los términos del artículo 448" del Código Judicial; como no lo hizo así, expresa que el Tribunal violó el numeral 3º del citado artículo y que, en consecuencia, debe decretarse la nulidad.

Se considera

El artículo 448 del Código Judicial, establece como causales de nulidad en todos los juicios la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en

quien figure como su apoderado o representante, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Esta última causal, la falta de citación o emplazamiento, se refiere a la falta de notificación en legal forma, del auto que ordena el traslado de la demanda a las personas señaladas como demandadas por el actor, e incluso a la falta de los emplazamientos ordenados por la ley en ciertos juicios, o a las irregularidades cometidas en ellos al llevarlos a efecto. Mas dicha causal no ocurre cuando se deja de demandar a una persona que por la naturaleza o relación jurídica controvertida debe ser demandada, porque este aspecto mira a la legitimación en la causa del sujeto pasivo de la acción, que es fenómeno distinto del de la legitimación ad processum *causante de la nulidad del juicio. Al actor corresponde, autónomamente, indicar en el libelo contra quién o quiénes dirige su acción, y si deja de demandar a alguien que ha debido ser demandado, allá él que corre con las contingencias de un fallo que no perjudica a esa persona no demandada, o, si se tratase de un litis consorcio necesario, con una sentencia de inhibición, por falta de un presupuesto indispensable para proveer en el fondo.*

En casación de 8 de noviembre de 1954 (*Gaceta Judicial,* Tomo LXXIX, páginas 43 y siguientes), dijo la Corte sobre el particular:

"La causal de nulidad procesal establecida en el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial consiste en 'la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio'. Esta causal, que antes no existía sino respecto de determinados juicios, fue generalizada para todos en el estatuto vigente. Y la Comisión Revisora del Código Judicial sustituido por el actual, la explicó así: 'La razón de esta reforma aditiva es obvia, comoquiera que la citación y emplazamiento es el primero y más esencial de los trámites del juicio; mal podría dictarse una sentencia contra el que no fue formalmente llamado a enterarse de la demanda contra él deducida y a hacer uso de los medios de defensa que la ley le brinde'. Tal causal no puede invocarse, pues, sino por quien o quienes habiendo sido demandados, no fueron notificados o emplazados. Y sólo ellos están en capacidad de sanearla, representando en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad (artículo 450, inciso final del citado Código); o pedir tal declaración, en cualquier estado del proceso, antes de que se dicte sentencia (artículo 456 *ibídem*), y, finalmente, sólo ellos, pueden solicitar por la vía ordinaria que se declare la nulidad o, también, oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia (artículo 457 *ibídem*).

"Puede acontecer, y en realidad acontece, que la ley exija la presencia de ciertas personas en el debate judicial para formar la relación procesal indispensable en orden a que el juez esté en capacidad de cumplir el deber de decidir en el fondo. Cuando tal ordenamiento existe para un caso determinado, pero a pesar de ello no se observa o acata y el juez falla en el fondo, la sentencia definitiva no puede perjudicar a quien no fue parte en el juicio, y es susceptible de ataque en casación por la causal primera, mas nunca por la sexta, cuyo alcance ya se ha explicado".

En el caso en estudio, Luis Alberto Medina no fue demandado y ello quiere decir que el fallo no le perjudica, mas no que sea nulo el proceso. Por otra parte, sólo él podría alegar la pretendida nulidad del juicio.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Segundo cargo. "Con base en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial —dice la censura— acuso la sentencia de ser violatoria, por indebida aplicación, de los artículos 1767 y 1769 del Código Civil, en concordancia con el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, al apreciar erróneamente la declaración de la testigo María de Jesús Medina, que la llevara a cometer el error de derecho de darle a tal testimonio un valor que legalmente no tiene", y por haber dejado de apreciar estos documentos: la Escritura número 166 de 4 de agosto de 1950, de la Notaría Cuarta del Circuito de Somondoco; el certificado de 18 de marzo de 1961, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Guateque; y el recibo fechado el 13 de octubre de 1955, firmado por Nicodemus Roa Bulla y protocolizado mediante la Escritura número 100 de 26 de febrero de 1960, de la Notaría Primera de Guateque.

El recurrente expresa que con base en estos documentos el juez debió ordenar la partición entre la demandante Ana María Medina, el demandado Víctor Manuel Medina y Luis Alberto Medina; que de ninguna manera ha debido aceptar la sola afirmación del actor sobre la inexistencia natural del nombrado Luis Alberto, ni la declaración de María de Jesús Medina, "que le sirvió de base al juez para aceptar el reparto entre dos comuneros, porque no debió admitir ese testimonio respecto de una obligación existente

que debió consignarse por escrito''; que esto equivale a darle al testimonio de la nombrada María de Jesús ''valor suficiente para alterar lo expresado en el contrato de compraventa que constituyó la comunidad''; y que el sentenciador cometió el error de derecho de desconocer el valor legal que tienen las escrituras al darle a una declaración de persona extraña uno que no le corresponde, para modificar una ''situación que, en caso de ocurrir, debe hacerse por documento público''.

Tercer cargo. Se formula así: ''Con base en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial y en caso de que no prosperen los dos anteriores, acuso la sentencia recurrida de ser violatoria por vía indirecta de los artículos 1343, concordante con el 1393 y de los artículos 1391, 1602 y 1603 del Código Civil, por indebida aplicación'' al apreciar erróneamente los mismos documentos citados en el cargo anterior.

El desarrollo de la censura es como sigue: el juez del conocimiento ''permitió una partición contra lo demostrado en la Escritura número 166 tantas veces citada''; el fallador no aceptó la confesión del vendedor Roa Bulla, contenida en la Escritura número 100, quien en el recibo de pago expresa ''que la deuda pendiente y de que da cuenta la Escritura número 166, fue cancelada por uno de los compradores, Víctor Manuel Medina'', lo cual hace que éste sea acreedor a mayor derecho en la comunidad; aceptó, en cambio, que no era el caso de exigir al partidor la formación de un lote o hijuela para cubrir el crédito que como saldo del precio de venta se le quedó debiendo al vendedor y que pagó Víctor Manuel Medina, cometiendo ''el error de derecho de desconocerle a una prueba el valor legal que tiene''.

Se considera

Estos dos cargos están formulados por error de derecho en la apreciación de pruebas.

a) En el segundo la censura cita como violados los artículos 1767 y 1769 del Código Civil en concordancia con el artículo 91 de la Ley 153 de 1887. Estas disposiciones son de valoración probatoria, pues el artículo 1767 consagra la inadmisión de la prueba de testigos respecto de una obligación que ha debido consignarse por escrito; el 1769 se refiere al valor de la confesión que alguno hiciere en juicio por sí o por medio de apoderado; y el 91 de la Ley 153 de 1887 expresa qué actos deberán constar por escrito.

Repetidamente ha dicho la jurisprudencia de la Corte que si el ataque se hace por error de derecho, que es una de las formas de acusación por vía indirecta, el recurrente debe citar, además de las pruebas que en su concepto fueron mal apreciadas, las normas de valoración probatoria que estime infringidas y los preceptos sustanciales que a consecuencia del pretendido error hubiesen sido violados.

Si en el segundo cargo el recurrente citó las pruebas que estimó mal apreciadas y las normas de valoración que, como violación medio, fueron en su opinión, quebrantadas, omitió la cita de las disposiciones sustanciales que a consecuencia de ese error hubiesen sido infringidas.

b) En el tercer cargo la censura indica los textos de orden sustancial que en opinión del recurrente fueron violados por indebida aplicación, pero omitió citar las normas de valoración probatoria que según él fueron quebrantadas por el Tribunal. Esa cita era indispensable para que la Corte pudiese entrar en el estudio de fondo del cargo.

De observar es en cuanto a la falta de la pretendida formación de hijuela en favor del recurrente por haber cubierto el saldo del precio de compra que las partes quedaron debiendo al vendedor del inmueble objeto de la división material, que si pagó por otro un crédito originado en la compra de dicho inmueble, tendría la acción de reembolso correspondiente, mas no podría pretender que se le adjudicase una porción del fundo común en pago de ese crédito porque el predio debía dividirse entre los condueños, a prorrata de sus cuotas, en la forma ordenada por el juez.

Lo dicho es suficiente para rechazar los cargos.

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 fecha doce (12) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), 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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo M.
Secretario.

FILIACION NATURAL

El error de hecho y el error de derecho no pueden alegarse simultáneamente ni subsidiariamente respecto de una prueba y en un solo cargo. — En la ratificación no es indispensable la reproducción del testimonio extrajudicial. — La apreciación del testimonio corresponde al sentenciador de mérito.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá. D. E., noviembre 21 de 1968.

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

El 23 de junio de 1960 la señora María del Carmen Pineda, hablando en su calidad de madre natural de los menores Hugo Hernando y José Agustín Pineda, promovió ante el Juez Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá un juicio ordinario contra las señoras María Lilia y Blanca Mery Ardila García, en su condición de herederas del difunto Matías Ardila Pedroza, para que se declarase que los menores nombrados son hijos naturales y herederos del mentado causante Matías Ardila y se condenara a las demandadas a restituir a los actores las cuotas de bienes que les corresponden en la sucesión del mismo *de cujus.*

Posteriormente, o sea el 14 de octubre de 1960, la propia María del Carmen Pineda, obrando como madre natural de la menor María Imelda Pineda, propuso un segundo juicio ante el juez ya citado contra las mismas señoras María Lilia y Blanca Mery Ardila García, en su calidad de herederas de Matías Ardila Pedroza, para que también se declarara que la expresada menor María Imelda Pineda es hija natural y heredera del mentado difunto Matías Ardila y se condenase a las demandadas a restituirle la cuota de bienes que le corresponde en la mortuoria del causante nombrado.

Los hechos pertinentes en que se apoyan las dos demandas mencionadas pueden resumirse así:

1. Matías Ardila Pedroza mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con María del Carmen Pineda, en Chiquinquirá, desde fines de 1949 hasta el 16 de febrero de 1960, día en que se produjo la muerte del mismo Ardila Pedroza.

2. Desde fines de 1949 hasta mediados de 1954, Matías Ardila tuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con María del Carmen Pineda en la casa donde ésta vivía como inquilina de Soledad Parra, casa situada en el barrio llamado "Curubitos", dentro del área urbana de Chiquinquirá, hoy carrera 13 con calle 14.

3. Desde mediados de 1954 hasta mediados de 1956 Matías Ardila tuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con la misma Pineda en la casa que ésta habitaba como inquilina de José Núñez, ubicada también en el centro de la ciudad de Chiquinquirá, hoy calle 12, entre carreras 10 y 11.

4. A mediados del año de 1954 Matías Ardila llevó a María del Carmen Pineda a vivir con él en una finca de su propiedad, llamada "Los Andes", situada en la vereda de "Molina", Municipio de Chiquinquirá, y allí estuvieron ambos llevando vida marital en forma pública y continua desde la fecha expresada hasta el día del fallecimiento de Ardila, acaecido el 16 de febrero de 1960.

5. Como frutos de las relaciones sexuales efectuadas entre Matías Ardila y María del Carmen Pineda, nacieron los menores Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda Pineda, el primero el 16 de octubre de 1952, el segundo el 28 de agosto de 1957, y el 27 de septiembre de 1960, la tercera.

6. Desde el nacimiento de los menores Hugo Hernando y José Agustín Pineda, Matías Ardila los trató como hijos naturales suyos, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento.

y presentándolos en tal carácter a sus deudos y amigos, hasta cuando ocurrió la muerte del mismo Ardila.

7. Los amigos y deudos del propio Ardila, tanto en la población de Chiquinquirá, como en la vereda en que está situada la finca de "Los Andes", reconocieron y reputaron a los menores Hugo Hernando y José Agustín Pineda como hijos naturales del mismo Matías Ardila, y ese reconocimiento se produjo desde el nacimiento de aquellos menores hasta cuando murió este último.

8. Tan pronto como sobrevino la muerte de Matías Ardila, María del Carmen Pineda puso en conocimiento de los deudos y amigos de aquél que ella había quedado encinta a causa de sus relaciones sexuales con el mismo Ardila.

9. Después del fallecimiento del citado Ardila, María del Carmen Pineda continuó viviendo en la finca de "Los Andes" y sosteniéndose con los productos de ese fundo a contentamiento de las demandadas, pero como ella no quiso aceptar la propuesta de transacción que le hiciera Blanca Mery Ardila ni desistir de su primera demanda, esta misma señora la hizo lanzar por la fuerza del predio mencionado.

10. Las demandadas, diciéndose herederas de Matías Ardila, poseen todos los bienes que hacen parte de la sucesión de este causante.

La demandada Blanca Mery Ardila evacuó el traslado de la demanda, aceptando unos de los hechos expuestos en ella, negando la mayoría de los mismos hechos y oponiéndose a las pretensiones de los actores.

Los dos juicios fueron acumulados y, concluida la primera instancia, el juez del conocimiento le puso término con el fallo de 27 de enero de 1964, en el cual se acogieron las súplicas de la demanda, se declaró que los menores Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda Pineda son hijos naturales y herederos de Matías Ardila Pedroza y se condenó a las demandadas a restituir a los actores las cuotas que les corresponden en la mortuoria de dicho causante y a pagar las costas del juicio.

La sentencia acusada

Contra el fallo de primera instancia se alzó únicamente la demandada Blanca Mery Ardila García y, surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió la sentencia de once de agosto de 1964, por la cual se confirmó la decisión recurrida y se condenó a "la parte demandada" a cubrir las costas de la segunda instancia.

La motivación del fallo impugnado hace la reseña de los términos y del desarrollo de la litis, encuentra cumplidos en este caso los presupuestos procesales, observa que las acciones incoadas se hallan establecidas por los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y recuerda las características que deben tener las relaciones sexuales para sustentar una declaración judicial de paternidad natural.

La sentencia examina primeramente las pruebas que se refieren al tiempo en que María del Carmen Pineda vivió en la casa de Soledad Parra, en el barrio Curubitos, de la ciudad de Chiquinquirá; a las relaciones sexuales que allí mantuvo aquélla con Matías Ardila, y al nacimiento del menor Hugo Hernando Pineda. Tales pruebas consisten en los testimonios de Soledad Parra, Siervo de Jesús García, Rosalba Parra de Peña y Azucena Parra de Saldaña. Destaca las aseveraciones de cada uno de estos deponentes sobre que la Pineda vivió como inquilina en la casa de Soledad Parra desde 1951 hasta 1954; sobre que allí era visitada por Matías Ardila: sobre el nacimiento en 1952 del menor Hugo Hernando, y concluye así el estudio de las pruebas dichas:

"Los anteriores declarantes, como se ve de los pequeños apartes a que hemos aludido, dan circunstancias que hacen creíbles sus aseveraciones, ya que lo que vieron tiene la razón de su dicho en circunstancias innegables, como son las de habitación en el mismo inmueble y de hechos ostensibles y concuerdan con el nacimiento y bautizo del menor Hugo Hernando.

"Todos los declarantes más o menos coinciden en la época del nacimiento del presunto hijo natural, es decir, desde el año de 1951. Al folio 6º del cuaderno principal del primer juicio, aparece la partida de origen eclesiástico de Hugo Hernando Pineda, como prueba supletoria por no existir la civil, en la que aparece nacido el menor Hugo Hernando el 30 de octubre de 1952, es decir, mucho después que el tiempo mínimo que señala el artículo 92 del Código Civil y a que hace referencia también el artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

"De otro lado la existencia de las relaciones notorias y estables se puede deducir mediante estas pruebas presentadas, ya que en forma notoria los declarantes concuerdan en el hecho de que Matías Ardila mantuvo relaciones con Carmen Pineda en forma estable en un lapso de tiempo que hace factible que la concepción se produjera durante ellas".

En seguida pasa el fallo a considerar las pruebas concernientes a las relaciones sexuales, estables y notorias, que Matías Ardila tuvo con María del Carmen Pineda en la finca "Los Andes" y durante el tiempo de la concepción y el nacimiento del menor José Agustín Pineda. Estas otras pruebas consisten en la declaraciones de Adriano Moreno, María de las Mercedes Quintero, Ana Isabel Vanegas de Parra y Julia Ardila de Castillo, hermana esta última de Matías Ardila. Trae a colación los asertos principales de cada uno de estos testigos y comenta luego:

"Los declarantes que hasta aquí hemos estudiado, nos dan margen para creer que Matías Ardila vivió con María del Carmen Pineda en la finca denominada 'Los Andes'; casi todos ellos nos dan la razón de su dicho, la que hacen consistir en hechos creíbles y en circunstancias que no dejan ver sospecha de mentira en sus declaraciones.

"Partiendo del punto de vista de que Matías Ardila vivió en su finca 'Los Andes' con María del Carmen Pineda, podemos deducir más fácilmente la notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, con lo cual daría base para configurar el primer punto de lo anotado por la doctrina.

"En cuanto a los límites de su duración, nos da razón la señora Julia Ardila viuda de Castillo al decir que hace cuatro años fue a la finca 'Los Andes' y como a los dos meses Matías llevó a Carmen Pineda. Esta declaración es de julio de 1960.

"Igualmente Adriano Moreno, al decir en su declaración 'hace unos dos años que le hice a Matías Ardila un trabajo de carpintería en la hacienda Los Andes y allí tenía viviendo a la señora Carmen Pineda'.

"Lo mismo Ana Isabel Vanegas de Parra nos dice 'que poco más o menos hace como cinco años, me consta que todos los días yo bajaba a las seis de la mañana para el centro de la ciudad y me encontraba al difunto Matías Ardila con Carmen Pineda, hasta cuando la llevó de Chiquinquirá a su finca Los Andes', y en donde las relaciones sexuales fueron más ostensibles que en la primera etapa".

Hace también referencia el fallo a los elementos de prueba que adujo la parte demandada y que consisten en los testimonios de Manuel Mateus, Anatilde Casas, Julia Gómez de Cuenca, Oliverio Pachón, Segundo Venancio Cortés, Domingo Sánchez, Fermín Castillo, Segundo Zenón y Pedro León Acosta, Jaime Vargas y Rubén Camargo Acosta. Recuerda que el testigo Mateus dice haber conocido en el año de 1941 a María del Carmen Pineda viviendo con Jaime Fajardo y que la mayoría de los declarantes mencionados afirma que la señora Pineda desempeñaba en la finca "Los Andes" el oficio de cocinera y que trataba a Matías Ardila como patrón suyo. Sobre los mismos testimonios expresa: "De las pruebas presentadas por la parte demandada, podemos decir que algunas carecen de la razón de su dicho y que los hechos que se describen en ellas, no influyen en forma decisiva para desvirtuar lo probado por la parte demandante acerca de la notoriedad de las relaciones sexuales estables de Matías Ardila con María del Carmen Pineda y de la duración de dichas relaciones.

"Sin embargo, señalamos que existen hechos sobre la pluralidad de relaciones sexuales de María del Carmen Pineda, pero esto está afirmado únicamente por un declarante y por tanto no alcanza a tener el valor de plena prueba. De otro lado, las declaraciones de casi todos los trabajadores de la finca 'Los Andes' apenas nos dan credibilidad de hechos aparentes en la vida diaria de dicha finca, pero no circunstancias y elementos inequívocos sobre consideraciones íntimas y personales como lo dan los declarantes de la parte actora".

Analiza en particular el testimonio del doctor Rubén Camargo Acosta, sobre que, en su condición de médico, estuvo tratando desde principios de 1950 en adelante al señor Matías Ardila para combatirle una impotencia sexual que tenía y que a pesar de ese tratamiento no fue posible habilitar a Ardila para la procreación. Acerca de este testimonio dice el fallo que él no alcanza a tener mérito suficiente para desvirtuar todos los hechos y circunstancias demostrados con las pruebas que allegó la parte demandante sobre la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, que Ardila tuvo con la Pineda y sobre los efectos de esas relaciones.

En relación con las pruebas tocantes a la calidad de hija natural de la menor María Imelda Pineda respecto de Matías Ardila, dice la sentencia:

"Aparecen certificados del doctor Alberto Páez Ortega, fechados con 10 de marzo, 11 de agosto y 17 de septiembre de 1960; en el primero de estos certificados dice haber encontrado una probabilidad de embarazo de dos meses aproximadamente; en agosto certifica el embarazo de siete meses, y en el último dice que el '27 de septiembre de 1960, a las 8 y 30 A. M.,

aproximadamente, la señora María del Carmen Pineda Cañón, de Chiquinquirá, dio a luz una niña normal, que está en estado de buena salud'. Posteriormente el doctor Páez ratificó lo aseverado.

"Además existe la partida de bautismo de María Imelda, visible al folio 9º del cuaderno 1º del juicio 2º.

"De otro lado, podemos referirnos en forma genérica a la declaración de la señora Julia Ardila viuda de Castillo y Ana Isabel Vanegas, Pablo García y Adriano Moreno, declarantes que concuerdan en el hecho de que Matías Ardila vivió con Carmen Pineda hasta su muerte, acaecida en febrero de 1960, en su finca 'Los Andes'; igualmente las declaraciones dadas por los testigos citados por la parte demandada concuerdan en el hecho de que hasta esta fecha, la muerte de don Matías, María del Carmen se encontraba en la mencionada finca 'Los Andes'.

"Por último, la declaración de la señora María de las Mercedes Quintero, en la que nos dice que ella recibió en su calidad de partera a la menor María Imelda.

"De otro lado, vemos que el nacimiento se produjo antes de los 300 días que señala el artículo 92, en estos casos después de la muerte del presunto padre Matías Ardila y que hace presumible el hecho de una relación de continuidad, por las relaciones sexuales, estables y notorias, mantenidas por Matías Ardila con Carmen Pineda en un lapso de nueve años aproximadamente".

Expresa por último el sentenciador que las pruebas aducidas por los demandantes le producen el convencimiento de que los menores Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda Pineda fueron procreados en un lapso comprendido entre 1951 y 1960, lapso durante el cual Matías Ardila mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con María del Carmen Pineda, madre de dichos menores.

El recurso de casación

La misma demandada Blanca Mery Ardila García recurrió en casación y con base en la causal primera formula contra la sentencia del Tribunal dos cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo. Versa sobre el quebranto indirecto, por aplicación indebida de los artículos 92 del Código Civil y 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Acogiéndose al método empleado en la sentencia, el recurso se refiere en forma separada a los grupos de pruebas que el mismo fallo tuvo en cuenta para considerar acreditadas las relaciones sexuales, estables y notorias, entre María del Carmen Pineda y Matías Ardila durante la concepción de cada uno de los menores demandantes Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda Pineda.

A). Observa el recurso primeramente que la sentencia tuvo por comprobadas las relaciones sexuales, estables y notorias, entre la Pineda y el señor Ardila durante los años de 1951 a 1954 con los testimonios de Soledad Parra, Azucena Parra de Saldaña, Rosalba Parra de Peña y Siervo de Jesús García, y que en cambio le desconoció mérito probatorio a la declaración del doctor Rubén Camargo Acosta.

Respecto del testimonio rendido por Soledad Parra sostiene el recurso: primero, que la declarante no se identificó con su cédula ni con documento alguno al rendir y al ratificar luego su declaración; segundo, que la misma testigo rindió su testimonio fuera del juicio y que al ratificarlo más tarde dentro del proceso, no se transcribió dicho testimonio para que él resultara responsivo, sino que apenas se hizo referencia al mismo para preguntarle a la deponente si se ratificaba. Los artículos 688, 693, 696 y 697 del Código Judicial exigen los requisitos que se echan menos, y por tanto, al ser omitidos, el testimonio aludido carece de valor demostrativo. "Como al rendir su testimonio y al ratificarse en él la testigo Soledad Parra —dice el recurso— no se cumplieron los indicados requisitos legales de identificación de la declarante y de transcripción en la diligencia de ratificación del testimonio a ratificar, se violaron las normas legales que he dejado citadas en los párrafos anteriores y cometió el sentenciador error de derecho en la estimación del testimonio de Soledad Parra, al que dio un mérito legal que no tiene, puesto que, según tales normas, ese testimonio es inadmisible legalmente, por las razones indicadas".

La declaración de Azucena Parra de Saldaña se recibió también fuera de juicio y al ratificarse en ella la testigo no se transcribió dicho testimonio; en consecuencia, éste carece de fuerza probatoria, según las mismas normas antes citadas, y el fallo cometió un error de derecho al reconocerle mérito demostrativo. "Así, pues —agrega el recurso— en cuanto a esos dos testimonios de Soledad Parra y Azucena Parra de Saldaña, el error de derecho cometido por el

sentenciador lo llevó a violar el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida al caso del pleito, como se deja demostrado. En efecto, si conforme a dicha norma es preciso que se demuestre, con pruebas legalmente admisibles, la existencia de relaciones sexuales, notorias y estables, entre el presunto padre natural y la madre, al aplicar dicha norma sin que se haya producido la prueba en referencia, se la viola y otro tanto se hace cuando las pruebas producidas para acreditar ese hecho carecen de mérito legal, como en el presente caso".

El recurso transcribe unos pasos de los testimonios rendidos por Rosalba Parra de Peña y Siervo de J. García y dice que estas declaraciones no concuerdan en las circunstancias de tiempo, lugar y modo como lo exige el artículo 697 del Código Judicial, para que ellas formen plena prueba, pues que la testigo Parra veía a Matías Ardila entrar de día en la pieza de María del Carmen Pineda o salir de allí y que el deponente García lo veía de noche en tal pieza y que además este señor no expresa qué actos observaba ejecutar allí mismo. "Por lo tanto —dice el recurso— yerra en el derecho el Tribunal al afirmar que esos testimonios forman plena prueba, pues no reúnen los requisitos de que trata el citado artículo 697 del Código Judicial. Y como secuela quebrantó el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, pues lo aplicó indebidamente al caso en litigio, ya que si los testimonios aducidos para acreditar las relaciones sexuales, notorias y estables, carecen del mérito exigido por la ley, el supuesto de hecho de la norma legal citada no está probado conforme a derecho y por consiguiente no puede aplicarse. En efecto, si el artículo en cita exige la prueba de tales relaciones sexuales, notorias y estables, y en el caso de autos la prueba no tiene el mérito legal necesario, aplicar el precepto legal en referencia equivale a quebrantarlo indirectamente, como secuela del error de derecho que se deja demostrado".

Se refiere también la demanda de casación al testimonio del médico doctor Rubén Camargo Acosta, sobre que él estuvo tratando a Matías Ardila durante varios años de una impotencia sexual y que no pudo habilitarlo para procrear y dice que el fallo desechó esta declaración por ser única, incurriendo así en un error de derecho por quebranto del artículo 696 del Código Judicial, que le asigna a un solo testimonio la fuerza de presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición. Como no es dable pensar que una persona quiera hacer pública su impotencia para tener relaciones sexuales o para procrear, resulta ilógico exigir más de un testimonio sobre tal impotencia y desechar por ello la del médico personal del enfermo. Según el recurso, "ese error de derecho, unido a los errores anteriormente determinados o considerado aisladamente, pues para ello es suficiente, llevó al sentenciador a aplicar indebidamente el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues quien es impotente sexual no puede mantener comercio carnal de manera estable, faltando así el presupuesto de hecho (relaciones sexuales estables) para la aplicación de dicho texto, en relación con Hugo Hernando Pineda".

B) Apunta el recurso que la sentencia tuvo los testimonios de Adriano Moreno, María de las Mercedes Quintero, Ana Isabel Vanegas de Parra y Julia Ardila de Castillo como prueba de que Matías Ardila vivió en su finca "Los Andes" con María del Carmen Pineda y de que de esas relaciones sexuales, notorias y estables, nació el menor José Agustín Pineda. Se dedica a analizar estas declaraciones y afirma que al testigo Moreno no se le interrogó por su nombre y apellido, edad, profesión, domicilio y demás circunstancias que señala el artículo 686 del Código Judicial; que este declarante no se identificó y que su testimonio tampoco fue reproducido en la diligencia de ratificación del mismo, como lo prescribe el artículo 693 *ibídem*. "Así, pues —expresa el recurso— por las mismas razones expuestas en relación con los nombrados declarantes, cometió el sentenciador error de derecho al dar valor probatorio a este testimonio y quebrantó consecuencialmente el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida, ya que sin estar probados con el testimonio de Adriano Moreno los supuestos de hecho de tal precepto (relaciones sexuales, notorias y estables), le dio aplicación al caso del pleito, en relación con José Agustín Pineda, pese a que no podía legalmente considerar el referido testimonio".

La demanda transcribe adelante varios apartes de la declaración del mismo testigo Moreno, dice que éste no da la razón de su dicho y comenta que si la señora Pineda no dependía de nadie en la finca "Los Andes", no puede inferirse de ello, como lo deduce el declarante, que Matías Ardila la vistiera. En seguida añade el recurso: "En resumen, en cuanto el testigo afirma de oídas o asevera, sin dar la razón de su dicho, que era de público conocimiento que Matías mantenía relaciones sexuales con la Pineda,

el testimonio es legalmente inadmisible, por lo cual cometió error de derecho el sentenciador al admitirlo en esta parte; lo mismo ocurre cuando dice 'creo' o cuando agrega: 'Matía Ardila (sic) se dedicó a vivir públicamente con María del Carmen Pineda, pues constantemente lo veía comprándole el mercado, junto con ella, en la tienda de Rómulo Ortegón', porque, si era la cocinera de la finca, el hecho mal puede interpretarse como demostrativo de relaciones sexuales, ya que lo natural era que le comprara la comida que debía preparar en la finca para los trabajadores y para él mismo. Al tenor de los artículos 687 y 688, inciso 2º, Código Judicial, este testimonio es inadmisible legalmente. Tampoco lo es al tenor del artículo 698 cuando depone de oídas".

En relación con el testimonio de Ana Isabel Vanegas dice el recurso que esta deponente tampoco se identificó y que al ratificarse en su declaración de nudo hecho no se transcribió ésta. Agrega: "Por todo lo anterior se cometió error de derecho por el sentenciador, a la luz de las normas legales que he venido citando relativas al mérito probatorio del testimonio y del testimonio de nudo hecho y se quebrantó por aplicación indebida el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, ya que, no siendo de recibo este testimonio, no podían darse por establecidos con él los supuestos de hecho del artículo citado, a saber, 'relaciones sexuales, notorias y estables'. Y como el Tribunal, a pesar de ello, lo aplicó al caso del pleito, lo violó indirectamente".

El testimonio de nudo hecho rendido por Julia Ardila de Castillo tampoco fue transcrito en la diligencia de ratificación del mismo. "Por las razones ya aducidas —dice el recurrente— y con vista de los textos legales que tantas veces he citado, cometió error de derecho el Tribunal al dar valor a este testimonio con violación del artículo 693, Código Judicial, y de contera quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, puesto que, no siendo de recibo legal esta declaración, no acreditó las relaciones sexuales, notorias y estables, base indispensable para aplicar el texto referido de la Ley 45 de 1936. Así que al aplicarlo a un supuesto de hecho, no probado legalmente en el juicio, lo violó indirectamente, por causa del relatado error de derecho". Adelante agrega el recurso que la testigo Ardila es la única que habla de relaciones sexuales, estables y notorias, pero que no da la razón de su dicho, sino que depone de oídas, y que por tanto el fallo comete un error de derecho al atribuirle a esta sola declaración el valor de plena prueba sobre las mentadas relaciones sexuales, con violación de los artículos 696 y 697 del Código Judicial.

Acerca del testimonio de María de las Mercedes Quintero observa el recurso que esta declarante dice haber sido Matías Ardila quien la contrató para atender a María del Carmen Pineda en el alumbramiento del menor Hugo Hernando en la casa de Soledad Parra, pero que en cambio fue la propia Pineda quien la buscó para que la acompañara en el nacimiento de su otro hijo José Agustín. Recuerda que esta deponente Quintero afirma que la misma Pineda le contó que Matías Ardila era el padre de sus tres hijos, y añade el recurso: "Dar mérito al testimonio de oídas, es contrariar los artículos 698 y 699, Código Judicial. Aseverar, como lo dice el Tribunal, que esta testigo afirma la existencia de relaciones sexuales, estables y notorias, es contrariar la evidencia que de él surge, puesto que la testigo categóricamente dice que no le consta nada de relaciones entre ellos".

Segundo cargo. Consiste en la violación indirecta, por aplicación indebida, de los mismos artículos 92 del Código Civil y 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso formula este cargo con carácter subsidiario y para sustentarlo acude a los mismos testimonios que se han mencionado, así:

a) Observa que Rosalba Parra afirma que algunas veces durante el día vio salir a Matías Ardila de la pieza de María del Carmen Pineda y que el testigo Siervo García lo vio varias veces durante la noche, pero que nada dicen estos declarantes sobre el trato sexual entre la Pineda y Ardila y que en consecuencia sus testimonios no demuestran las relaciones sexuales ni su notoriedad.

Transcribe varias afirmaciones de la testigo Azucena Parra sobre visitas de Matías Ardila a la señora Pineda y dice que la declaración de aquella no acredita el requisito de notoriedad de las relaciones sexuales. "Afirmar, como lo hace el Tribunal —expresa el recurso— que del testimonio de Azucena Parra de Saldaña aparece la prueba de las relaciones sexuales notorias, es contrariar la evidencia que de tal testimonio surge, cometer error ostensible de hecho y quebrantar el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, al aplicarlo al caso del pleito indebidamente, puesto que no se ha demostrado uno de los supuestos de hecho de la norma, a saber: la notoriedad de las relaciones sexuales que se pre-

tende existieron entre Matías Ardila y María del Carmen Pineda".

Según el recurso, Soledad Parra declara en el mismo sentido que su hija Azucena, esto es, que veía llegar a Matías Ardila en las horas de la noche a la pieza de la Pineda y salir de allí a las cinco de la mañana. "Tampoco se desprende de esta declaración —añade el recurrente— la calidad de notorias de las referidas relaciones sexuales, ni los hechos que narra la testigo, al igual que los deponentes anteriores, dan margen para suponer siquiera esa notoriedad. Y la deducción de la testigo, que es mera suposición, tampoco acredita la existencia de relaciones sexuales estables. Yerra, pues, de manera evidente el Tribunal al afirmar que con este testimonio se acredita la calidad de notorias de las relaciones sexuales que se le atribuyen a Matías Ardila con Carmen Pineda. Y como secuela de ese error notorio de hecho, quebrantó el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, puesto que lo aplicó sobre la base errónea de hallarse acreditados los supuestos de hecho de la norma, siendo así que no está probado el elemento notoriedad que exige para las relaciones sexuales de que trata el citado precepto".

Después de citar una doctrina de la Corte dice en conclusión el recurso: "Resumiendo lo dicho hasta aquí, se tiene que de ninguno de los cuatro testimonios analizados, aparece la prueba de que entre Matías Ardila y María del Carmen Pineda existieran relaciones sexuales notorias, factor indispensable para dar aplicación al ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Como el Tribunal afirma, con base en tales testimonios, el hecho de unas relaciones sexuales notorias entre los nombrados, contraría la evidencia que surge de esos testimonios, comete error ostensible de hecho y quebranta por ello la norma en cita, al aplicarla indebidamente al caso del pleito, puesto que sólo es posible esa aplicación cuando se demuestre la existencia de relaciones sexuales, notorias y estables".

b) La demanda de casación se refiere a los testimonios de Adriano Moreno, Ana Isabel Vanegas, Julia Ardila de Castillo y María de las Mercedes Quintero para imputarle a la sentencia un error de hecho en su apreciación.

Reproduce varios pasos de la declaración rendida por el nombrado Adriano Moreno y sostiene, como se ha visto, que el fallo cometió un error de derecho al estimar este testimonio como prueba de las relaciones sexuales notorias entre Matías Ardila y María del Carmen Pineda, añadiendo que, en el supuesto de que se considere de recibo esta prueba, acusa su apreciación por error manifiesto de hecho.

También transcribe algunos apartes del testimonio rendido por Ana Isabel Vanegas sobre que ella veía y se encontraba a Matías Ardila y a María del Carmen Pineda en la finca "Los Andes", pero que no sabía qué relaciones habría entre ellos, y afirma sobre esta declaración: "Desprender del anterior testimonio la existencia de relaciones sexuales, notorias y estables, entre Matías Ardila y la Pineda, es contrariar ostensiblemente la evidencia, pues donde la testigo dice que no sabe qué relaciones tendrían uno y otra, el Tribunal afirma que se dijo lo contrario, esto es, que de este testimonio aparece acreditado el elemento en mención exigido por el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, o sea las relaciones sexuales, notorias y estables".

En relación con el testimonio de Julia Ardila viuda de Castillo, dice el recurso que esta declarante es la única que habla de relaciones sexuales, estables y notorias, pero que no relata hechos ni da la razón de sus asertos, sino que depone de oídas, por lo cual carece de mérito dicha declaración. "Mas si lo que se pretende —expresa el mismo recurso— es que ese testimonio, unido a los anteriores, constituye plena prueba, entonces se afirma un hecho inexacto, pues en los testimonios de Adriano Moreno, María de las Mercedes Quintero y Ana Isabel Vargas (sic) no se habla de relaciones sexuales, notorias y estables, entre Matías y María del Carmen. Hay, pues, evidente error de hecho al afirmarlo".

Al exponer el primer cargo se vio que el recurso sostiene que a la declarante María de las Mercedes Quintero no le consta nada sobre relaciones sexuales entre Matías Ardila y Carmen Pineda y que aseverar otra cosa, es contrariar la evidencia que surge del testimonio de esta deponente.

Por otro aspecto, el recurso expresa que, en cambio, el fallo no les dio importancia alguna a los testimonios de personas que vivían en la finca "Los Andes", como Anatilde Casas, Venancio Cortés, Fermín Castillo, Domingo Sánchez, Zenón y Pedro León Acosta, quienes dicen que María del Carmen Pineda trabajaba allí como cocinera de los trabajadores, que Matías Ardila dormía en pieza separada y que nunca oyeron decir que éstos vivieran en concubinato. "Surge de estas declaraciones —afirma el recurso— la evidencia de que María del Carmen vivió en la finca 'Los Andes' como cocinera y nada más. Como el Tribunal afirmó en su fallo, con base en todos los testimonios que he dejado analiza-

dos, la existencia de relaciones sexuales, notorias y estables, entre Matías Ardila y la Pineda, cometió, fuera de los errores de derecho que he determinado, error notorio de hecho, pues la verdad procesal ostensible es que no aparece la prueba de tales relaciones y, por el contrario, surge la evidencia de que María del Carmen Pineda vivió en 'Los Andes' como cocinera y no como concubina de Matías Ardila o porque mantuviera con éste relaciones sexuales, notorias y estables. Y como el sentenciador, a consecuencia de estos errores de derecho y evidentes de hecho, aplicó el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, sobre el errado supuesto de que en el caso de José Agustín Pineda estaban probados los factores de notoriedad y estabilidad que exige dicho texto lo quebrantó por aplicación indebida, y de paso el artículo 92 del Código Civil, por la misma causa".

c) Haciendo referencia a la menor demandante María Imelda Pineda expresa el recurso: "Como el Tribunal se basa en las mismas declaraciones antedichas y en la de Pablo García para aseverar que, acreditadas las relaciones sexuales, notorias y estables, de Matías Ardila y la Pineda, cabe también declarar, por aplicación del artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, que la nombrada es también hija natural del difunto Matías lo dicho anteriormente sirve para explicar por qué cometió el sentenciador error ostensible de hecho al aseverar la existencia de tales relaciones, que no surgen de los antedichos testimonios ni tampoco del de Pablo García, el que no dice nada sobre ese particular, como puede verse en su testimonio. Como secuela de ese error notorio de hecho, violó el sentenciador el citado texto de la Ley 45 de 1936, puesto que, sin estar probados los supuestos de hecho del mismo (relaciones sexuales, notorias y estables), lo aplicó al caso de María Imelda, quebrantándolo por indebida aplicación".

Como resumen de los cargos que se formulan contra la sentencia, el recurso expone la conclusión siguiente: "No hallándose acreditadas las relaciones sexuales, notorias y estables, que son el fundamento de la demanda, pues de los testimonios en que se basó el sentenciador o carecen de mérito legal o, aunque se les reconozca ese mérito, en ninguno de ellos, ni en su conjunto, se encuentra la prueba de tales relaciones, como he dejado comprobado, al declarar la existencia de las pretendidas relaciones cometió el Tribunal error notorio de hecho. No estando probado ese elemento, mal ha podido acudirse a la presunción del artículo 92, Código Civil. Luego el Tribunal, a consecuencia de los relatados errores, quebrantó en relación con los nombrados Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda, los artículos 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936 y 92 del Código Civil, por aplicación indebida, ya que, con base en tal error, los declaró hijos naturales de Matías Ardila, sin hallarse probada la base de aplicación de tales preceptos: las relaciones sexuales, notorias y estables".

Consideraciones de la Corte

I. *El recurso le imputa al fallo el quebranto de dos normas sustanciales a causa de un error de derecho y en subsidio de un error de hecho en la apreciación de las pruebas. Como estos errores son distintos y autónomos y tienen causas diferentes, la Corte no ha admitido que se los pueda alegar ambos simultáneamente respecto de una misma prueba y en un solo cargo, ni aún en forma subsidiaria el uno del otro, desde luego que ellos se excluyen recíprocamente y que por lo tanto no puedan ser planteados sino en forma separada e independiente. De aquí que, al formular el recurso una acusación contra el fallo por violación de los mismos preceptos sustanciales a causa de un error de derecho y en subsidio de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, entienda la Corte que se trata de dos cargos distintos y proceda en consecuencia a examinarlos separadamente.*

II. *Para que puedan ser apreciadas en juicio las declaraciones de nudo hecho recibidas antes de él, se requiere que se las ratifique dentro del término probatorio que tenga dicho juicio, conforme a lo prescrito por el artículo 693 del Código Judicial. Aunque es de indiscutible conveniencia que en el acta de ratificación se transcriba el testimonio respectivo, la verdad es que el precepto citado no señala ni exige una forma determinada para efectuar esa ratificación y por tanto corresponde discrecionalmente a los jueces adoptar el modo de practicarla, como lo ha reconocido la doctrina de la Corte (LXXIV - 2127, 716). Dada esta circunstancia, no es posible admitir la tesis de que, por el sólo hecho de no haberse reproducido un testimonio extrajudicial en el acta de su ratificación, resulte desprovisto de todo mérito demostrativo y no pueda por lo mismo ser apreciado como prueba.*

III. Sostiene el recurso que las declaraciones de nudo hecho rendidas por Soledad y Azucena Parra no fueron transcritas en la ratificación de las mismas; que la nombrada Soledad Parra no se identificó; que los declarantes Rosalba Parra y Siervo de J. García no concuerdan en las cir-

cunstancias de tiempo, lugar y modo; que por tanto sus testimonios carecen de fuerza probatoria, y que el fallo incurrió en un error de derecho al reconocerles el mérito de plena prueba de las relaciones sexuales, notorias y estables, entre Matías Ardila y Carmen Pineda durante los años de 1951 a 1954.

Respecto de la deponente Soledad Parra se cumplieron los requisitos que señala el artículo 686 del Código Judicial y, aunque la testigo dijo no tener documentos de identificación, esta circunstancia no le resta mérito demostrativo a su declaración, y menos cuando, como en este caso, el Tribunal no tuvo motivo alguno para poner en duda la identidad de la misma declarante.

Es cierto que los testimonios de Rosalba Parra y Siervo de J. García no concuerdan en la circunstancia del modo como estos declarantes veían a Matías Ardila entrar a visitar a María del Carmen Pineda en la pieza donde ésta vivía, dentro de la casa de Soledad Parra, pero sí están de acuerdo en el hecho de las visitas y en las circunstancias de lugar y tiempo, porque se refieren a la pieza mencionada y al lapso comprendido entre 1951 y 1954.

Las razones que se dejan anotadas llevan a concluir que ningún error de derecho cometió la sentencia al atribuir a las declaraciones de Soledad, Azucena, Rosalba Parra y Siervo de Jesús García la fuerza de prueba plena de las relaciones sexuales, estables y notorias, que Matías Ardila tuvo con María del Carmen Pineda durante los años comprendidos entre 1951 y 1954.

IV. Arguye también el recurso que la sentencia incurrió en un error de derecho al desechar la declaración del médico doctor Rubén Camargo Acosta sobre la impotencia sexual del señor Matías Ardila, no obstante que este testimonio tiene el valor de una presunción más o menos atendible, según lo dispuesto por el artículo 696 del Código Judicial.

Corresponde al sentenciador de mérito apreciar si, teniendo en cuenta las condiciones personales del deponente y la sinceridad y claridad de su exposición, merece ser tenida como una presunción más o menos atendible la declaración del testigo único, y si asociado este indicio a otros, pueden todos ellos tener en conjunto el valor de plena prueba, como lo dispone el artículo 665 del Código Judicial. El concepto del fallador sobre este punto no puede ser modificado en casación, sino en el caso de que se demuestre un error evidente de hecho.

En el caso de autos el fallo consideró que los testimonios indicados antes demuestran de modo pleno la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Matías Ardila y Carmen Pineda y el hecho de que ésta tuvo tres hijos a causa de tales relaciones. Como esta prueba contradice y desvirtúa el testimonio del doctor Camargo Acosta sobre la supuesta impotencia del señor Ardila y como se trata además de una cuestión que requería ser establecida, con el dictamen de expertos, bien pudo el sentenciador estimar carente de fuerza probatoria la declaración dicha, sin incurrir por ello en ningún error de derecho.

V. El fallo acogió los testimonios de Adriano Moreno, María de las Mercedes Quintero, Ana Isabel Vanegas y Julia Ardila de Castillo como prueba de que Matías Ardila y Carmen Pineda estuvieron viviendo en concubinato en la finca de "Los Andes" desde mediados de 1956 hasta febrero de 1960 y de que, como fruto de las relaciones sexuales entre dichos señores, nació José Agustín Pineda el 28 de agosto de 1957. El recurso le imputa a la sentencia el haber cometido un error de derecho en la apreciación de las declaraciones de estos testigos. Respecto de Adriano Moreno dice que no fue interrogado por su nombre y apellido, edad, profesión, domicilio y las demás circunstancias que menciona el artículo 686 del Código Judicial; que este deponente no se identificó y que su testimonio no se transcribió al efectuarse la ratificación del mismo; que el testigo habla de oídas, que no da la razón de su dicho y que por todos estos motivos su declaración es legalmente inadmisible al tenor de lo prescrito por los artículos 687, 688 y 698 del Código Judicial, incurriendo en consecuencia el fallo en un error de derecho al reconocerle valor demostrativo.

Según el recurso, la testigo Ana Isabel Vanegas tampoco se identificó, ni su declaración fue reproducida en el acto de la ratificación, por lo cual dicho testimonio no es de recibo, a la luz de los preceptos antes citados. Al atribuirle mérito probatorio incurrió la sentencia en un error de derecho que la condujo a violar el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Lo mismo afirma el recurso en relación con el testimonio de Julia Ardila de Castillo por no haber sido transcrito en la diligencia de ratificación, y en cuanto a María de las Mercedes Quintero dice que esta testigo declara de oídas y que su declaración carece por tanto de fuerza demostrativa, conforme a lo prescrito por los artículos 698 y 699 del Código Judicial.

Queda dicho y se repite que la ley no impone una determinada forma de ratificar los testimonios recibidos fuera del proceso y que, aunque es de innegable conveniencia reproducirlos en el acta de la ratificación, no pierden mérito probatorio por causa de la falta de esta transcripción.

Cierto es que los deponentes Adriano Moreno y Ana Isabel Vanegas no adujeron ningún documento de identificación, porque no aparece que les fuera exigido, pero esta circunstancia no les resta fuerza demostrativa a sus correspondientes declaraciones. Por otra parte, en un segundo testimonio rendido por Moreno (cuaderno 3º del segundo juicio, folio 9 vuelto), expresó éste su nombre y apellido, su edad, profesión y vecindad, y dijo constarle que Matías Ardila y María del Carmen Pineda vivieron en público amancebamiento en una finca de propiedad del primero, llamada "Los Andes", aunque no sabe por cuánto tiempo.

María de las Mercedes Quintero declara que atendió a María del Carmen Pineda en el alumbramiento de sus tres hijos Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda; que en la primera ocasión la contrató y le pagó sus servicios Matías Ardila, y que fue la misma Pineda quien le dijo que éste era el padre de sus tres hijos nombrados.

La sentencia acogió y apreció en conjunto los testimonios de Moreno y de las señoras Quintero, Vanegas y Ardila, y les reconoció el valor de plena prueba de las relaciones sexuales, estables y notorias, que tuvieron Matías Ardila y María del Carmen Pineda durante el lapso comprendido entre mediados de 1956 hasta febrero de 1960. Los reparos que la censura dirige contra tal apreciación no demuestran que ésta adolezca de ningún error de derecho, es decir, que con ella se hubiera quebrantado algún precepto de valoración probatoria, en forma de restarles fuerza demostrativa a los testimonios dichos.

VI. El recurso le imputa a la sentencia el haber cometido un error de hecho en la apreciación de los testimonios de Soledad, Rosalba, Azucena Parra y Siervo García, ya que, contra lo que estos testigos afirman, dio por comprobadas con sus declaraciones la existencia y la notoriedad de unas relaciones sexuales entre Matías Ardila y Carmen Pineda.

El error de hecho consiste, según la censura, no en la falta de apreciación de los testimonios aludidos, sino en deducir de ellos la existencia y la notoriedad de las mentadas relaciones sexuales.

Los declarantes nombrados afirman en general que María del Carmen Pineda vivió en una pieza que le arrendó en su casa Soledad Parra, que allí estuvo de 1951 a 1954, que Matías Ardila visitaba a diario a la Pineda, que lo veían entrar de noche en la pieza de ésta y salir muchas veces al amanecer y que durante el lapso aludido la misma Pineda tuvo un hijo.

De estas aseveraciones dedujo el fallo que Ardila y la Pineda tuvieron relaciones sexuales, estables y notorias, en el lugar y durante el tiempo dichos, y esta inferencia, propia del resorte del sentenciador, no altera ni contradice lo aseverado por los testigos, sino que se conforma con sus dichos, de modo que en ella no se percibe ningún error manifiesto de hecho.

VII. Ya se ha visto cómo el recurso impugna la sentencia por haber incurrido en un error de derecho en la apreciación del testimonio de Adriano Moreno, agregando que, en subsidio, acusa la misma apreciación por error manifiesto de hecho. Con todo, el censor no expone en concreto los motivos de este supuesto yerro en relación con dicho testimonio.

Es cierto que Ana Isabel Vanegas dice no saber qué relaciones tenían Matías Ardila y María del Carmen Pineda, pero también es exacto que esta testigo expone varios hechos que permiten presumir la existencia de relaciones sexuales entre dichas personas. Afirma que veía a Ardila y a la Pineda cuando viajaban a la finca "Los Andes", que a la misma finca Ardila llevó a la Pineda a vivir y que allí atendía a su subsistencia y a la de sus hijos. Además, el juicio del fallador sobre la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, entre los mentados Ardila y Pineda no está fundado en la sola declaración de la señora Vanegas, sino también en los demás testimonios que se adujeron para comprobar tales relaciones. El fallo no le hace decir a la declarante Vanegas nada distinto de lo que ella misma expresa.

La sentencia tampoco alteró lo expuesto por la deponente Julia Ardila de Castillo, hermana de Matías Ardila. Esta testigo habla muy claramente de que Matías llevó a su finca a la señora Pineda con su hijo Hugo y que allí la tuvo como concubina. Ningún error de hecho cometió el fallo al apreciar el testimonio de esta declarante.

Acerca de las declaraciones allegadas por la parte demandada, afirma el fallo que no alcanzan a desvirtuar la prueba que acredita la existencia de las relaciones sexuales entre Matías Ardila y Carmen Pineda, con sus caracteres de notoriedad y estabilidad. Esta conclusión del

sentenciador no envuelve ningún error de hecho en la estimación de los testimonios mencionados.

VIII. La demandante María Imelda Pineda nació el 27 de septiembre de 1960, esto es, doscientos veintiún días después de la muerte de Matías Ardila, acaecida el dieciséis (16) de febrero del mismo año. Dicha actora se presenta en este juicio como hija póstuma del nombrado Ardila.

En relación con la menor María Imelda repite el recurso que la sentencia incurrió en un manifiesto yerro de hecho al tener por demostradas las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Carmen Pineda y Matías Ardila, con los testimonios de Adriano Moreno, Ana Isabel Vanegas, Julia Ardila viuda de Castillo, María de las Mercedes Quintero y Pablo García.

Las declaraciones de los testigos antes citados acreditan que María del Carmen Pineda vivía con sus hijos Hugo Hernando y José Agustín en la finca "Los Andes", de propiedad de Matías Ardila, cuando ocurrió la muerte de este último, y que la misma Pineda tenía relaciones sexuales con el mentado Ardila. Además de estos testimonios, la sentencia impugnada tuvo también en cuenta la declaración del médico, doctor Alberto Páez Ortega, quien examinó a la citada Pineda el 10 de marzo, el 11 de agosto y el 17 de septiembre de 1960 y dice haberla encontrado en estado de gravidez. De todas estas pruebas dedujo el fallo que María Imelda Pineda nació como fruto de las relaciones sexuales, estables y notorias, que, hasta su fallecimiento, tuvo Matías Ardila con María del Carmen Pineda.

Queda visto y cabe aquí repetir que ningún error de hecho cometió la sentencia al apreciar los testimonios de Adriano Moreno, Ana Isabel Vanegas, Julia Ardila y María de las Mercedes Quintero. Es verdad que el declarante Pablo García Quiñones no habla de las mentadas relaciones sexuales, pero sí dice que el día del fallecimiento de Matías Ardila estuvo almorzando con éste en su finca, que el mismo Ardila tenía entre sus piernas a un niño, a quien daba de comer, y que al despedirse el declarante le dijo Ardila al niño: "Despídase, mijito, de don Pablito", y que dicho niño le extendió la mano al propio testigo. Con la declaración de García no se acreditan ciertamente las aludidas relaciones sexuales, estables y notorias, pero ella no es indispensable para tal fin, porque estas relaciones aparecen establecidas con las deposiciones de los otros testigos nombrados y porque el fallo las tuvo por corroboradas con el testimonio del médico, doctor Alberto Páez Ortega, que el recurso no cita.

Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que los cargos son infundados.

Resolución

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de once de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio sobre filiación natural promovido por Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda Pineda contra María Lilia y Blanca Mery Ardila García, en su calidad de herederas de Matías Ardila.

Sin costas porque no se causaron.

(Esta sentencia fue discutida y acordada por la Sala en su sesión del veinte del mes en curso, como consta en el Acta número 94).

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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

REIVINDICACION

Quien recibe un inmueble en virtud de promesa deventa, es poseedor y no simple tenedor. La condena al pago de frutos no requiere súplica formal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 6 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 96 de 25 de noviembre de 1968).

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 Neiva, con fecha 24 de junio de 1964, en el juicio ordinario seguido por Víctor Manuel Quintero Aldana frente a Enrique Díaz Ramírez.

I

El litigio

Víctor Manuel Quintero Aldana trajo a juicio ordinario ante el Juez Civil del Circuito de Neiva, a Enrique Díaz Ramírez, en procura de estas súplicas:

Que el actor es dueño absoluto del predio rural denominado "El Rincón del Amo", ubicado en jurisdicción de Aipe, de extensión superficial de 114 hectáreas y 9.844 metros cuadrados aproximadamente, determinado como el libelo expresa;

Que pertenece al mismo demandante, el lote de terreno de 57 hectáreas denominado "El Potrero de las Bóvedas y la Palmarrosa", descrito como se dice en esta segunda petición y que es parte integrante del inmueble primeramente referido;

Que se condene al demandado a restituir al peticionario el lote de terreno consistente en "El Potrero de las Bóvedas y la Palmarrosa" de que trata la segunda de estas súplicas, y

Que se le condene igualmente a pagarle al actor el valor de los frutos naturales o civiles del lote o porción que se reivindica, "a partir de la fecha de la posesión o sea a partir del año de 1960 hasta el momento de la entrega ...";

Entre los *hechos* que señala la demanda, figuran los siguientes:

Que por medio de las Escrituras números 825 de 3 de julio de 1962 y 1587 de 14 de octubre de 1961, ambas de la Notaría 1ª de Neiva, el demandante compró a Helí Arias la finca denominada "El Rincón del Amo";

Que Helí Arias había adquirido este inmueble en la sucesión de su cónyuge Virginia Bonilla de Arias, protocolizada en la referida Notaría mediante la Escritura número 756 de 13 de junio de 1962;

Que este causante hubo por compra a Telmo Arias, según Escritura número 1004 de 27 de noviembre de 1942, de la misma Notaría, y

Que el vendedor del demandante no le entregó totalmente la posesión material de la finca denominada "El Rincón del Amo", de la cual éste no posee sino más o menos la mitad, "ya que la otra parte la posee actualmente el señor Enrique Díaz Ramírez con ánimo de señor y dueño, con base dizque en una promesa de venta emanada del señor Helí Arias desde el año de 1960, siendo por lo tanto la parte poseída por Enrique Díaz Ramírez la que se determinó y especificó en la petición segunda de esta demanda".

En su contestación, el demandado dijo atenerse al valor legal de las escrituras públicas y registros a que se refiere el libelo; negó algunos de los hechos, y de otros exigió su prueba; se opuso a las pretensiones del actor; y propuso la que llamó "excepción de inepta demanda sustantiva".

Luego de recibidas las pruebas presentadas por una y otra parte, produjose el fallo de primer grado por el cual se absolvió al reo de todos los pedimentos frente a éste deducidos; y en la segunda instancia, abierta por apelación del actor, pronunciése el Tribunal de Neiva mediante sentencia de 24 de junio de 1964, en que se revoca la del inferior, y en su lugar, se decide: Rechazar la excepción de inepta demanda; otorgar las peticiones de dominio impetradas por el demandante; condenar al demandado a restituir a aquél, seis días después de ejecutoriada la sentencia, el dicho lote de terreno denominado "El Potrero de las Bóvedas y la Palmarrosa", que es parte integrante de la finca llamada "El Rincón del Amo"; condenar al reo, a pagar al actor, en el término últimamente indicado, "el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble" cuya restitución se decreta; ordenar la correspondiente inscripción de la sentencia; y condenar al litigante perdidoso en las costas del juicio.

Conoce ahora la Corte del recurso de casación interpuesto por el demandado.

II

Consideraciones de la sentencia impugnada

El Tribunal, comenzando por desestimar la excepción de inepta demanda, con la consideración tomada de la doctrina jurisprudencial, de que el comprador de una finca que no le ha sido materialmente entregada por el vendedor y cuya posesión ha pasado a terceros, puede ejercitar directamente contra éstos la acción reivindicatoria, sin necesidad de pedir previamente la entrega de quien se la vendió, y pasando al examen de los elementos específicos de la acción reivindicatoria, los encuentra demostrados en el caso del pleito.

Particularmente, en lo que se refiere a la posesión del demandado, dice el sentenciador, acogiéndose a una antigua doctrina de la Corte, que por cuanto aquél entró a ocupar la finca de que se trata en virtud de una promesa de venta, quedó constituido en tenedor, punto de vista éste desde el cual habría que "convenir en que el demandado Díaz Ramírez no era en verdad poseedor".

Pero que "el demandado, al contestar el libelo, se limitó a remitir a la prueba del juicio lo afirmado sobre su posesión por el actor en los hechos octavo y siguientes, y no lo negó expresamente en la forma prevenida en el artículo 214 del Código Judicial. En esas condiciones, ya no era posible volver sobre este punto después de trabada la litis. Es este un principio de lealtad procesal ineludible, so pena de hacerse responsable de las resultas del proceso". Así que "ante la afirmación de ser Enrique Díaz Ramírez poseedor del lote objeto de la acción, no rechazada expresamente por el demandado al contestar la demanda, se tiene ese extremo fundamental por definitivamente establecido".

Es ésta, en síntesis, la motivación básica del fallo, en lo tocante con los puntos sobre que gira el recurso extraordinario.

III

La demanda de casación

Intégrase ésta de cuatro cargos, planteados los tres primeros en el ámbito de la causal primera y el último en el de la causal segunda, de los cuales cabe hacer el siguiente compendio:

Primer cargo. Formulado por ser la sentencia directamente infractora de los artículos 762, 775, 777, 785, 786, 789, 946 y 952 del Código Civil y 214 del Código Judicial, se desenvuelve en torno de estas consideraciones:

Que según el artículo 762 la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, en cualquiera de las formas que este texto indica; y conforme al artículo 775, es "mera *tenencia* la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño ... Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Trayendo a cuento, para apoyarse en ellas, doctrinas de la Corte acerca de la diferencia intencional que existe entre los dos fenómenos, dice el censor que para la tenencia "basta la detentación material, y en cambio la posesión exige no solamente la tenencia de la cosa sino el ánimo de tenerla para sí", como señor y dueño. Pero que es "necesario que este *animus*, que esta voluntad, aparezca del *título mismo en virtud del cual se detenta*, o constituya un reflejo de la misma situación posesoria".

Con este pensamiento, pasa a ocuparse en determinar si quien posee por razón de una promesa de compraventa es poseedor o simple tenedor de la cosa. Y al efecto, sacando del olvido una antigua doctrina de la Corte, a que también se refiriera el Tribunal, dice que la promesa de venta no es título de posesión sino de mera tenencia de la cosa cuya entrega se anticipó a la solemnización de la venta prometida, sos-

tiene que Enrique Díaz Ramírez, quien recibió el inmueble de que se trata con ocasión de la promesa de compraventa que celebró con Helí Arias antes de que éste lo vendiera a Víctor Manuel Quintero Aldana, es un simple tenedor del mismo, mas no su poseedor legal, por no habérsele hecho su tradición por el registro. Vale decir que el Tribunal, al considerar como poseedor al demandado violó directamente, por haberlas dejado de aplicar, las normas de los artículos 762, 775, 785 y 786 del Código Civil; y también, por indebida aplicación, las disposiciones de los artículos 946 y 952 *ibídem*, por cuanto, según estos últimos, la acción de dominio es la concedida al dueño que no está en posesión de la cosa, para que el poseedor sea condenado a restituirla, y en el asunto que se ventila el Tribunal aplicó estos preceptos a una situación que no correspondía a la planteada en ellos.

Como apéndice de este cargo, el acusador alega también el quebranto del artículo 214 del Código Judicial, por errónea interpretación y aplicación indebida del mismo. Arguye que de que esta norma haga "responsable de la cosa o de su precio" a quien, siendo demandado como si tuviese la cosa en su poder y no la tiene, omite expresarlo así en la contestación, no se sigue que por ello "se adquiera una calidad que no se tiene", como sería la de poseedor, que se requiere para poder decretar contra éste la reivindicación. Así que la errada interpretación de este texto y su indebida aplicación a la especie de la litis, se relievan frente al hecho 8º de la demanda "mediante el cual se señala al demandado no como poseedor, sino como simple tenedor del inmueble", al decir que lo posee actualmente con ánimo de señor y dueño, "con base dizque en una promesa de venta emanada del señor Helí Arias desde el año de 1960 ..."

Y esta infracción del artículo 214 del Código Judicial condujo al sentenciador a entender y aplicar erróneamente "las anteriores disposiciones propuestas como motivo de casación".

Segundo cargo. Por éste se alega la violación de los artículos 946, 952 y 762 del Código Civil y 214 del Código Judicial, a consecuencia de los errores de hecho cometidos por el Tribunal, así:

"Al interpretar y valorar las pruebas presentadas dentro de la acción, y en especial el contrato de promesa de compraventa celebrado entre Helí Arias R. y Enrique Díaz Ramírez, al igual que la declaración rendida por el mismo promitente vendedor señor Helí Arias R.".

"Al interpretar y valorar la prueba que constituye la demanda en sí misma, y que contiene en el hecho octavo (8º) una confesión de que el demandado Díaz Ramírez es un simple detentador de la cosa a nombre y a representación de su dueño y en virtud de un contrato de promesa de compraventa".

Porque de estas pruebas que simplemente revelan una tenencia, el Tribunal, basado en una promesa de compraventa, adujo una posesión que no podía tener cabida estando pendiente esa relación contractual.

Así que "por esta errónea interpretación de los hechos de la demanda y de las pruebas llevadas al juicio, el Tribunal equivocó la naturaleza, las consecuencias y los efectos de la acción incurriendo así en error de hecho que trajo como consecuencia la violación indirecta de las ormas sustantivas citadas".

Tercer cargo. Su enunciado es el siguiente:

"El hecho octavo (8º) de la demanda contiene en sí mismo una confesión y como tal debe tomársele en razón a que el demandante manifiesta allí conocer el contrato de promesa de compraventa suscrito entre Helí Arias y Enrique Díaz Ramírez en el año de 1960.

"A tal afirmación, no dio el Tribunal el valor probatorio que señala el artículo 607 del Código Judicial, dejando totalmente sin apreciación alguna este medio probatorio de incidencia en las resultas de la acción.

"Se produjo así un error de derecho en el juzgador al olvidar esta confesión que desvirtuaba desde su comienzo la acción intentada y por cuya violación indirecta acuso igualmente el fallo".

Cuarto cargo. Está planteado por la causal de incongruencia, en cuanto que por "la petición cuarta (4ª) del libelo expresamente se solicitó la condena a los frutos 'naturales o civiles', o sea, que se solicitó la condena a una u otra clase de frutos. La sentencia del Tribunal condena al demandado en el ordinal b) de la parte resolutiva a pagar al demandante 'el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble'.

"Se ha incurrido así por el sentenciador en una *plus petita*, por cuanto ha habido una condena a más de lo pedido".

Consideraciones de la Corte

A los cargos primero y segundo:

Si bien éstos difieren en que el uno está deducido por lesión directa de la ley sustancial y el otro por infracción indirecta de ella, se aúnan en el fondo, al coincidir, así en la indicación de algunas de las normas que se pretenden violadas, como en el motivo clave dado por el recu-

rrente a toda esa acusación, cual es el de que el Tribunal, confundiendo tenencia con posesión, en cuanto ésta exige el *animus domini* y aquella no, tuvo al demandado como poseedor, cuando apenas sería un simple tenedor por haber entrado a ocupar el inmueble en razón de una promesa de compraventa, error que lo llevó a decretar la reivindicación contra quien, como tal tenedor, no puede ser sujeto pasible de la misma.

Así que la refutación del primer cargo golpea de igual modo en el otro, si éste no se encontrase ya frustrado en su propio campo, pues que el Tribunal vio y entendió las pruebas a que se refiere el segundo, sin hacerles decir nada distinto de lo que ellas expresan, hasta el punto de acudir, para acoger la demanda, a la aplicación del artículo 214 del Código Judicial, por estimar que la existencia de la promesa de compraventa, que dio origen a la ocupación ejercida por el demandado, es un factor excluyente del *animus domini* y, en tal virtud, elemento negativo de la posesión.

No se discute que si la posesión *y la* tenencia *tienen un aspecto común, cual es el material o "corpus", se diferencian específicamente en que en la tenencia ésta se realiza por el sujeto de la misma, "no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño" (artículo 775 del Código Civil), al paso que en la posesión el poderío sobre la cosa se ejerce "con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño* o el que se da por tal, *tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él" (artículo 762* ibídem*).*

Pero, no es acertado pensar, cual lo hace el recurrente, que este ánimo de dueño sólo pueda tenerse, como factor generativo de la posesión, cuando se funda en un título que de ser regular sería apto para la adquisición del dominio. Porque esa intención de señorío o voluntad de portarse como dueño en el inicio de la ocupación de una cosa, constituye una situación subjetiva que podría darse aún en circunstancias en que faltase un título legítimamente de la posesión. Claro es que en esta hipótesis, por no proceder de justo título, la posesión sería irregular *(artículo 764), pero no dejaría por ello de estar imperada por el* animus domini *que concurre a darle tal carácter de posesión.*

Tiénese, entonces, que en el caso de la litis, en que las partes, por haberlo pactado así, anticiparon desde el principio la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, la situación del prometiente comprador, que recibió materialmente la cosa, no era la de quien viniese a tener ésta para el prometiente vendedor, sino la de quien entraba a ocuparla por cuenta propia, es decir con ánimo de señor y dueño, y a la espera de que por aquél se le otorgase la escritura pública de la venta, única formalidad faltante en orden al perfeccionamiento del negocio. Vale decir que la situación del prometiente comprador era, desde el momento en que la cosa objeto de la venta prometida le fue materialmente entregada, la de un verdadero poseedor, así fuese irregular, porque al recibirla para sí en cumplimiento anticipado de la prevista compraventa, infundió a su tenencia el ánimo de dueño.

Es por esto por lo que la antigua doctrina de la Corte, a que se refieren el Tribunal y el recurrente, y que consideraba como mero tenedor a quien había recibido la cosa con base en una promesa de compraventa, no tuvo perduración. Y así puede verse que, en sentencia de casación de 12 de abril de 1958, la Corte, al estudiar la posición del prometiente comprador que ha recibido la cosa dijo: "En realidad N. N. recibió las cosas en posesión material con ánimo de dueño que es lo que cuenta en esta materia, no como simple tenedor a nombre de otro, y sobre esta base sí puede fundarse una acción de dominio o reivindicatoria (LXXXVII, página 696).

Y en igual criterio se inspira el fallo de casación de 18 de febrero de 1964, en donde la Corte consideró poseedor aunque irregular, a quien estaba en el goce de un inmueble con base en un contrato de promesa de compraventa (CVI, páginas 103 a 105).

Estas consideraciones, aplicadas al caso presente, llevan a la conclusión de que siendo el demandado Enrique Díaz Ramírez, poseedor material del inmueble de que se trata, con apoyo en la promesa de compraventa a que se ha hecho referencia, bien podía ser sujeto pasivo de la acción reivindicatoria contra él intentada por Víctor Manuel Quintero A.

Todo lo cual significa que los cargos primero y segundo de la demanda de casación no tienen procedencia.

Al cargo tercero:

La exposición literal que del mismo se hizo atrás, muestra que de cargo en casación por la causal primera, no tiene sino el intitulado, en cuanto que está reducido a alegar un error de valoración probatoria en punto de confesión, sin esgrimir censura alguna por quebranto de derecho sustancial, lo cual no configura cargo alguno en el recurso extraordinario.

Esta acusación es, así, inane.

Al cargo cuarto:

La tacha de incongruencia que por éste se alega, pretende fundarse en el hecho de que la sentencia condena al demandado, a pagarle al actor "el valor de los frutos naturales y civiles" del inmueble reivindicado, siendo así qce por este aspecto el demandante solamente pidió "el valor de los frutos naturales o civiles".

Ante todo es de considerar que *la condena al pago de frutos no requiere súplica formal, como que su otorgamiento, en los casos a que haya lugar, es de aquellas que por ministerio de la ley debe hacer el sentenciador, sin que, por lo tanto, quepa incongruencia en la hipótesis de que se decrete el pago de frutos, sin haber sido solicitado en la demanda.*

Cuando el artículo 964 del Código Civil trata de la condena a restitución de frutos en la reivindicación, se refiere a "los frutos naturales y civiles de la cosa", conjuntamente. Ello porque, siendo unos y otros de naturaleza distinta, no se excluyen entre sí.

Lo que ocurre en este caso es que el Tribunal entendió ese pasaje de la demanda de acuerdo con el derecho, por no aparecer en ella ninguna intención de parte del actor para establecer entre frutos civiles y naturales alternativa alguna, de que no se insinúa razón en el libelo. Es decir que, contemplado éste a la luz de la ley, y aún con apoyo gramatical en el tercero de los significados de la conjunción *o*, según el diccionario de la Academia, esto es cuando "denota además idea de equivalencia, significando *o sea, o lo que es lo* mismo", resulta que la interpretación dada por el Tribunal a la demanda y que como tal no ha sido atacada en casación, es la exacta, al entender que se solicitó la condena a ambas clases de frutos. Así que la decisión en este sentido resulta congruente.

Se rechaza el cargo.

No habrá lugar a la imposición de costas en el recurso, a virtud de la rectificación de doctrina.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

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, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández, Arturo C. Posada, Conjuez.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

Salvamento del Conjuez, doctor Posada

Mi desacuerdo no toca con la parte resolutiva del fallo, porque la sentencia acusada tiene como único soporte la aplicación del artículo 214 del Código Judicial en razón de que el demandado Enrique Díaz no manifestó en la contestación de la demanda principal si era o no poseedor del inmueble, objeto de la misma. Y la tacha formulada al respecto no prosperó por carencia de técnica. En estas condiciones, las demás censuras por errores en la apreciación de las pruebas y por infracción directa de normas sustantivas, sin desvirtuar el único fundamento de la sentencia acusada, eran intrascendentes aunque aparecieran demostradas. Finalmente la acusación de incongruencia carecía de todo respaldo legal.

Mi disentimiento se refiere a la afirmación que encierra la parte motiva del fallo en el sentido de que la entrega que se hace como efecto de una promesa de compraventa constituye necesariamente una posesión. El único argumento que se expone es que el ánimo de señor o dueño es una situación subjetiva que puede darse aun en circunstancias de que falte el título. Y concluye para el caso de la litis que, por haberlo pactado las partes, anticiparon la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, y así el prometiente comprador recibió la cosa no para tenerla en nombre del futuro vendedor sino para ocuparla con ánimo de señor y dueño.

En refuerzo de este único argumento se citan dos fallos de la Corte, y se transcribe un aparte del primero.

Es de anotar que el contrato de promesa de celebrar una compraventa únicamente produce la obligación de hacer, o sea, la de celebrar el contrato prometido en los términos estipulados. La promesa por sí sola no puede generar ninguna de las obligaciones del contrato prometido, como sería el pago del precio por el futuro comprador, y la entrega de la cosa por el prometiente vendedor. La entrega anticipada de una parte del precio y de la cosa, por lo mismo que no

son de la esencia ni de la naturaleza de la promesa, requieren un pacto adicional que debe ser lo suficientemente expreso para poder afirmar que el dinero se dio como parte del precio, y la entrega del bien con alcance de posesión. Tal ocurre en el caso de este litigio: el documento que contiene la promesa dice expresamente en la cláusula tercera que el prometiente comprador ha entrado en posesión material del predio. Esta estipulación sí permite concluir que el *ánimus domini* del futuro comprador está respaldado en la voluntad del dueño, que, al hacerle la entrega, se despojó de hecho de la pretensión de señor y dueño. Aunque el suscrito puso de presente el pacto contenido en la promesa sobre posesión material, la Sala no aceptó expresarlo en la sentencia, porque se limitaba el alcance de la doctrina.

Pero no se da la misma situación en el evento de que el pacto adicional del contrato de promesa diga solamente que el futuro vendedor le ha hecho entrega del bien al prometiente comprador, porque de ahí no se puede deducir que el primero de los pactantes se ha desposeído de la cosa, ni que, por consiguiente, el segundo la ha recibido con ánimo de dueño, pues la posesión no se presume, y la entrega de un bien sólo lleva consigo el ánimo de dar la posesión material cuando tiene la finalidad de una tradición, bien sea la llamada tradición modo o bien la tradición medio. A este podría agregarse el caso de la entrega de la posesión material de la cosa en virtud de acuerdo expreso de las partes que celebran una promesa de venta.

El argumento de que si en la posesión sin título surge el *ánimus domini,* con mayor razón nace en la simple entrega que se acuerda en una promesa, no es conducente, porque la primera posesión se predica de quien se apodera de un bien con ánimo de hacerse dueño, y por eso la ley reconoce expresamente que la posesión de una cosa se pierde desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya (artículo 787 del Código Civil). De ahí por qué, fuera de este caso, la posesión nace de títulos constitutivos o traslaticios del dominio, al tenor del artículo 765 *ibídem,* de los cuales sí resulta el ánimo inicial de dueño, ya que el subsiguiente sólo se deduce de los actos que constituye el ejercicio del derecho poseído. A estos títulos, en acatamiento a la libertad contractual, se puede agregar el acuerdo con que las partes adicionan la promesa de compraventa en razón del cual el prometiente comprador entra en posesión material del bien.

No es admisible el razonamiento aludido, ya que a la posesión sin título la ley le reconoce el factor subjetivo desde que una persona se apodera de la cosa con el ánimo de hacerla suya, como es el caso del ladrón, o del ocupante de un inmueble ajeno; mientras que a la posesión con título traslaticio de dominio se le exige la entrega de la cosa como consecuencia del acto o contrato en que el tradente transfirió el derecho en ella al adquirente.

Son dos situaciones diferentes, porque en el apoderamiento sin título se tiene una posesión originaria, y en la posesión emanada de un acto traslaticio de dominio resulta una posesión derivativa. Por lo mismo, para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar una posesión material, es indispensable que en la promesa se estipule que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa. Esta posesión sería derivativa, basada en un acto o título del cual aparezca el desprendimiento del ánimo de señor y dueño en el prometiente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador.

Pugna con la lógica, el máximo sustentáculo del derecho, que sin ese pacto claro y expreso se afirme que la simple entrega del bien originada en una promesa de venta o de otro contrato traslaticio de dominio, resulte una posesión, cuando en la misma promesa se reconoce que la cosa prometida no puede considerarla suya el futuro comprador sino el perfeccionamiento de la venta o contrato pactado.

El único antecedente contra la que el fallo llama "antigua doctrina de la Corte", es la sentencia de 12 de abril de 1958, en la que, sin razones de ninguna índole, se dice que el prometiente comprador recibió las cosas en posesión material con ánimo de dueño, no de simple tenedor. La segunda sentencia citada de 18 de febrero de 1964 y que lleva la firma del suscrito como Magistrado, se refiere a un caso semejante al actual, pero considerado por el aspecto que no quiso tener en cuenta la Sala, pues allí se trataba de que al prometiente comprador se le reconoció la posesión del inmueble que traía de antemano y la siguiente a la promesa. En efecto, se lee en dicha sentencia: "Por eso los dueños del mismo terreno celebraron un contrato de promesa de venta con Herrera Pardo sin alterar la situación posesoria de éste ... Hubo por tanto convalidación de la situación del demandado". Esta doctrina, lejos de confirmar la de

la sentencia anterior, la modifica, por cuanto se ventilaba un caso en que la promesa reconoció expresamente la posesión del demandado. Y con base en este reconocimiento sostuvo la Corte la buena fe del poseedor respecto de las mejoras, aparte sobre el cual versó el recurso de casación, no directamente sobre la acción reivindicatoria.

Con el respeto que debo a los señores Magistrados, dejo así expuesto mi salvamento a la parte sustancial de la motivación del fallo que he firmado como Conjuez.

Fecha ut supra.

Arturo C. Posada.

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS

La Ley 51 de 1943 es interpretativa del Código Civil y aplicable también a la comunidad herencial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 10 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán.*

(Acta número 101. Diciembre 6 de 1968).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio adelantado por José Eusebio Gil Rodríguez frente a Ramos o María Ramos Gil y otros.

I

Antecedentes

1. A petición de José Eusebio Gil Rodríguez y Adán Gil Rodríguez, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja declaró, por auto de 4 de noviembre de 1958, abierto el juicio de sucesión intestada de Deogracias Gil y Concepción Rodríguez. En esa misma providencia el juzgado los reconoció como herederos, en su condición de hijos legítimos de los causantes, y dejó constancia de que aceptaban la herencia con beneficio de inventario.

2. En providencia de 10 de diciembre del mismo año, el juzgado tuvo como herederos, también en su calidad de hijos legítimos de los causantes, a Arcadio Gil y Ramos o María Ramos Gil, quienes igualmente expresaron que aceptaban la herencia con beneficio de inventario.

3. El 12 de febrero de 1960 se llevó a cabo la diligencia de inventarios y avalúo de los bienes sucesorales. Como único elemento del activo patrimonial se relacionó un lote de terreno de dos fanegadas y media de superficie, denominado "Tres Esquinas", ubicado en la vereda de "El Gacal" del Municipio de Samacá, determinado por linderos especiales. En dicha diligencia se dejó constancia de que el mencionado terreno fue adquirido por Escritura número 235 de 8 de marzo de 1938, otorgada en la Notaría Segunda de Tunja, mediante la cual el Banco Agrícola Hipotecario lo transfirió en venta a Concepción Rodríguez de Gil.

4. Decretada la partición del inmueble inventariado, éste fue adjudicado a los cuatro herederos reconocidos en el juicio, mas no en comunidad, sino formándole a cada uno de ellos un lotecito equivalente a su respectivo derecho de $ 1.280.00 de valor. La partición fue puesta en conocimiento de los interesados y objetada por José Eusebio Gil Rodríguez, sus objeciones no prosperaron: el Tribunal Superior de Tunja las rechazó por sentencia de 31 de enero de 1962, mediante la cual revocó la decisión del juzgado y aprobó la partición presentada, ordenando las inscripciones correspondientes y la protocolización del juicio.

5. Con fecha 30 de marzo de 1962 José Eusebio Gil Rodríguez demandó a sus hermanos Ramos o María Ramos, Arcadio y Adán Gil Rodríguez, para que con su citación y audiencia y mediante los trámites de un juicio ordinario, se declarase que el demandante es dueño del inmueble de "Tres Esquinas", que fue objeto de partición en la sucesión de Deogracias Gil y Concepción Rodríguez, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria.

Expresa la demanda que el actor ha poseído, quieta y pacíficamente el inmueble, con ánimo de señor y dueño, cultivándolo y manteniendo animales, por un tiempo mayor de treinta años; que en él hizo su casa de habitación para vivir con su mujer y sus hijos, y que entró a ocuparlo porque sus padres "se lo donaron", pero no le

otorgaron el título correspondiente debido a que el demandante "era muy pequeño cuando su padre murió".

6. Adán Gil Rodríguez aceptó los hechos de la demanda, más no así Arcadio y María Ramos, quienes se opusieron a las pretensiones de la parte actora y negaron tales hechos, manifestando que al morir Concepción Rodríguez de Gil en 1958, "el demandante se pasó a vivir en la finca que ahora demanda como suya. La finca la cultivaba y explotaba económicamente y la poseía sin interrupción y sin perturbaciones de nadie, nuestra madre Concepción Rodríguez de Gil".

7. El juez de primera instancia, o sea el Primero Civil del Circuito de Tunja, negó las peticiones de la demanda por sentencia de 12 de marzo de 1964.

Abierto el segundo grado del juicio por apelación del actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja absolvió a los demandados de las declaraciones solicitadas en la demanda, confirmando en esta forma la decisión del juzgado en el particular, según su fallo de 15 de diciembre de 1964, materia del presente recurso de casación.

II

La sentencia acusada

El Tribunal advierte que si no están probados los requisitos indispensables para la declaración judicial de pertenencia en relación con el lote materia de la demanda, ésta no puede prosperar.

En primer término analiza la prueba aducida por la parte demandada (prueba documental y testimonial) y comenta luego:

"De todos estos medios de prueba se deduce sin gran esfuerzo lo siguiente: que el terreno fue inventariado en el juicio de sucesión de los padres del actor, quien intervino en el juicio de sucesión, y que fue materia de adjudicación por el partidor, y que, como allí se expresa, esto es, en el trabajo de partición fue adquirido por su madre, por Escritura número 235 de fecha 8 de marzo de 1938, corrida en la Notaría Segunda del Circuito de Tunja; que, igualmente, sobre el inmueble la causante Concepción Rodríguez, ejercitó los derechos de dueña cultivándolo y lo hizo con su hijo, el ahora actor en acción de pertenencia. Con estos elementos ... se destruye la posesión real por más de 20 años alegada por la parte opositora (sic), sobre el terreno que se ha alinderado y objeto de la acción de pertenencia".

Se refiere luego el fallador a las pruebas de la parte actora, consistentes en las declaraciones de Florentino López, Ismenia Gil de Rodríguez, Manuela Rodríguez, Jesús Gil Rojas, Pío Rodríguez y Gustavo Chacón; expresa que tales testimonios son lacónicos en sus conceptos, que no indican desde qué año y día el demandante entró en posesión del terreno; que muchos de ellos dicen que su madre lo compró; y que por su imprecisión, "porque no indican la razón de sus afirmaciones", ni explican su dicho, tales testimonios "no tienen para el Tribunal una fuerza capaz de destruir la prueba aducida por la parte demandada".

Refiriéndose a la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, el sentenciador advierte que la finca materia de la demanda se encontró poseída por el actor, pero que tal posesión, como se demostró con las declaraciones de la parte demandada, "se ejerció primero por los padres de los litigantes y después de la muerte de Concepción Rodríguez, su progenitora, por el heredero demandante José Eusebio Gil Rodríguez".

Dice luego el Tribunal que "los herederos poseen en nombre y representación de la sucesión de los padres ... y resulta inadmisible aceptar que un heredero posee un terreno que pertenece a sus padres en beneficio propio, con exclusión de los demás herederos"; agrega que "no se demostró la posesión material, con ánimo de señor y dueño, durante más de veinte años y en forma ininterrumpida, en la forma que la ley lo exige".

III

El recurso

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, ambos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo. Se hace consistir en quebranto directo, por falta de aplicación de los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943 y en violación, también directa, de los artículos 669, 762, 2512 y 2518 del Código Civil y 2º y 5º de la Ley 120 de 1928.

La censura expresa que para el Tribunal los herederos poseen en nombre y representación de la sucesión de sus padres, por lo cual resulta inadmisible aceptar, según el fallador, "que un heredero posee un terreno que pertenece a sus padres en beneficio propio, con exclusión de los demás herederos".

El recurrente dice que este concepto del Tribunal está en desacuerdo con los artículos 1º y 2º parágrafo 2º de la citada Ley 51 de 1943, porque tales artículos permiten la prescripción entre comuneros, cuando quien la alega posee materialmente, en las condiciones legales, el predio común o una parte de él, sin hacer exclusión de las comunidades herenciales.

Agrega el censor que el demandante ha ejercitado una acción a que le da derecho la Ley 51 citada, y que el fallo es equivocado, habiendo quebrantado el Tribunal, directamente, las disposiciones citadas en la censura, al dejar de reconocerle al actor el derecho que tiene a que se le declare dueño por prescripción del bien que ha explotado económicamente durante más de 20 años.

Concluye el cargo con la observación de que siendo interpretativas del Código Civil las disposiciones de la Ley 51 de 1943, también fueron quebrantados por el sentenciador los artículos de dicho Código y de la Ley 120 de 1928, citados por el recurrente.

La Corte considera

La Ley 51 de 1943 consagró, de manera expresa, la prescripción entre comuneros. Su artículo 1º preceptúa, en efecto, que el comunero que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común proindiviso o una parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente.

El artículo 2º de la misma ley faculta al comunero para demandar la declaración judicial de pertenencia sobre lo que tenga explotado económicamente en el indiviso, presumiéndose que el lote poseído por el peticionario equivale a su derecho en la comunidad.

La acción para obtener la declaración judicial del dominio, puede instaurarse aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad, como lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º citado. El parágrafo 2º de este mismo artículo expresa que la acción de pertenencia podrá ejercitarse por los respectivos representantes reconocidos legalmente, cuando la posesión o las mejoras en un predio indiviso pertenezcan a una sucesión, herencia yacente, concurso de acreedores, sociedad civil o comercial, etc.

La citada Ley 51 de 1943 es interpretativa de las normas del Código Civil sobre usucapión y su expedición tuvo por objeto dejar en claro que es posible la prescripción entre comuneros, para poner término a una interpretación en contrario de los textos civiles, que se había abierto paso, con algunas excepciones, en juzgados y tribunales.

El citado Código establece, sin hacer distinciones, que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales (artículo 2518). No se conservó expresamente en el Código Colombiano, ni en el Chileno que le sirvió de modelo, la prohibición del viejo derecho español de usucapir entre comuneros. Esto no obstante se había abierto paso la teoría de la imprescriptibilidad entre condóminos fundada principalmente, en los artículos 943 y 2525 del referido estatuto.

La primera de estas disposiciones, incluida en el Capítulo IV del Título XI del Libro II del Código Civil, relativo a la extinción de las servidumbres, preceptúa que "si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno". El segundo de tales artículos, ubicado en el Capítulo II del Título XLI del Libro IV del mismo Código, que trata de la prescripción con que se adquieren las cosas, dice que "si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras".

Con fundamento en estas disposiciones se había sostenido que cada comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, no exclusivamente para sí, sino también a nombre de sus condueños, porque el condominio creaba solidaridad entre los comuneros respecto de la posesión y de sus efectos. Se decía que había una especie de mandato tácito entre los copropietarios y con base en esas ideas se edificó la doctrina de la imprescriptibilidad entre comuneros.

Las transcritas disposiciones del Código Civil se refieren a las relaciones de los comuneros con terceros, no a las relaciones de éstos entre sí, y con aplicación de las mismas al juez ante quien se ventile un litigio sobre servidumbre activa en favor de una comunidad, le basta la prueba de que tal servidumbre se ha ejercido por uno siquiera de los que tienen derecho en el predio común, para que la prescripción se considere interrumpida respecto de todos.

Pero estas relaciones de los comuneros con terceros, en manera alguna significa la existencia de un mandato tácito de los copropietarios no poseedores para que los comuneros poseedores ocupen la propiedad en nombre de aquéllos. La solidaridad que efectivamente existe entre los condóminos se reconoce solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del indiviso, como lo dijo la Corte en fallo de 26 de julio de 1950 (Gaceta Judicial, *Tomo LXVII, páginas 458 y siguientes).*

Así entendidas las normas de los artículos 943 y 2525 del Código Civil, no había por qué exceptuar al comunero del derecho a ganar por prescripción, frente a los demás comuneros, el todo o la parte del fundo proindiviso que poseyese materialmente, en las condiciones legales. Mas para acabar con toda duda, el legislador quiso interpretar auténticamente las reglas del Código Civil sobre usucapión, y expidió entonces la Ley 51 de 1943, que en forma expresa consagró el principio de la prescripción entre comuneros, como se dijo antes. Sus ordenamientos no se refieren a determinadas comunidades y no excluyen, por tanto, a la comunidad universal llamada herencia.

Es el caso de reafirmar aquí la doctrina de la Corte, expuesta en fallos anteriores, en el sentido de que el reconocimiento que un comunero haga de la existencia de la comunidad, no se opone al ejercicio de la acción de pertenencia, según la Ley 51 de 1943; y de que, por consiguiente, el comunero puede prescribir en su carácter de tal, conforme a dicha ley, contra los demás comuneros o contra terceros extraños a la comunidad, siempre que su posesión haya sido exclusiva, por el tiempo requerido para usucapir ordinaria o extraordinariamente (Gaceta Judicial, *Tomos LXVII, página 448, LXVIII; página 15 y LXXIX, página 555).*

Lo dicho pone de manifiesto que le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal cometió error jurídico al decir que "resulta inadmisible aceptar que un heredero posee un terreno que pertenece a sus padres en beneficio propio, con exclusión de los demás herederos".

Por tanto, el cargo es fundado, mas no por ello habrá de casarse la sentencia impugnada porque el fallador se basó principalmente en que el actor no probó la posesión exclusiva del predio, por el término que la ley establece para la prescripción extraordinaria, conclusión a que llegó después de analizar las pruebas aducidas por la parte demandada, de donde dedujo que la posesión personal del demandante sólo podía contarse desde la muerte de Concepción Rodríguez, su madre; y este aspecto de la sentencia, que no ha sido materia de ataque en casación, es suficiente para dejar en pie la decisión del Tribunal. En casos como el presente la Corte cumple su misión con hacer la rectificación doctrinaria correspondiente.

Segundo cargo. Se formula así: "Incurrió el Tribunal en violación indirecta de los preceptos sustantivos que gobiernan la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, al dejar de aplicar al caso del pleito, por haber considerado que el actor no demostró la posesión material, con ánimo de señor y dueño, durante más de 20 años y en forma ininterrumpida ... conclusión a que llegó mediante manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas".

Dice la censura que el sentenciador no tuvo en cuenta la confesión de Adán Gil Rodríguez, quien aceptó los hechos de la demanda al dar contestación al libelo inicial, confesión que "perjudica y obliga a todos los demandados" y que hace plena fe a tenor de los artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial; que tampoco tomó nota de la presunción consagrada en el artículo 762 del Código Civil, el cual reputa dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo, ni de la prueba de inspección ocular practicada en el juicio, que demuestra plenamente la identificación del inmueble y que éste se encontraba poseído materialmente por el actor; que, además, erró de hecho el Tribunal al apreciar las declaraciones de Florentino López, Manuela Rodríguez, Ismenia Gil de Rodríguez, Gustavo Chacón, Enrique Rodríguez, Jesús Gil y Pío Rodríguez, quienes dan fe de que el demandante ha venido poseyendo el terreno desde hace más de 20 años, explotándolo económicamente con cultivos y viviendo en él con su familia; que todos estos testimonios, de personas mayores de 40 años, por ser colindantes unos, por vivir en la misma vereda otros y por ser familiares de ambas partes algunos de ellos, "constituyen plena prueba de acuerdo con el artículo 697 del Código Judicial".

Finaliza el cargo con la manifestación que hace el recurrente de que tales testimonios "están indicando que el Tribunal, por no haber hecho la verdadera apreciación de la prueba, incurrió en un manifiesto error de hecho, que conlleva la violación de los preceptos sustantivos que gobiernan la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio".

Se considera

El cargo está mal formulado, porque siendo por error de hecho en la apreciación de pruebas, el recurrente ha debido citar las disposiciones de orden sustancial que gobiernan la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio y que según el impugnante el Tribunal no aplicó a consecuencia del error de hecho que le atribuye. Esa cita es indispensable, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, para que ésta pueda entrar en el estudio de la censura. Esta sola omisión es suficiente para despachar el cargo en forma adversa a las pretensiones del recurrente.

De observar es, además, que no obstante haberse planteado el cargo por error de hecho, respecto de los testimonios a que el impugnante se refiere éste hizo derivar la censura al ámbito del error de derecho o valoración probatoria en la ponderación de las mismas declaraciones, lo que fuera de ser contrario a la técnica del recurso en cuanto no cabe alegar conjuntamente en un mismo cargo esas dos especies de error, adolece del defecto capital antes anotado de no haberse indicado las normas de carácter sustancial que en sentir del recurrente hubieran sido quebrantadas por el sentenciador, única forma que permitiría a la Corte entrar a fondo en el estudio de la acusación.

Por tanto, la censura es impróspera.

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 fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas en el recurso por no haber lugar a ellas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo M.
Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La del abogado en el ejercicio profesional. — La del acreedor por faltas del depositario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 13 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 4 de los corrientes, según Acta número 100 de esa fecha).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Pedro Vargas Lasso frente a Agustín Perdomo Ipuz y otro.

El litigio

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva, Pedro Vargas Lasso citó a juicio a Agustín Perdomo Ipuz y a César Perdomo Cabrera, para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hiciesen las siguientes declaraciones: que los demandados deben pagarle al actor:

a) La suma de $ 15.000.00 o la fijada pericialmente, por concepto de los perjuicios causados a aquél "con el embargo y secuestro excesivo, con ilicitud intencional y dolo protuberante, de semovientes vacunos e inmuebles" en el juicio ejecutivo que le siguieron dichos demandados en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Neiva;

b) La suma de $ 24.011.00 o la fijada pericialmente, por concepto del lucro cesante que éste sufrió a consecuencia de las mencionadas medidas cautelares, en cuanto ellas recayeron sobre un hato lechero que le producía al actor un promedio de $ 531.30 mensuales;

c) La suma de $ 4.000.00, valor "de ocho reses, dos vacas y seis becerros que se extraviaron durante el tiempo del secuestro", y

d) Que, subsidiariamente se condene a los demandados al pago de la suma de $ 10.000.00 y a la de $ 31.011.00 o a la fijada por peritos, por concepto de los aludidos perjuicios. El libelo ejercita las precitadas acciones en forma solidaria contra los dichos demandados.

Fúndase la *causa petendi* en los hechos, cuyo relato, prescindiendo de los comentarios del libelista, se extractan así:

a) Agustín Perdomo Ipuz le confirió poder al doctor César Perdomo Cabrera para que formulara acción judicial contra Pedro Vargas Lasso para hacer efectiva una deuda por concepto del valor de pastajes de ganados de éste, "lo que no era así pues se los había dado a partir multiplicos"; en ejercicio de tal poder, el mandatario citó a Pedro Vargas Lasso ante el Juez 2º Promiscuo de Neiva a absolver posiciones, las que no fueron rendidas por éste, a pesar de haber sido citado para tal fin, "según se dice":

b) Por esta causa, a petición del apoderado Perdomo Cabrera "y sin fórmula de juicio incidental", el juzgado declaró confeso a Vargas Lasso, y con tal prueba se inició contra éste demanda ejecutiva ante el Juez 1º Promiscuo Municipal de Neiva, como también se pidió y obtuvo el embargo y secuestro preventivos de un toro reproductor de raza cebú y de la cosecha de un cacaotal que el demandado tenía en su finca San Agustín, cita en el Municipio de Rivera;

c) Pese a que el valor del mencionado toro cebú era suficiente para solucionar la pretendida deuda a cargo de Vargas Lasso, el apoderado Perdomo Cabrera adicionó las referidas medidas cautelares, pidiendo que se hicieran extensivas a "35 cabezas de ganado vacuno propio de lechería con sus correspondientes crías", solicitud a que accedió el juzgado del conocimiento;

d) El mandamiento ejecutivo que se libró contra Vargas Lasso, por concepto de pastajes de

41 reses a razón de $ 12.00 cada una en varios meses y con deducción de un pago que éste hiciera por $ 200.00, lo fue por un total de $ 3.736.00, intereses moratorios y costas;

e) Al intimársele el mandamiento al ejecutado Vargas Lasso, éste manifestó que no era deudor del ejecutante ni denunciaba bienes para el pago, lo que se explica porque entre dichas partes las relaciones existentes provenían de un contrato "en virtud del cual éste le dio a aquél un número de ganado vacuno hembra a partir multiplicos o mejor a partir los productos";

f) El ejecutante Perdomo Ipuz y su apoderado Perdomo Cabrera sabían que Vargas Lasso no sabía firmar, era analfabeto, físicamente imposibilitado a consecuencia de heridas sufridas años antes y, por tanto, "acomplejado", no obstante lo cual, a más de las irregularidades de que adolecían las diligencias de absolución de posiciones ya aludidas, aquéllos procedieron al embargo y secuestro de los bienes de éste en vísperas de vacaciones, privándolo "de un número considerable de ganado, por añadidura el de la lechería que le daba con qué vivir, etc. y que así pagara lo que no debía";

g) El apoderado Cabrera Perdomo, en su condición de abogado, sabía que la declaratoria de confesión presentada como título de recaudo ejecutivo estaba viciada de nulidad, que de ella solamente se desprendía una obligación por $ 3.736.00 y que el Juzgado Promiscuo Municipal no era competente para conocer del juicio;

h) El secuestro de los bienes embargados en éste se efectuó el 16 de diciembre de 1960 y fueron avaluados posteriormente en $ 31.600.00, sin incluir la cosecha de cacao;

i) El ejecutado Vargas Lasso tuvo que defenderse, hacer viajes y gastos, y nombrar apoderado en el juicio, el cual propuso las excepciones del caso que prosperaron en segunda instancia;

j) Consecuencialmente, los bienes secuestrados le fueron devueltos al ejecutado el 27 de octubre de 1961;

k) Debido al exceso en el embargo y, por ende, del abuso del derecho cometido en forma solidaria por los demandados, el ejecutado quedó privado de la tenencia y usufructo de sus bienes durante más de diez meses, incurrió en los gastos y erogaciones necesarios para su defensa, y también sufrió la pérdida de semovientes que se extraviaron durante el secuestro.

Los demandados se opusieron a las pretensiones del actor y negaron la mayoría de los hechos y conceptos expuestos por aquél. En particular, el doctor Perdomo Cabrera negó que entre su poderdante y él existiera solidaridad, y que su responsabilidad era "la de defender los derechos de aquél en forma honesta y adecuada". Por su parte, Perdomo Ipuz expresó que "al conferirle poder al doctor Perdomo Cabrera fue para que obrara dentro de los mandatos especiales de la ley y de ninguna manera el poder lo autoriza para que cometa errores o para que los cometiera si esto fue así ... al conferirle dicho poder lo hizo desde luego por ignorar las prescripciones del derecho y como tal no ser abogado titulado".

El primer grado del juicio finalizó con sentencia que resolvió:

"1º Declarar que el señor *Agustín Perdomo Ipuz* al solicitar las medidas preventivas para asegurar el pago de la suma de tres mil setecientos treinta y seis pesos que dijo el señor Pedro Vargas Lasso le adeudaba por pastaje de unos animales, pretextando no hacer el juicio ilusorio en sus efectos, *abusó* del derecho que la ley le otorgaba para pedirlas y obtenerlas, pues sin emplear la prudencia y diligencia que toda persona debe usar en el ejercicio de sus derechos, se excedió en el embargo y el secuestro de dichos bienes.

"2º El señor Agustín Perdomo Ipuz al solicitar el embargo y secuestro preventivo de bienes de propiedad de Pedro Vargas Lasso en una cuantía notoriamente desproporcionada con relación a la deuda, ocasionó perjuicios al señor Vargas Lasso, perjuicios que debe indemnizar.

"3º Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condena al señor Agustín Perdomo Ipuz, mayor y vecino de Neiva, a pagar al señor Pedro Vargas Lasso la cantidad de *veintiséis mil ciento setenta y cinco pesos* ($ 26.175) tres días después de la ejecutoria de esta sentencia por razón de los perjuicios sufridos por éste como lucro cesante de 35 vacas paridas secuestradas y los nueve semovientes desaparecidos durante el tiempo y con ocasión del secuestro.

"4º Se absuelve al doctor César Perdomo Cabrera de los cargos hechos en su contra en la demanda.

"5º Costas a cargo del demandado".

Por recurso de apelación interpuesto por el actor surtióse la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Neiva, el cual, en fallo del 16 de marzo de 1965, confirmó la precitada providencia y condenó al actor en las costas del recurso.

La motivación del fallo del Tribunal

Relacionados los antecedentes del litigio y el desarrollo del mismo, procede el sentenciador a fundar su propio pronunciamiento.

Comienza por observar que, a falta de ley expresa al respecto, la jurisprudencia ha desarrollado la teoría de la responsabilidad por el abuso del derecho, como una variante o especie de la extracontractual o aquiliana, originada en la simple negligencia o imprudencia o en la intención dolosa. "El ejercicio de un derecho ha de realizarse, por consiguiente, sin perjudicar a los demás ni causarles daño. El hombre no es responsable en el ejercicio de sus derechos desde el momento en que haya tomado todas las precauciones aconsejadas por una prudente conducta, pero si obra con negligencia o falta de cuidado, o con intención de causar daño, responde como autor del mismo", y esto por aplicación del artículo 2341 del Código Civil.

Considera que en el caso *sub lite* es acertada, en principio, la condenación pronunciada por el juez del conocimiento contra el demandado Perdomo Ipuz, por haber éste abusado de su derecho al embargar imprudentemente y con exceso bienes del actor. En efecto, en el fallo apelado se estima injustificable el embargo y secuestro de 35 vacas paridas, "sencillamente porque el total de la deuda que Perdomo Ipuz cobraba a Vargas sólo ascendió a la suma de $ 3.736.00 que sumados a los intereses y costas del juicio no hubiesen sobrepasado a los $ 5.000.00", cantidad ésta que, conforme a los testimonios rendidos en el juicio, podía haberse satisfecho con el sólo valor del toro cebú reproductor primeramente embargado en el procedimiento ejecutivo.

En cuanto al monto de la condenación por perjuicios impuesta a Perdomo Ipuz y que ascendió a la suma de $ 26.175.00, advierte el Tribunal que esta fijación no puede ser modificada, ni en el sentido de aumentarla porque los autos no ofrecen base para ello, como tampoco en el de disminuirla porque el nombrado Perdomo Ipuz se conformó con el fallo del primer grado, ya que no interpuso contra éste el pertinente recurso de apelación. Sin embargo, por vía de rectificación, formula observaciones acerca de algunas de las bases tenidas en cuenta por el inferior en su liquidación de los perjuicios sufridos por el actor.

En lo que toca con el lucro cesante ocasionado por el secuestro del hato lechero, desde la intimación del mandamiento ejecutivo hasta la restitución del mismo a Vargas Lasso, fijado por el juez en $ 21.375.00 según dictamen pericial, se observa que aquél no tuvo en cuenta que tal cantidad correspondía al producido bruto del hato, del que lógicamente se han debido deducir los gastos de operación para así obtener el producto líquido, cuyo valor representaría propiamente el perjuicio sufrido por el actor a título de lucro cesante.

Respecto del daño emergente concretado por el juez en la suma de $ 4.800.00, también con base en el ya aludido experticio, y que se hace consistir en la falta de entrega por el secuestre de 9 cabezas de ganado, el Tribunal censura exceso en la condenación por cuanto el demandado solamente había pedido por tal concepto la suma de $ 4.000.00. Además, se estima que la decisión, en sí misma, carece de asidero legal, porque según las reglas generales que gobiernan el contrato de depósito y el secuestro, en especial las contenidas en los artículos 2253, 2273 y 2274 del Código Civil, la responsabilidad por el extravío de aquellos semovientes era de cargo exclusivo del secuestre y no del demandado Perdomo Ipuz. A la propia conclusión y por las mismas razones se llega en lo relativo a la súplica de indemnización de los perjuicios que el actor dice haber sufrido por "merma" durante el tiempo del depósito judicial.

De otro lado, el Tribunal declara su acuerdo con la absolución impartida por el juez del conocimiento al demandado Perdomo Cabrera, por haber obrado éste en el juicio ejecutivo contra Vargas Lasso como mandatario de Perdomo Ipuz, o sea por cuenta y riesgo de éste. De la definición que del mandato trae el artículo 2142 del Código Civil, concluye aquél que "los efectos del acto ejecutado por el mandatario se producen para el mandante, porque siendo el mandatario su representante, no se trata de dos personas que obran, sino de una sola que actúa representada por éste". "La responsabilidad de éste es contractual frente al mandante, porque debe ejercer el mandato dentro de los límites o facultades que le han sido otorgadas, y si así no procede responde ante el comitente". "En cambio la responsabilidad de quien abusa en el ejercicio de un derecho, por sí mismo representado, es extracontractual frente a la persona a quien le causa daño ... Si carecía de poder el abogado o se excedió en el ejercicio de sus funciones, este extremo es materia que tiene que ver con la responsabilidad del mandatario respecto de su mandante. El mandatario que ha excedido los límites de su mandato es sólo responsable al mandante, y no es responsable a terceros sino en los casos contemplados en el

artículo 2180 del Código Civil, que no tienen aplicación en el evento de autos".

El recurso extraordinario

Interpuesto por el actor, fúndase en demanda que contiene un solo cargo en el ámbito de la causal primera, por interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 1494, 1603 y 2341 del Código Civil, y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 2142, 2180 y 2182 de la propia obra.

Advierte el recurso que su impugnación al fallo acusado se reduce a la absolución impartida en las instancias al demandado Perdomo Cabrera.

La motivación del cargo destaca la generalidad que revisten los preceptos consignados por los artículos 1494, 1603 y 2341 en cita, en cuanto estos consagran reglas de conducta que, de ser violadas aparejan al infractor la obligación de indemnizar los perjuicios causados a otras personas. Considera que a esas reglas y a esta sanción no escapa el apoderado judicial, que, como en el presente caso, al convertirse en coautor o ejecutor de actuaciones ilícitas, también imputables a su mandante, tal el ejercicio abusivo de acciones judiciales, se hace responsable solidariamente con éste de los daños irrogados a la contraparte. "El abogado tiene deberes propios frente a terceros con los cuales no tenga relación contractual alguna; esos deberes extracontractuales existen hacia aquéllos que son objeto de un procedimiento judicial. Además cuando un daño es causado por sujetos que despliegan una actividad común, o que al menos cooperan a ella, deben considerarse daños causados conjuntamente ..." Así en las actuaciones judiciales "ya porque uno sin cooperación consciente realiza una de las condiciones, el otorgamiento del poder, y el otro actos indebidos, más esta conjunción produce el resultado dañado". Lo dicho se deduce, en el sentir del censor, de los ya mencionados artículos 1494, 1603 y 2341 del Código Civil que, por tanto, no fueron aplicados por el sentenciador, debiendo serlo.

De otro lado, la censura le critica al fallo el haber fundado la absolución del demandado Perdomo Cabrera en los artículos 2142, 2180 y 2182 de la propia obra que "en ningún momento han pretendido excluir al apoderado directamente de la responsabilidad derivada de la ejecución de un acto impropio e indebido en la ejecución de un mandato judicial". Considera que dichas normas solamente regulan situaciones provenientes del contrato de mandato, y no contradicen las anteriormente mencionadas ni son pertinentes a los hechos gobernados por éstas, de donde concluye que aquéllas fueron indebidamente aplicadas por el Tribunal.

Consideraciones de la Corte

I. *En reiterada doctrina esta superioridad ha señalado las diferencias que se dan entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, figuras gemelas, fundadas ambas en el postulado general de derecho, según el cual nadie debe sufrir perjuicio por el hecho ajeno* (nemo ex alteria culpa praegravari debet) *y que son las dos fuentes de las obligaciones indemnizatorias impuestas por tal principio; pero que también tales figuras presentan entre sí rasgos diferenciales y son objeto de tratamientos jurídicos diversos, por ofrecerse ellas en situaciones fácticas igualmente diversas. En efecto, la responsabilidad contractual solamente tiene cabida en el campo del incumplimiento de los actos jurídicos, vale decir, en los eventos de inejecución total o parcial de las obligaciones que estos producen, o de la ejecución defectuosa o tardía de las mismas, cuando tales hechos son imputables a la conducta intencionada o culposa del deudor, a cuyo cargo se impone, entonces, la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por su acreedor. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene un ámbito mucho más amplio, comoquiera que ella no presupone entre las partes la existencia de un vínculo obligatorio concreto nacido de un acto jurídico, sino que tiene operancia general en todos los casos en que la suprema regla del derecho* neminem laedere *resulte violada. Con otras palabras: por el sólo hecho de vivir en sociedad pesa sobre toda persona el deber de comportarse honesta y prudentemente para que sus actuaciones, aun las legalmente permitidas, no rompan esa "justa proporción real y personal" que debe existir entre todos los asociados y de la que depende la tranquila convivencia colectiva. Quien incumple este deber supremo, impuesto por la más primaria de las exigencias de la vida social, inexorablemente contrae la obligación de indemnizar todos los daños que a otros haya irrogado con su conducta deshonesta o imprudente.*

II. *La afirmación de la responsabilidad civil extracontractual en que pueden incurrir quienes ejercen las profesiones liberales, distinta de la contractual a que también están sujetos por el incumplimiento de los convenios que con sus clientes celebren para la prestación de sus servicios, es tema también ya definido por la juris-*

prudencia dentro de los lineamientos de su aludida doctrina general. Así, en sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corte declaró:

"El ejercicio de las profesiones liberales que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trasciende a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionada a las normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan, por lo tanto, el ejercicio honesto de dichas profesiones. Sin la primera, la acción del profesional es científicamente censurable; sin la segunda esa acción puede convertirse en una actividad peligrosa.

"Arranca la responsabilidad del principio universal de derecho *neminem laedere* y comprende y abarca todas las materias concernientes a la actividad humana, según expresión de Lalou (La Responsabilite Civile): en la moral, en las relaciones internacionales, en el derecho público, en el penal y en el privado.

"El principio universal ya expresado, *neminem laedere,* en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual voluntario o no, que perjudique a terceros.

"De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esto da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil, especialmente en el Título XII del Libro IV y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el Título XXXIV, también del Libro IV de dicha obra" (*Gaceta Judicial* número 1953, página 117).

III. *Dentro del precitado orden de ideas no es de recibo la confusión entre la responsabilidad contractual en que puede incurrir el abogado por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con su cliente al encargarse de la defensa en justicia de los derechos de éste, tal como la de emplear honesta y diligentemente los conocimientos científicos y técnicos necesarios para que tales derechos logren el amparo judicial que merezcan, y la responsabilidad extracontractual que pueda derivarse a cargo de dicho profesional por los perjuicios que sus actuaciones intencionadas o culposas puedan ocasionarles a terceros, entre quienes se cuenta la contraparte de su defendido, cuyos intereses legítimos también merecen respeto y están amparados por el postulado general* neminem laedere, *expresamente consagrado por el artículo 2341 del Código Civil.*

IV. *Al establecer la ley las vías procesales para que los particulares puedan hacer valer sus derechos, descarta, en principio, la responsabilidad de aquéllos y de sus procuradores por el empleo normal de dichas vías según el clásico aforismo "a nadie perjudica quien usa de su derecho y ejercita las acciones ordinarias"* (neminem leadit qui jure sou utitur et ordinaria actione experitur).

Por el contrario, quien litiga con temeridad o imprudencia manifiesta y quien emplea las vías de derecho con una finalidad distinta o desproporcionada de la que ha determinado su establecimiento, comete abuso que le acarrea la obligación de indemnizar los daños que así le irrogue injustamente a la contraparte. Y si esta responsabilidad se predica de los litigantes, quienes de ordinario están excluidos de las actuaciones forenses aun en causa propia, por carecer de la formación científica y técnica requerida para su propia defensa, como también para evitar el peligro que dichas actuaciones puedan entrañar para la recta administración de justicia y para el derecho ajeno, con mayores veras tal responsabilidad ha de afirmarse respecto del profesional de la abogacía, en quien se presume esa calificada idoneidad para el cumplimiento de su alta misión de colaborar con los jueces en la debida aplicación de las leyes y de los dictados de la equidad que las presiden. La preceptiva de la responsabilidad civil extracontractual, en cuya cúspide se ubica el principio consagrado por el artículo 2341 de nuestro Código Civil, no admite distinciones: siempre que un daño injusto encuentre su causa única o concurrente con otras en actuaciones jurídicamente censurables, se impone la reparación in integrum *de dicho daño por el agente o agentes de tales actuaciones, sin que ninguno de éstos pueda ser recibido a descargar su responsabilidad en la ilícita conducta concurrente de los otros o en el hecho de haber obrado por cuenta y riesgo de los mismos.*

V. Según lo advierte el Tribunal sentenciador, en la especie *sub lite* se ventila una acción

de responsabilidad civil extracontractual ejercitada por el actor contra quien fuera su demandante en un juicio ejecutivo anterior y contra el apoderado del mismo, ejecución en la cual, a petición del último, se adoptaron con exceso medidas precautelativas sobre los bienes del ejecutado, las que fueron levantadas al prosperar excepciones que demostraron perentoriamente la impertinencia de la acción principal y, por ende, la de esas medidas accesorias.

VI. Sin embargo, como lo critica con razón el recurso, el sentenciador absolvió de toda responsabilidad al aludido apoderado en el juicio ejecutivo, fundándose para ello en la noción del contrato de mandato civil y en normas propias del mismo, las que manifiestamente se refieren a los efectos que pueden producir los negocios celebrados en desempeño de tal mandato, generadores de obligaciones respecto de quienes son los verdaderos partícipes de estos y, eventualmente, respecto de quienes han actuado como representantes de ellos. De esta suerte, el Tribunal incurrió en la confusión entre los regímenes legales de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, confusión ya criticada y declarada por la jurisprudencia de la Corte, según quedó dicho antes.

VII. En efecto, bien sabido es que el mandato es una de las fuentes de la institución genérica de la representación, cuyo efecto principal establece el artículo 1505 del Código Civil, así: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". Por esto, es de la esencia de dicho contrato el que la gestión de los negocios encargados al mandatario sea "por cuenta y riesgo" del mandante, según la definición que trae el artículo 2142 *ibídem* citado por el sentenciador. Tiénese, entonces, que cuando se trata de determinar los efectos de los negocios celebrados por el mandatario, en especial el que deriva del postulado de la normatividad u obligatoriedad de los actos jurídicos, consagrado en el artículo 1602 *ibídem* y desarrollado en otros varios de los propios del contrato en cuestión, ha de tenerse en cuenta que dicho mandatario no es parte en tales negocios, sino un simple órgano de expresión jurídica de su mandante, quien, por tanto, es el llamado a reportar el beneficio y a sufrir las cargas estipuladas "por su cuenta y riesgo". Así, el dicho mandatario, frente a los efectos de los aludidos negocios queda cobijado por el postulado de la relatividad de los actos jurídicos: ellos ni le aprovechan ni le perjudican porque su actuación de mero intermediario no lo convierte en parte.

VIII. Impónese entonces distinguir en primer término entre la responsabilidad contractual en que el mandatario pueda incurrir respecto de su mandante por razón del contrato que a éste lo vincula y de los actos cumplidos por aquél en desarrollo de su encargo, por una parte, y la responsabilidad igualmente contractual de dichos mandatarios derivada de los negocios con terceros en que hayan intervenido, por la otra. Como en razón del mandato, el apoderado contrae obligaciones en pro del mandante, debe cumplirlas de buena fe (artículo 1603), con mediana diligencia y cuidado (artículo 2155), ha de ceñirse a los poderes conferidos por la convención o la ley (artículo 2157), etc., y el incumplimiento de tales obligaciones obviamente compromete su responsabilidad ante el comitente, según las reglas consagradas en el Título XII, Libro IV del Código Civil. Y en lo que toca con los negocios celebrados con terceros por cuenta del mandante, se repite que el mandatario, en principio, no contrae las obligaciones en ellos estipuladas ni compromete su responsabilidad por el incumplimiento de las mismas. Pero, excepcionalmente sucede lo contrario cuando dicho mandatario ha actuado en nombre propio (artículo 2177), o a nombre del mandante, pero comprometiéndose también personalmente (artículos 1506 y 2180, 2º) o cuando hubiere extralimitado sus facultades sin darles a los terceros con quienes negocia suficiente conocimiento de sus poderes (artículo 2180, 1º), con lo cual se convierte en agente oficioso pero sólo respecto del mandante (artículo 2148), a quien el negocio así celebrado le es inoponible por falta de legitimación de su presunto representante, a menos de que tal negocio le sea benéfico (artículo 2308), o por desarrollo jurisprudencial, cuando la contraparte está amparada por la buena fe derivada de un mandato aparente inductivo a error común.

IX. De los anteriores análisis se concluye que el artículo 2142 del Código Civil, que define el mandato, y el 2180 que excluye la responsabilidad contractual del mandatario en los negocios que como tal celebre, salvas las excepciones que la propia disposición consagra, son impertinentes en punto de la responsabilidad extracontractual que en este juicio se ventila según bien lo puntualiza la censura, o sea que la indebida aplicación de tales preceptos está demostrada por el censor.

X. Procede, entonces, el examen del recurso en cuanto también denuncia pretermisión de los artículos 1494 y 2341 del Código Civil. El recurso impugna el fallo por quebranto de dichas disposiciones legales al no haber sido aplicadas a la situación del abogado Perdomo Cabrera, sindicado como ejecutor de las actuaciones judiciales que causaron los perjuicios alegados por el actor.

XI. Establecidos como lo están en los autos: la participación del doctor Perdomo Cabrera en la adopción de las medidas precautelares excesivas que hubieron de ser levantadas al fracasar la acción ejecutiva principal incoada contra Vargas Lasso; los daños sufridos por éste; y el vínculo de causalidad entre tales extremos, pues que de no haberse tomado esas medidas desproporcionadas y, por ello, desviadas de su objetivo legal, estos daños no se habrían ocasionado; y habida cuenta de las consideraciones generales antes expuestas en este fallo en relación con la responsabilidad civil extracontractual y con las normas legales que la gobiernan, entre ellas el citado artículo 2341 del Código Civil, ha de concluirse que también es próspera la censura de quebranto directo de este artículo por parte del Tribunal.

En suma: se impone la casación del fallo acusado.

La sentencia sustitutiva

I. Las razones expuestas en el despacho del recurso extraordinario conducen también a la revocación del fallo de la primera instancia, con las siguientes precisiones:

II. Visto está que el juez del conocimiento declaró que el demandado Agustín Perdomo Ipuz incurrió en abuso del derecho al solicitar y obtener contra Pedro Vargas Lasso las medidas precautelares tantas veces mencionadas en esta providencia, y que, consiguientemente condenó a aquél a pagarle a éste la suma de $ 26.175.00, a título de indemnización de perjuicios consistentes en lucro cesante en la explotación de un hato de 35 vacas y en el daño emergente ocasionado por la pérdida de 9 de los semovientes secuestrados, más las costas del juicio. Con este pronunciamiento se conformó dicho demandado; no así el actor, único recurrente en apelación, por lo cual la decisión que se adopte en este fallo sustitutivo no puede modificar la situación ya definida respecto del nombrado Perdomo Ipuz, en el sentido de reducir la condenación que le fue impuesta por el juez *a quo,* aunque existiesen motivos para hacerlo, pues con ello se incurriría en una *reformatio in pejus* en contra del actor recurrente.

III. Visto está, igualmente, que el fallo del juez del conocimiento absolvió al demandado doctor Perdomo Cabrera de los cargos del libelo, decisión ésta que, según quedó también declarado, pugna con el régimen legal de la responsabilidad extracontractual de los profesionales y con la situación jurídica *sub lite,* ya que en los autos está acreditada y no se ha discutido la participación directa de dicho demandado en las actuaciones judiciales excesivas que fueron causa de los perjuicios irrogados al actor. Por tanto, la condenación pronunciada en el fallo apelado contra Perdomo Ipuz ha de hacerse extensiva al nombrado doctor Perdomo Cabrera, en forma solidaria como lo requieren los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, y la norma especial para casos como el presente consignada en el artículo 294 del Código Judicial, pero con las siguientes advertencias que tocan con los perjuicios alegados por el actor y con el *quantum* de la indemnización de los mismos por este pretendido.

a) En primer lugar, la condenación al doctor Perdomo Cabrera no puede comprender perjuicios distintos ni a cuantía superior de la indemnización que los a que se refiere expresamente el fallo apelado, comoquiera que el actor recurrente en casación redujo sus pretensiones al respecto así: "es decir que se infirme el fallo en cuanto se hace absolución en relación con el citado demandado (doctor Perdomo Cabrera), extendiendo la responsabilidad y la indemnización reconocida por ella (sic), también contra él";

b) Con fundamento en el dictamen pericial rendido en la instancia, el juez del conocimiento estimó que el daño emergente sufrido por el actor y que se hizo consistir en la pérdida de 9 de los semovientes que le fueron secuestrados ascendió a la suma de $ 4.800.00, al pago de la cual condenó al demandado Perdomo Ipuz. Mas, como el demandante en la súplica tercera del libelo les señaló a los dichos semovientes un valor de $ 4.000.00, conclúyese que dicho sentenciador incurrió al respecto en el vicio de decisión *ultra petita* que, si bien no puede ser corregido en relación con tal demandado por haberse conformado éste con el fallo, debe serlo al definir la situación del doctor Perdomo Cabrera, absuelto por el mismo.

Importa declarar por razones doctrinarias que la condenación al demandado últimamente nombrado se funda exclusivamente en la ilicitud de las actuaciones judiciales en que éste partici-

pó y que constituyeron causa ocasional del referido perjuicio, pues en los casos en que el empleo de medidas cautelares no merezca aquel calificativo, obviamente el gestor o gestores de las mismas están amparados por el principio general ya enunciado antes y según el cual está libre de responsabilidad quien usa de su derecho y ejercita sus acciones ordinarias. Así, el acreedor que promueve el embargo y secuestro de bienes de su deudor, usando de estas medidas conforme a la finalidad que ha determinado su establecimiento legal y que estriba en el adecuado aseguramiento de la satisfacción del derecho, no tiene por qué responder de las faltas del depositario en el cumplimiento de las obligaciones que contrae por razón de su encargo, como son las que tocan con la custodia y conservación de los bienes secuestrados. Dicho depositario no es un dependiente de las partes litigantes ni éstas tienen injerencia directa en el manejo de aquél. Por tanto, estando el gestor o gestores de las medidas cautelares exentos de culpa, factor de índole moral que condiciona la responsabilidad civil, también están libres de ésta.

Por el contrario, si como ocurre en el caso sub lite, *el deudor sujeto a ejecución coactiva es privado de la tenencia de bienes suyos por virtud de secuestro manifiestamente excesivo, y así colocado también en la imposibilidad de atender a la conservación de dichos bienes, la pérdida de estos y los deterioros que sufran durante el depósito, si bien pueden ser imputables al secuestre, también lo son a quien, por haberse excedido en el uso de las vías procesales, ha determinado la adopción de la medida impertinente a la luz del derecho. En numerosas ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad* in solidum *de todos aquellos cuya conducta culposa o negligente haya contribuido a la producción de esos daños, por lo cual no pueden ser recibidos a exculparse alegando la conducta igualmente censurable de sus copartícipes. Tal doctrina fluye con toda claridad de normas legales, como los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, cuya aplicabilidad depende, entonces, de una simple regla de apreciación de los hechos, a saber: si el daño se hubiere producido sin la conducta culposa a que se pretende atribuir, no hay responsabilidad; pero si esta conducta obra como causa única o concurrente, dicha responsabilidad queda configurada.*

c) En lo que concierne a la condenación impuesta por el juzgado a Perdomo Ipuz por concepto del lucro cesante sufrido por el actor en la explotación lechera de las 35 vacas que le fueron secuestradas a éste, tiénese que el sentenciador se fundó en dictamen pericial rendido en el juicio, conforme al cual "las treinta y cinco (35) vacas paridas no podían dar menos de ciento cincuenta (150) botellas diarias, las que a razón de $ 0,50 botella dan un total de $ 75.00 diarios, o sean $ 2.250.00 mensuales y en los diez meses diez días que duró el secuestro, según diligencias que obran en el expediente, dan un total de $ 23.250.00". Sin embargo, el juez no acogió el experticio en la forma dicha, pues consideró que el cuestionado lucro cesante no debía computarse durante toda la vigencia de las medidas cautelares, sino desde la intimación que del mandamiento ejecutivo se le hiciera a Vargas Lasso. Así, ateniéndose a las bases del peritazgo, redujo la cuantía de tal lucro cesante a $ 21.375, cifra ésta que no puede ser aumentada al hacer extensiva la condenación al demandado Perdomo Cabrera, por la ya expresada razón de que así lo ha solicitado expresamente el actor recurrente. De otro lado, según ya lo observara el Tribunal, los fundamentos del precitado dictamen pericial también acogidos por el juez del conocimiento, registran el producto bruto de la explotación lechera de las 35 vacas secuestradas, lo que ciertamente no constituye el lucro cesante por tal concepto, pues resulta obvio que a ese producto hay que deducirle los costos de producción para así obtener la utilidad neta que realmente representa el lucro cesante en cuestión.

d) A propósito de los temas a que se refieren los anteriores literales b) y c), el juez *a quo* hace pormenorizado estudio de los elementos probatorios aducidos al juicio para establecer los perjuicios sufridos por el actor, la conducta culposa asumida por la parte demandante en la adopción de las medidas precautelativas contra aquél y del vínculo de causalidad entre tales extremos, hasta llegar a la conclusión de que se encuentran plenamente acreditados los elementos axiológicos de la responsabilidad en que incurriera el demandado Perdomo Ipuz. Las precitadas consideraciones del fallo recurrido son pertinentes a la situación del demandado Perdomo Cabrera. Sin embargo, dicho sentenciador condenó a aquél al pago de la indemnización total de los perjuicios, pese a que el fallo, al ponderar la conducta observada por la víctima parece calificarla de imprudente, aunque no la repute como causa única de los daños por ella sufridos. "El mandamiento de pago —dice el fallo— le fue notificado a Vargas Lasso el día 12 de enero de 1951. A partir de este momento

al ejecutado le quedaban abiertas las vías legales conducentes al juicio ejecutivo para que prestara caución de saneamiento y pedir el desembargo de los bienes y proponer las acciones inherentes a la defensa de sus derechos. Es entonces a partir del 12 de enero de 1961 y hasta el 27 de octubre del mismo año, es decir 9 meses 15 días; con base en esto el monto es de $ 21.375 en esos 9 meses 15 días que duró el secuestro". Y adelante agrega: "La diligencia y cuidado por parte de Perdomo Ipuz para llegar a ser exonerado de la responsabilidad que se le imputa y prueba, no fue demostrada a través de este juicio; tampoco se probó lo contrario o sea que la víctima fue la única culpable con su actitud pasiva de los perjuicios por ella padecidos".

Como se ve, las razones expuestas por el juez *a quo* en el primero de los párrafos transcritos desembocan en la conclusión inexplicable de que el ejecutado comenzó a sufrir perjuicios a consecuencia de las medidas precautelativas, no desde que éstas se consumaron, sino solamente a partir de la intimación a aquél del mandamiento de pago, ilogismo que no puede ser corregido en este pronunciamiento sustitutivo, porque, como ya se dijo, el actor recurrente limitó sus pretensiones a la condenación del demandado Perdomo Cabrera con el mismo alcance de la impuesta a Perdomo Ipuz. Pero, las razones expuestas en los antedichos pasos del fallo del primer grado, sí obligan a otra conclusión que el sentenciador dejó de deducir, a saber: el ejecutado Vargas Lasso también incurrió en culpa al no hacer valer en el juicio su derecho a la reducción del embargo y secuestro excesivos, exponiéndose así imprudentemente a los perjuicios cuya indemnización hoy solicita. En efecto: al tenor del artículo 2º de la Ley 37 de 1932 "Cuando el avalúo dado a los bienes embargados resulte que cubre más del ciento cincuenta por ciento (150%) del total del valor nominal de la deuda líquida, con intereses devengados y costas ya causadas, el deudor tendrá derecho a pedir el desembargo de bienes por el exceso de dicho porcentaje, bienes que serán escogidos por el acreedor o por el juez en subsidio, en cuanto lo permita la divisibilidad de tales bienes y siempre que estos no estén perseguidos por acción real . . ." De otro lado, establecido está en los autos que el mandamiento ejecutivo contra Vargas Lasso se libró el 9 de diciembre de 1960 por la suma de $ 3.736.00 intereses moratorios y costas del juicio (cuaderno 1, folio 7 vuelto); que tal mandamiento le fue notificado a aquél el 12 de enero de 1961 (cuaderno 1, folio 10 vuelto); y que el 16 de febrero de 1961 fueron avaluados los semovientes que a dicho ejecutado le habían sido embargados y secuestrados precautelativamente en la suma de $ 31.600.00 (cuaderno 1, folio 10). Por tanto, a partir de la fecha últimamente mencionada quedaron establecidos los presupuestos señalados en el citado artículo 2º de la Ley 37 de 1932 y el ejecutado tenía expeditas las vías legales para pedir la reducción de aquellas medidas. Si así no lo hizo, incurrió en culpa concurrente con la parte actora y, por consiguiente, si ésta no queda por ello exonerada de responsabilidad, la apreciación del daño sufrido por el ejecutado está sujeta a reducción hasta concurrencia de la mitad del valor de dicho daño, según lo juzga la Corte dándole aplicación al artículo 2357 del Código Civil.

e) En consecuencia, la condena que este fallo le impone al demandado Perdomo Cabrera ha de liquidarse así:

1º La suma de $ 2.000.00, valor de la mitad del daño emergente sufrido por el actor por la pérdida de 9 de los semovientes que le fueron secuestrados en el juicio ejecutivo tantas veces mencionado;

2º La suma que resulte regulada por los trámites del artículo 553 del Código Judicial, por concepto del lucro cesante sufrido por el actor en la explotación de un hato lechero, cuyo producto bruto era de $ 75.00 diarios, desde el 12 de enero de 1961, fecha fijada por el juez *a quo* hasta el 16 de febrero de 1961 en que quedaron avaluados los bienes secuestrados, menos el valor de los costos de producción de la explotación del hato durante el lapso preindicado, y

3º La mitad de la suma que resulte regulada por los trámites del artículo 553 del Código Judicial, por concepto del lucro cesante sufrido por el actor en la explotación del hato, a razón de $ 75.00 diarios a partir del 17 de enero de 1961 hasta el 27 de octubre del mismo año, menos el valor de los costos de producción en la explotación del hato durante dicho lapso.

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 del Distrito Judicial de Neiva en el juicio ordinario de Pedro Vargas Lasso frente a Agustín Perdomo Ipuz y César Perdomo Cabrera, REVOCA el fallo de primera instancia y, en su lugar,

Resuelve:

1º Como lo determinó el juez del conocimiento, condénase al demandado Agustín Perdomo Ipuz a pagarle a Pedro Vargas Lasso, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de veintiséis mil ciento setenta y cinco pesos ($ 26.175.00) moneda corriente, a título de indemnización de los perjuicios sufridos por éste a consecuencia de las medidas precautelares excesivas adoptadas en el juicio ejecutivo que el primero de los nombrados adelantó contra el segundo ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Neiva.

2º Hácese extensiva la condena de que trata el punto anterior al demandado César Perdomo Cabrera, solidariamente con el demandado Agustín Perdomo Ipuz, mas sólo hasta concurrencia de los siguientes valores: la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente por concepto de la pérdida de semovientes del actor Vargas Lasso, ocurrida durante la vigencia de las medidas a que también se refiere el punto anterior, más la suma que resulte liquidada por los trámites del artículo 553 del Código Judicial, por concepto del lucro cesante sufrido por dicho actor en la explotación de un hato lechero de 35 vacas que fue objeto de las mismas medidas precautelares, liquidación que se hará sobre las bases determinadas en la parte motiva de esta sentencia. En cuanto obliga al demandado Perdomo Cabrera el pago al demandante de la referida suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) se hará dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y el de la suma por regular dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente de regulación.

3º Condénase a los demandados en las costas de la primera instancia.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández, Gonzalo Vargas Rubiano, Conjuez.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

RECURSO DE HECHO

Al recurso de hecho debe preceder el de reposición del auto que deniega la apelación. — El juicio de emancipación judicial NO ADMITE CASACION.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón.*

(Providencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 104 de 13 de diciembre de 1968).

Se decide el recurso de hecho propuesto por parte de Inés Restrepo viuda de Escobar, contra el auto del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 17 de septiembre de 1968, que le denegó el recurso de casación respecto de la sentencia de segundo grado, en el juicio de emancipación de sus menores hijas Amelia María e Inés Margarita Escobar Restrepo.

I

En el juicio promovido ante el Juzgado 1º Civil Municipal de Medellín por Luis Restrepo Gutiérrez y otros contra Inés Restrepo viuda de Escobar, para que se decretase con relación a ésta la emancipación de sus menores hijas Amelia María e Inés Margarita Escobar Restrepo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a cuyo conocimiento subió por apelación de la parte actora el pronunciamiento de primera instancia, denegatorio del pedimento, por sentencia de fecha 30 de julio de 1968 revocó la del inferior y, en su lugar decretó la emancipación judicial impetrada.

Contra esta decisión, la demandada interpuso el recurso de casación, el que le fue denegado mediante providencia del mismo Tribunal de fecha 17 de septiembre de 1968, objeto del recurso de hecho elevado ante la Corte por la parte vencida.

La recurrente de hecho, como aparejo de su gestión al respecto, ha presentado una copia formal tomada del dicho juicio, copia en que, en lo tocante con este recurso, aparecen las siguientes piezas: la sentencia de segunda instancia, de 30 de julio de 1968, del Tribunal de Medellín; el memorial en que por la parte demandada se interpuso el recurso de casación; y el auto del Tribunal, de 17 de septiembre de 1968, en que se resolvió no conceder tal recurso. También se transcriben una providencia del Tribunal en que, antes de decidir sobre el juicio, dispuso enviarlo al juzgado de origen para que se notificara debidamente el fallo de primera instancia; la notificación de éste hecha por el comisionado al Personero Municipal; y la manifestación del Agente del Ministerio Público, en que dice allanar toda nulidad que se derive de la notificación echada de menos por el Tribunal, y renunciar a términos y ejecutorias, para aligerar el trámite del negocio.

II

En el escrito en que el apoderado de la reclamante intenta fundar el recurso, expone una serie de argumentos, cuya sustancia cabe recoger en los siguientes enunciados:

a) Que la naturaleza de la emancipación induce la admisibilidad del recurso extraordinario en el juicio en que ella se haya debatido, porque pone en juego la patria potestad que es algo perteneciente al estado civil de las personas y que, por lo tanto, procesalmente "debe ser tratado en la misma forma como éste";

b) Que, si es cierto que no todos los juicios son susceptibles del recurso de casación, como se ve de las normas contenidas en los artículos 519 del Código Judicial, 50 del Decreto 528 de 1964, sustitutivo de aquél, y 17 de la Ley 16 de 1968 que lo revivió con algunas agregaciones, es lo

cierto que de conformidad con el dicho artículo 50 del Decreto 528 "sólo los títulos señalados como excepción y que se refieren a determinados juicios, quedaron sus respectivos juicios sometidos al recurso de casación, es decir se dio mayor amplitud de aplicación a este recurso, incluyendo en ellos, naturalmente, los negocios tramitados bajo el Título XLVI, pues la norma citada, su carácter tan amplio y genérico comprendió a todos menos las premencionadas excepciones".

Así el artículo 17 de la Ley 16 de 1968, reviviendo la norma del artículo 519 del Código Judicial, le agregó las sentencias dictadas en los juicios especiales sobre rendición de cuentas, declaración de pertenencia y oposición al registro de marcas y patentes.

De donde resulta que "cualquiera de las normas que se quiera aplicar al caso *sub judice,* es procedente, habida cuenta de que se trata de un juicio o asimilado o que asume el carácter de ordinario o que versa sobre el estado civil, pues cualquiera de los extremos que se elija, conduce a la aceptación de la citada conclusión".

Afirmación ésta a la que llega luego de argüir que la vigencia o aplicación de la citada ley quedó sometida a no poderse poner en marcha, según el numeral 9º del artículo 20 de la misma, "sino después de haber hecho la nueva distribución territorial judicial que ordena la presente ley". Esto es que "aún no se puede aplicar y, por lo tanto, continúan rigiendo las disposiciones anteriores a ella";

c) Que el juicio ha asumido el carácter de ordinario, como lo demuestra el hecho de haberse otorgado un término probatorio en su segunda instancia, en aplicación de lo dispuesto por el Decreto 243 de 1951, cuyo artículo 1º regula la materia; y sin que valga alegar que se inició bajo el trámite señalado por el Título XLVI del Libro Segundo del Código Judicial, porque si el procedimiento por seguir era el señalado en ese título, debió haberse cumplido total e íntegramente, con arreglo al artículo 1211 *ibídem,* según el cual si la sentencia es apelada el caso se tramitará como de auto interlocutorio, cuyo procedimiento regula el artículo 502.

Entonces, habiéndosele dado a este juicio el carácter de ordinario por el Tribunal, con fundamento o sin él, procediendo con lógica se ha debido conceder el recurso de casación interpuesto. Punto éste en que el recurrente pretende apoyarse en la opinión de un tratadista colombiano y en alguna doctrina de la Corte.

Así la importancia de abrir la puerta al recurso de casación en este juicio resulta de que el juez *a quo* omitió notificar personalmente la sentencia de primer grado al Agente del Ministerio Público, a pesar de lo cual continuó la tramitación del negocio, con el resultado de que, ya estando para resolverlo en segunda instancia, el Tribunal ordenó que se notificaran debidamente ese fallo y el auto que concedió contra el mismo el recurso de apelación, al representante del Ministerio Público, quien, hecha tal notificación, manifestó allanar toda nulidad que se hubiera derivado de la falta de la misma y renunciar términos y ejecutorias, lo que no podía hacer por no serle permitido transigir ni desistir (artículo 170 del Código Judicial), y

d) Que, por último, el recurso es procedente, porque aunque pudiera decirse que la Ley 16 de 1968, artículo 17, sustituyó el artículo 50 del Decreto 528 de 1964, esa ley condicionó su vigencia a la nueva distribución territorial judicial —artículo 20, numeral 9º—. Entonces, si ello es así, sólo cuando el Gobierno, a quien se facultó para hacer viable la ley, cumpla las facultades que se le otorgaron, ésta entrará en plena vigencia. Por otra parte, si el dicho artículo 17 de la Ley 16 se compara con el 50 del Decreto 528 de 1964, se encontrará que aquél no comprende una serie de normas que, dado su carácter de excepcionales, merecían alusión o para dejarlas o para derogarlas, sin que opere aquí la derogación tácita por ser procedente la conciliación de las mismas.

III

Consideraciones de la Corte

1. *Dispone el artículo 513 del Código Judicial que el que pretenda ocurrir de hecho, como primera medida, "pide* reposición *del auto que deniega la apelación". En consonancia con este texto, el 516 ibídem establece que, para admitir el recurso de hecho, se requiere, no solo que la apelación sea procedente conforme a la ley y haya sido interpuesta en tiempo, sino que "en tiempo también se haya pedido la* reposición *e introducido el de hecho".*

2. *Quiere, pues, decir que por virtud de estos dos textos, que se conjugan armónicamente, es un requisito* sine qua non *para la admisibilidad del recurso de hecho, que el recurrente aduzca, como elemento integrante de su aparejo, la prueba de su pedimento de reposición del auto que le denegó la apelación y, en consecuencia, del recaído adversamente a esa última solicitud. Vale decir que debe acreditar el agotamiento de los posibles medios de reclamación en instancia tendientes a lograr el otorgamiento de la alzada.*

3. *Y lo que se predica del recurso de hecho en relación con la negativa del de apelación, se aplica en lo pertinente, por mandato del artículo 518, al recurso de hecho respecto de la del de casación.*

4. Ahora bien: en el presente caso, tiénese que no se aportó la prueba de que la recurrente de hecho hubiera solicitado la reposición del auto de 17 de septiembre de 1968 que le denegó el recurso de casación. Y la mera circunstancia de la obtención de la copia del fallo y del referido auto, aunque en el encabezamiento de ella se diga compulsada para el recurso de hecho, no demuestra que se haya llenado el requisito cuya verificación se hecha menos.

5. Lo expuesto sería así suficiente para desestimar el recurso de hecho que se contempla.

Mas, si en vía de amplitud y dejando de lado el defecto advertido, hubiera de entrarse al examen de los argumentos en que la interesada ha pretendido fundar el recurso, se encontraría que ninguno de ellos sirve para su prosperidad, por las siguientes razones:

6. *Preceptúa el artículo 813 del Código Judicial que "la emancipación judicial se decreta por el juez, previa audiencia del Ministerio Público, y surtida la tramitación de un juicio verbal con el padre y la madre, tal como se indica en el artículo 803". La razón de ser de esta norma es obvia, pues, aunque la emancipación pone fin a la patria potestad y una vez efectuada es irrevocable (artículos 312 y 317 del Código Civil), la naturaleza de los motivos que la determinan en orden a la tuición de la salud, ya física, ya moral, del hijo de familia (artículo 315* ibídem*), no permite que el proveer en la materia pueda sufrir las dilaciones de un juicio de largos y complejos desarrollos, lo que sería abiertamente contrario a los propios fines de la emancipación.*

7. *Es este ciertamente el porqué de que en ninguno de los ordenamientos a que el recurrente alude, ni en el del abrogado artículo 520 del Código Judicial, ni en el del sustituido artículo 50 del Decreto-ley número 528 de 1964, ni en el del vigente artículo 17 de la Ley 16 de 1968, el juicio de emancipación del hijo de familia haya tenido acceso al recurso extraordinario de casación. Y no se ve cómo la recurrente pueda sacar partido argumental alguno del dicho artículo 50 del Decreto-ley número 528 de 1964, cuando ese texto, entre los juicios especiales que exceptuó del recurso de casación, incluyó los de que trata el título 21 del Código de Procedimiento Civil, uno de los cuales es precisamente el de emancipación judicial con que toca el artículo 813 arriba transcrito.*

8. *Pero ni siquiera en el erróneo supuesto a que se acoge la recurrente, de que en el sistema del referido artículo 50 del Decreto 528 no se hubiera cerrado la puerta del recurso extraordinario al juicio de emancipación, tendría procedencia alegación semejante. Porque el artículo 17 de la Ley 16 de 1968, artículo que entró en vigencia desde la promulgación de la misma ley y que sustituyó al 50 del Decreto 528 de 1964, reglando íntegramente la materia, no incluyó entre las sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores de Distrito Judicial, susceptibles del recurso de casación, la dictada en el juicio especial de emancipación del hijo de familia. Es decir, que la sentencia de segundo grado en el juicio de esta especie quedó también por la propia preceptiva del artículo 17 de la Ley 16, excluida de ese recurso.*

9. Y sin que pueda pretenderse que la vigencia de esta última ley, según el numeral 9º de su artículo 20, quedó en suspenso hasta cuando por el Gobierno se haga la nueva distribución territorial judicial que ordena la misma ley, pues, como lo tiene dicho la Corte "el artículo 17 de la misma Ley 16, en cuanto señala cuáles son las 'sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores' que pueden ser acusadas en casación, es texto que por sus propios términos y por la índole misma de este recurso extraordinario nada tiene que hacer con la nueva composición de la Rama Jurisdiccional y redistribución de competencias entre los organismos comprendidos en tal reorganización. Y como el artículo 42 de la ley dispone que ésta 'rige desde su promulgación', ello determinó que el sobredicho artículo 17, por el cual se señalaron las sentencias de los tribunales superiores susceptibles del recurso de casación, entrase en vigencia desde la promulgación de la ley".

10. Carece de fundamento la alegación de la recurrente acerca de que, habiéndose tramitado como ordinario este juicio de emancipación, no puede privarse del recurso extraordinario a la sentencia que lo decidió.

Motivo inmediato para no aceptar esta pretensión es la de que no consta que el juicio de que se trata haya sido tramitado como ordinario. En efecto, la sentencia que le dio fin expresa lo contrario, en varios de sus pasajes así: cuando dice que se desechó *ab initio* el trámite de las excepciones dilatorias, "como consecuencia de que al juicio de emancipación judicial le repug-

nan incidentes de tal naturaleza''; que ''al proceso se le imprimió el trámite de rigor''; y que ''por lo que corresponde a los medios exceptivos ... algunos de dichos recursos pertenecen a la jerarquía de las excepciones dilatorias, las que no caben dentro de juicios especiales como el que aquí se estudia''.

11. Y el sólo hecho de que el juicio hubiera sido abierto a pruebas en el recurso de apelación, tampoco demuestra que se le hubiera dado el trámite de ordinario, dado que en el procedimiento especial de que era susceptible pudo haber ocurrido ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1212 del Código Judicial.

12. Y en todo caso el juicio especial de emancipación no es convertible en ordinario, ni de aquellos cuya sentencia de segundo grado pueda dar lugar al recurso de casación, como atrás está visto, ni sea revisable en juicio ordinario. Consideración suficiente para que, cualquiera que sea el trámite que a este juicio se le haya dado, el fallo proferido en él por el Tribunal no sea susceptible de tal recurso.

13. No menos improcedente es la consideración de que en instancia hubieran ocurrido circunstancias, según la recurrente, causativas de nulidad procesal, porque el recurso de hecho tiene que concretarse a sus propios límites y no es el medio de ventilar incidentes para los cuales señala la ley trámites específicos.

Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, estima BIEN DENEGADO por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el recurso de casación interpuesto por parte de Inés Restrepo viuda de Escobar, contra la sentencia del mismo Tribunal de fecha treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y ocho (1968), en el juicio de emancipación judicial de sus menores hijas Amelia María e Inés Margarita Escobar Restrepo.

Ordénase poner este proveído en conocimiento del Tribunal, por medio del pertinente despacho.

Archívense estas diligencias.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

NULIDAD Y RESCISION

No se presenta medio nuevo cuando el cargo se funda en violación de normas de orden público.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada.*

(Aprobado Acta número 104 de diciembre 13 de 1968).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha 16 de diciembre de 1966, dentro del juicio ordinario promovido por el señor Eliseo Palacio contra Dolores Sarrázola de Rubio.

El litigio

Ante el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada demandó Eliseo Palacio a Dolores Sarrázola de Rubio, solicitando se hiciesen las siguientes declaraciones:

1ª Que queda resuelto el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 209 de 12 de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, por medio del cual el actor vendió a la demandada "una finca rural (mejoras) situada en el Departamento de Boyacá, jurisdicción del Municipio de Puerto Boyacá, ... denominada 'Campoalegre' ";

2ª Que en consecuencia el inmueble referido es de propiedad exclusiva del demandante, y que la demandada debe restituirlo;

3ª Que la demandada debe restituir los frutos naturales y civiles que hubiese percibido desde el otorgamiento de la escritura hasta cuando haga la restitución lo mismo que indemnizar al actor los demás perjuicios causados por el incumplimiento del contrato. Subsidiariamente se solicitó que fuera declarado rescindido por lesión enorme el mencionado contrato.

Como hechos de la demanda se adujeron los siguientes:

a) Que por medio de la escritura arriba citada el actor transfirió a título de venta a la demandada el inmueble "Campoalegre" de que habla el mismo instrumento;

b) Que el vendedor hizo entrega real y material de la cosa vendida a la compradora, quien entró a poseerla;

c) Que el precio de la venta se estipuló en $ 70.000.00, suma que ingenuamente declaró el vendedor tener recibida a su entera satisfacción, sin haber sido ello cierto pues la rompradora no pagó ni ha pagado en ningún momento aquel valor;

d) Que en tal virtud, el vendedor tiene derecho a que las cosas vuelvan al estado anterior, es decir a que se le restituya el inmueble con sus frutos, y a que se le indemnice todo perjuicio;

e) Que además de lo anterior, el inmueble fue vendido por menos de la mitad de su justo valor.

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las peticiones, y remitiéndose a la prueba de los hechos afirmados en ella.

El juzgado del conocimiento finalizó la primera instancia del juicio mediante sentencia de 25 de enero de 1966, en el sentido de acoger las peticiones de la demanda relativas a la acción resolutoria ejercitada en ella. Contra esta sentencia recurrió en apelación la parte demandada, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el cual decidió el recurso con sentencia de 16 de diciembre de 1966 revocando en todas sus partes la sentencia apelada y absolviendo a la demandada de todos los cargos de la demanda.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal empieza por relacionar los antecedentes del litigio y las pruebas aportadas por las partes, destacando sobre esto último que la Escritura número 209 de 12 de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, en la cual según la demanda está contenido el contrato objeto de la misma, es sólo una escritura de protocolización de un documento privado en que consta dicho contrato. Pone de presente que las partes han entendido que la venta contenida en dicho documento se refiere o versa sobre unas mejoras, y que la demandada ha demostrado ser propietaria del terreno en el cual tales mejoras fueron puestas. En estas circunstancias, el Tribunal critica la sentencia del juzgado por cuanto, habiéndose decretado en ella la resolución del contrato, se condenó a la parte demandada a restituir las mejoras y no el terreno, lo que no ve el Tribunal cómo pueda llevarse a efecto. "Al no poderse dar respuesta satisfactoria a esta pregunta —dice textualmente el Tribunal—, es porque algo injurídico hay en la sentencia. Irregularidad que consiste en no haber aplicado la teoría de la accesión prevista en el artículo 713 del Código Civil, de la cual se hablará a continuación". Después de comentar este tema, dice el sentenciador: "Ha expuesto la Sala ampliamente la teoría de la accesión con el fin de poner de manifiesto que la petición primera sobre declaración de resolución del contrato de compraventa de las mejoras, que se hizo constar en el documento privado, no es posible hacerla por dos razones. La primera porque habiendo adquirido la demandada, antes de la notificación del libelo, el terreno en donde se encuentran las mejoras, éstas pertenecen a la nombrada señora en virtud del fenómeno de la accesión, no quedando al demandante, sino el derecho personal a cobrar el valor de ellas; es decir, el actor es sólo titular de un crédito contra la dueña del suelo, por el valor de las mejoras ... Si el suelo pertenece a la demandada y las mejoras al demandante, la ley ha resuelto en estos casos (como no es posible físicamente entregar el suelo a la señora Sarrázola de Rubio y las mejoras al señor Palacio) que la demandada, por tener el dominio del suelo, debe tener también el dominio de las mejoras ... La segunda razón para no poder hacer la declaración sobre resolución del contrato de compraventa de las mejoras a que se refiere la demanda, es la imposibilidad física de poder entregar, en este caso concreto, la demandada al demandante ... las mejoras que se encuentran adheridas al suelo, el cual, como se ha dicho, pertenece a la señora Sarrázola de Rubio. Pues terreno y mejoras forman un todo que no es posible física y jurídicamente separarlos, para entregar al demandante las mejoras y dejar en poder de la demandada el suelo en que ellas se encuentran".

Pasa luego el Tribunal a estudiar la acción de rescisión por lesión enorme subsidiariamente ejercitada en la misma, y dice que dentro de la tesis sostenida por algunos de que la venta de mejoras plantadas en suelo ajeno es venta de bienes muebles, una venta de esta clase queda por fuera de aquella acción, conforme al artículo 32 de la Ley 57 de 1887. Expresa luego que aunque el documento privado de que se ha venido hablando se refiere en su texto a la venta de un lote de terreno, dentro del juicio las partes han entendido que lo que fue materia de él fueron mejoras. Y siguiendo este supuesto expresa que "ese contrato debe considerarse como absolutamente nulo, porque siendo las mejoras bienes inmuebles por adherencia al suelo, su venta o enajenación ha debido consumarse por medio de escritura pública debidamente registrada". Manifiesta en seguida el sentenciador que "mucho se ha discutido si la venta de mejoras plantadas en terreno ajeno puede verificarse por simple documento privado o si es necesario hacerlo por medio de escritura pública ...", y pasa en seguida a defender esta segunda tesis. Más adelante comenta el artículo 1760 del Código Civil, para destacar que "... la primera condición que debe reunir un contrato sobre el cual se solicita su rescisión por lesión enorme, es la de que se haya celebrado con todas las formalidades legales. Si es de aquéllos que deben celebrarse por medio de escritura pública, debidamente registrada, y se pretende perfeccionar por un simple documento privado, debe entenderse que el contrato hecho en tal forma no se ha celebrado, que no existe, que no tiene vida jurídica ...", opinión que respalda en varias sentencias de la Corte según las cuales en caso semejante no cabe el ejercicio de acciones contractuales ni de nulidad, precisamente por no existir contrato.

La demanda de casación

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, con fundamento ambos en la causal primera del artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964, así:

Primer cargo. Infracción directa de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936 y 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, en relación con los artículos 657, 658, 661, 1760, 1857, 2577, 759 y 2673 *ibídem.*

En sustentación de este cargo el recurrente transcribe algunos apartes de la sentencia recurrida, y en relación con ellos dice: "Está claro el pensamiento del sentenciador: el contrato de compraventa, que sirve de objeto a los fines del debate judicial, es solemne, y la omisión de las solemnidades de la escritura pública y el registro, produce nulidad absoluta. Ahora bien: la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, según las voces del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, norma que subroga el artículo 1742 del Código Civil. La norma invocada como fundamento del presente cargo, no contempla una simple facultad discrecional, sino un poder excepcional de imperativo cumplimiento para el juez. Cuando la nulidad absoluta que vicia el acto o contrato aparezca de manifiesto en los actos o contratos no queda al juzgador otro camino que declararla". Transcribe luego la censura una sentencia de la Corte en la cual se precisan las condiciones que deben reunirse para que proceda la declaratoria oficiosa de una nulidad absoluta, y expresa que todas esas condiciones se dan en el caso de autos. Agrega que si el Tribunal consideró como absolutamente nulo el contrato fuente de las obligaciones en litigio, tal consideración "debió orientar la conducta del sentenciador, para dictar, en consecuencia, el fallo en virtud del cual declarara la nulidad del contrato. Y pronunciada la nulidad, disponer el restablecimiento o restitución de las partes al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, y la consiguiente condenación a las prestaciones o restituciones mutuas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil. Como el sentenciador no obró en esta forma, el fallo impugnado es violatorio —por vía directa— del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, y lo es también en el mismo concepto del artículo 1746 citado, que tampoco tuvo aplicación a un caso que lo requería". Agrega luego la demanda que las demás disposiciones que se citan como violadas, consagran el régimen de las solemnidades de escritura pública y registro exigidas para actos relativos a inmuebles, como la enajenación de mejoras plantadas en predios rústicos, y de allí su conexión con las normas sobre nulidad invocadas, pues es patente que los artículos 657, 658 y 661 del Código Civil reputan como inmuebles las mejoras; que el artículo 1760 enseña que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba cuando la ley exige esa solemnidad; que los artículos 1857 y 2577 mandan que los contratos sobre inmuebles deben celebrarse por escritura pública; y que el 2673 exige la solemnidad del registro para esa clase de instrumentos.

Considera la Corte

1. Como a juicio del opositor el cargo que se examina, por no haber sido materia de discusión en las instancias, constituye un medio nuevo, como tal inadmisible en casación, conviene empezar por advertir que *la Corte tiene sentada doctrina en el sentido de que el fenómeno del medio nuevo en casación no se presenta cuando un cargo se funda en la violación de normas de orden público. En efecto, en sentencia de 29 de mayo de 1959 (Gaceta Judicial, Tomo XC, números 2211 y 2212, primera parte, página 589), en un caso en que se censuraba, como en el caso de autos, la omisión en declarar de oficio una nulidad absoluta, dijo esta Sala: "Si bien en las instancias no se propuso el punto que ahora se presenta, e indudablemente es la primera ocasión en que éste se debate, no constituye propiamente un medio nuevo, porque su contenido excluye, técnicamente hablando, la configuración de dicho fenómeno, ya que implica lo que algunos llaman medio nuevo de orden público, que lejos de ser inadecuado, debe analizarse por la Corte".*

2. Cierto es que en la sentencia recurrida el Tribunal, al examinar desde el punto de vista de la forma de su celebración el acto objeto de las acciones ejercitadas en la demanda, empieza por ponderarlo como absolutamente nulo "porque siendo las mejoras bienes inmuebles por adherencia al suelo, su venta o enajenación ha debido consumarse por medio de escritura pública debidamente registrada". Pero también es evidente que más adelante el Tribunal, con alcances más radicales y superando por lo mismo su precedente opinión de que dicho acto sería absolutamente nulo, lo considera ya como inexistente, haciéndolo inclusive en términos indicativos de que esta última calificación es la prevaleciente y determinante de su conclusión final. Dice en efecto el Tribunal: "De manera que la primera condición que debe reunir un contrato sobre el cual se solicita su rescisión por lesión enorme, es la de que se haya celebrado por medio de escritura pública, debidamente registrada, y se pretende perfeccionar por un simple documento privado, debe entenderse que el contrato hecho en tal forma *no se ha celebrado, que no existe, que no tiene vida jurídica*" (las subrayas son del Tribunal).

3. Bien se comprende, entonces, que si para el Tribunal el acto materia de las acciones ejercitadas en el libelo de demanda es, más que nulo, inexistente, no hubiera sido lógico dentro de ese

razonamiento que él hubiera procedido oficiosamente a declarar absolutamente nulo un acto que a su juicio no llegó a existir.

4. Viene así a resultar, miradas ya las cosas en el campo de la técnica de casación, que si el Tribunal fundamentó su fallo en la consideración de que el contrato objeto del juicio no tuvo existencia, el cargo en casación por inaplicación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 tenía que encaminarse necesariamente primero a combatir aquel fundamento, pues sólo a condición de destruirlo podía abrirse paso el estudio de la presunta falta de aplicación de la citada disposición. No lo hizo así el recurrente, y por lo tanto dejó obstruida toda posibilidad de éxito a la censura.

Por las razones dichas se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Se formula por aplicación indebida del artículo 739 del Código Civil. Para sustentarlo expresa el recurrente que en la sentencia acusada se hace un estudio sobre la accesión, como la mira de hacer encajar el caso *sub lite* dentro de ese fenómeno; que por el aspecto doctrinario ningún reparo merecería el fallo, si no fuera que el sentenciador olvidó la especial modalidad del contrato materia de la litis, "porque en el caso de autos se trata de una compraventa de mejoras, en predio rústico, y no simplemente del pago a título indemnizatorio como lo entendió el Tribunal. La acción propuesta se enderezaba a la resolución del contrato, y no a reclamar una indemnización". Dice luego que en cuestiones relacionadas con mejoras no son aplicables en sentido estricto las rígidas normas del Derecho Civil, pues que estatutos como los de las Leyes 200 de 1936 y 100 de 1944 consagran un derecho nuevo para regular las relaciones entre propietarios y cultivadores; que ese nuevo derecho y la jurisprudencia le han dado un nuevo tratamiento a esas relaciones, y que así, por ejemplo, el fenómeno de la accesión opera en sentido contrario "a la vieja fórmula civilista: lo principal no es el suelo sino las mejoras. Y el mejorista tiene derecho de hacer suyo el terreno donde ha plantado, indemnizando al dueño", para corroborar lo cual cita el recurrente la sentencia de la Corte de fecha 27 de octubre de 1938. Aplicando estas consideraciones generales al caso de autos, critica el recurrente la afirmación del sentenciador de que "habiendo adquirido la demandada, antes de la notificación del libelo, el terreno donde se encuentran las mejoras, éstas pertenecen a la nombrada señora en virtud del fenómeno de la accesión ..."; afirma que esa consideración no es cierta, ya que el título de adquisición de las mejoras fue la compra que la demandada hizo de ellas al demandante, y no la compra del terreno, ya que la sociedad vendedora no tenía allí mejoras, según el mismo título escriturario lo reza. Comenta también que según el fallo del Tribunal no existe diferencia, para efectos de la accesión, en que primero se adquieran las mejoras y después el terreno, para decir que con ello reitera el Tribunal su equivocada apreciación del fenómeno jurídico realizado en el caso de autos, pues sí tiene significación, y muy grande, el orden en que se realizaron las dos ventas: la de mejoras, primero, y la del terreno después; pues si el demandante no hubiera hecho transferencia de sus mejoras, estaría en situación de privilegio para adquirir el terreno; y si la demandada no hubiera estado en posesión de las mejoras, cuando compró el terreno, seguramente no lo hubiera adquirido. Remata el recurrente diciendo que las consideraciones anteriores sirvieron al Tribunal, como razón primera y fundamental para declarar que la petición sobre resolución del contrato no prosperaba, y que era apenas lógico que partiendo de una equivocada apreciación del fenómeno de la accesión, referida a mejoras en predios rurales, llegara al pronunciamiento a que llegó, "porque aplicó indebidamente la norma contenida en el artículo 739 del Código Civil, que se cita en el presente cargo, y que debe interpretarse y aplicarse dentro del concepto moderno que informa el nuevo derecho agrario".

Considera la Corte

Tal como viene estructurado el cargo, lo que él censura no es propiamente que el Tribunal hubiera enfocado el caso de autos a la luz de la teoría de la accesión, o más concretamente a la luz del artículo 739 del Código Civil, sino que lo hubiera hecho sin considerar la nueva concepción que según el recurrente adoptó la legislación agraria colombiana, en especial en las Leyes 200 de 1936 y 100 de 1944, para resolver las relaciones que se crean en el campo de la accesión de mueble a inmueble entre quien planta, siembra o edifica en suelo ajeno, y el propietario del terreno, concepción nueva que a ojos del censor consiste en que ya no se tiene como cosa principal al terreno y las mejoras como lo accesorio, sino a la inversa, con la consecuencia entonces de que hoy es el mejorante quien tiene derecho a hacer suyo el terreno pagando su valor.

Abstracción hecha de que este planteamiento del recurso corresponda o no al concepto de violación de la ley por aplicación indebida, pero considerado dicho planteamiento dentro del cam-

po genérico del error jurídico, él sugiere de inmediato que la violación invocada del artículo 739 del Código Civil tendría que haberse producido al través de la violación de otras normas sustanciales, que serían las que afirma el recurrente que vinieron a imponer un nuevo tratamiento a las situaciones que aquella disposición regula. Por donde se llega a la conclusión de que el cargo está deficientemente formulado, puesto que él no señala disposición concreta alguna sobre ese particular. La referencia general que al respecto hace el cargo a las Leyes 200 de 1936 y 100 de 1944, es completamente insuficiente a tal fin, pues es requisito formal de la demanda de casación, conforme al artículo 63 del Decreto-ley número 528 de 1964, el de que ella debe citar "las normas sustantivas que el recurrente estime infringidas".

La razón de ser de este requisito de la demanda de casación, ha sido explicada por la Corte en muchas ocasiones. Así, en sentencia que aparece publicada en el Tomo LVI, página 327 de la *Gaceta Judicial,* dijo: "En cuanto a la técnica de casación y especialmente en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 del Código Judicial, se parte de la base de que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación entre esos dos extremos se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación". Y en providencia de fecha 3 de noviembre de 1966, no publicada, haciendo la exégesis del artículo 63 del Decreto-ley número 528 de 1964, dijo: "La exigencia de que se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, con la determinación de las normas sustanciales que se estimen infringidas, y que es una proyección de la primera (la de que se exprese la causal que se aduzca), obedece al principio de que lo que se juzga en el ámbito del recurso extraordinario no es el litigio como *thema decidendum,* sino la sentencia del Tribunal como *thema decissum,* que llega amparada por la presunción de acierto. Así que la Corte no puede entrar a juzgar de esa sentencia, sino a la luz de las acusaciones que en el libelo de casación se le hayan hecho, en la forma definida y concreta que exige la ley del recurso".

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el ordinario de Eliseo Palacio contra Dolores Sarrázola de Rubio.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

La constitución en mora del deudor no depende simplemente de que la obligación, si bien exigible, no haya sido satisfecha; sino de que, además y necesariamente, el acreedor haya reconvenido judicialmente a su deudor en reclamación de que cumpla.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada.*

(Aprobado Acta número 103 de 11 de diciembre de 1968).

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por Adelina Luna de Palacio contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha 20 de marzo de 1965, dentro del juicio ordinario que contra aquélla promovió el señor Antonio Rubio V.

El litigio

Mediante libelo presentado ante el entonces Juzgado Civil del Circuito de La Dorada, el señor Antonio Rubio Velásquez demandó a la señora Adelina Luna de Palacio para que se declarara lo siguiente:

1º Que está resuelto el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 185 de 1º de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, por el cual el actor vendió a la demandada una casa de habitación situada en el área urbana de dicha ciudad;

2º Que en consecuencia se declare que el demandante es propietario del inmueble aludido, y que la demandada está obligada a restituirlo;

3º Que igualmente la demandada está en la obligación de restituir los frutos del inmueble desde la fecha de otorgamiento de la escritura mencionada, y a indemnizar los demás perjuicios causados al vendedor con el incumplimiento del contrato. Subsidiariamente se solicitó que se declarara la rescisión del contrato por lesión enorme.

En sustentación de las anteriores peticiones se afirmaron en la demanda los siguientes hechos:

Que por medio de la escritura arriba citada el actor vendió a la demandada una casa de habitación, con el lote en que está edificada, situada en la esquina de la calle 11 con la carrera 4ª de La Dorada, comprendido el inmueble por los linderos que la demanda relaciona;

Que el vendedor hizo entrega del inmueble en mención en la misma fecha de otorgamiento de la escritura en referencia, fecha desde la cual la compradora lo viene poseyendo;

Que si bien en la cláusula tercera de la escritura de venta se dijo que el vendedor declaraba tener recibida la suma de $ 70.000.00, que fue el precio estipulado, en realidad la compradora no pagó ni ha pagado tal suma "lo que quiere decir que el contrato de compraventa no se ha efectuado por carencia de uno de los requisitos esenciales o sea el pago total del precio";

Que, así, el vendedor tiene derecho a exigir que las cosas vuelvan al estado anterior al contrato; a que se le restituya no sólo el inmueble sino los frutos percibidos por la compradora, estimados en $ 1.400.00 mensuales; y a que la compradora indemnice todos los perjuicios causados al vendedor;

Que, además, el precio estipulado no corresponde al justo que tenía el inmueble a la fecha del contrato, que era superior a $ 170.000.00, lo que significa que el comprador está amparado con la acción de rescisión por lesión enorme.

La demandada contestó la demanda oponiéndose a lo pedido en ella, y negando los hechos

fundamentales de la misma. El juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 28 de febrero de 1964, por la cual declaró resuelto el contrato, condenó a la demandada a restituir el inmueble objeto de él dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de dicha sentencia; ordenó la cancelación del registro de la escritura respectiva; condenó a la demandada a restituir dentro del mismo término antes indicado los frutos producidos por el inmueble desde la fecha de otorgamiento de aquélla escritura, y a pagar los perjuicios causados con el incumplimiento, lo mismo que las costas del juicio.

La parte demandada interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo decidió por sentencia de 20 de marzo de 1965 en el sentido de confirmar la resolución, la condena a la restitución del inmueble, la orden de cancelación de la escritura contentiva del contrato resuelto, y la condena en costas; la adicionó en cuanto a la condena a restituir frutos, en el sentido de que estos quedaban sometidos a liquidación por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial; y la revocó en cuanto a la condena a pagar los perjuicios causados por el incumplimiento. Dispuso además el Tribunal que no había lugar a costas en la segunda instancia.

El fallo acusado

Empieza el Tribunal por precisar los términos del litigio, y expresa que frente a las afirmaciones del demandante de que no obstante haberse declarado en la Escritura número 185 de 1º de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, que el vendedor había recibido el precio del inmueble objeto de la venta, la verdad es que ello no es cierto, porque dicho precio no fue ni ha sido pagado; la demandada sostiene que ese precio sí fue pagado, no en dinero, sino con otro inmueble denominado "Campo alegre", situado en el Municipio de Puerto Boyacá, el cual, según la misma demandada, fue vendido por la misma suma de $ 70.000.00 a la esposa del demandante por el esposo de la demandada, sin que tampoco aquélla hubiera pagado el precio, "pues se trató realmente fue de una permuta celebrada entre el demandante y el esposo de la demandada, señor Eliseo Palacio, de la casa situada en el área urbana de La Dorada por la finca 'Campo alegre' referida". "Y en ello estriba el diferendo que debe resolverse en este juicio —agrega el Tribunal—, pues si se llega a la conclusión de que la venta de la casa en La Dorada hecha por el demandante a la demandada, y la venta de la finca 'Campo alegre', que la demandada afirma hizo su esposo a la esposa del actor, son dos negocios o contratos distintos que nada tienen que ver el uno con el otro, como lo afirma la parte actora, la consecuencia lógica de ello es la condenación de la demandada ... Pero si se llegara a la conclusión de que realmente, según afirmación de la demandada, esos dos negocios o contratos sí tienen relación íntima, hasta el punto de que vienen a constituir una verdadera permuta celebrada entre el actor y el esposo de la demandada, ésta debe ser absuelta".

Así las cosas, y luego de exponer la tesis conforme con la cual los otorgantes de una escritura pública pueden probar, con ciertas restricciones, contra lo declarado en ésta y establecer así lo que realmente quisieron, el Tribunal expresa que del examen conjunto de las pruebas aportadas por ambas partes "se llega a la conclusión de que, en verdad, no fue un contrato de compraventa el que pretendieron celebrar al otorgar la Escritura número 185, sino que su intención fue la de que lo allí acordado fuera parte integrante de un contrato de permuta, de la casa por la finca cuestionadas, que acordaron celebrar el demandante y el esposo de la demandada, señor Eliseo Palacio; permuta que a la postre no se perfeccionó por falta de escritura pública y registro, en cuanto a la transferencia del dominio de la Finca Campo alegre; y que, habiendo querido dichos señores radicar en cabeza de sus respectivas esposas el dominio de los bienes que pensaron permutar, desvertebraron el contrato de permuta en dos contratos de compraventa, uno de los cuales carece de validez por falta de las solemnidades expresadas".

En sustentación de la anterior conclusión, dice el Tribunal que la demandada confiesa que no pagó el precio de la casa en dinero, sino mediante la entrega material de la finca "Campo alegre" hecha por su esposo a la esposa del demandante, pues que el negocio en realidad fue una permuta celebrada entre el demandante Antonio Rubio Velásquez y el esposo de la demandada Eliseo Palacio, confesión que el mismo sentenciador ve corroborada por una serie de indicios y testimonios que acepta para el caso como medios de prueba, no obstante estar encaminados a desvirtuar las declaraciones contenidas en la Escritura número 185, en razón de que le da la categoría de principio de prueba por escrito a la Escritura número 209 de 12 de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, por medio de la cual el demandante Antonio Rubio Velásquez protocolizó una "cartaventa", documento privado de fecha 29 de abril de 1961, por el cual el

señor Eliseo Palacio, esposo de la demandada, dice vender a la señora Sarrázola de Rubio el inmueble "Campo alegre", en la suma de $ 70.000.00, que el vendedor declara recibidos.

Cambiando el rumbo de su razonamiento, y luego de considerar que la cartaventa aludida carece de eficacia no sólo como venta, sino también como promesa de venta, lo uno y lo otro por ausencia de solemnidades, expresa luego el Tribunal: "Por las razones precedentes hay que concluir también que la demandada no ha pagado el precio de la venta de que trata la Escritura número 185, porque aun cuando, como en otra parte de esta sentencia se ha admitido como demostrado que en el subfondo de los negocios que se celebraron entre el actor y su esposa, por una parte, y la demandada y su esposo, por otra, se vislumbra con bastante claridad que, sí fue su intención la de celebrar una permuta, y no dos ventas, ni tampoco una sola venta, dándole crédito a esta versión de la demandada se encuentra un obstáculo que impide admitir la afirmación de ella, de haber pagado el precio de la casa urbana con la finca rural. Y ese obstáculo, de carácter legal, consiste en que, dándole crédito como se le da a tal afirmación o confesión cualificada de la demandada, el pago no es válido, porque hecho en esa forma constituiría una dación en pago que para que tenga validez, naturalmente debía haberse operado mediante la transferencia del dominio de la finca rural mencionada, con las solemnidades legales, y esas solemnidades ya se ha visto que no se cumplieron. Se deduce de lo anterior que fue acertada la resolución del contrato contenido en la Escritura número 185 decretada por medio de la sentencia recurrida, pues si el pago de la casa con la finca, alegado por la opositora no puede tenerse como válido equivale a no haberse hecho, y en esas condiciones debe darse aplicación al artículo 1930 del Código Civil, que dispone: ... Esta disposición da al vendedor a quien no se le ha pagado oportunamente el precio de la cosa vendida la opción entre la acción a obtener el pago de ese precio, y la acción tendiente a obtener la resolución del contrato".

La demanda de casación

Tres cargos formula la demanda de casación contra la sentencia ameritada, todos con fundamento en la causal primera. Como el primero de ellos está destinado a prosperar, sólo al examen de él se limitará la Corte.

El cargo es por aplicación indebida de los artículos 1930, 1932 y 1934, en relación con el artículo 1608, todos del Código Civil. Se hace consistir en que la Corte tiene sentada doctrina sobre los presupuestos de la acción resolutoria consagrada en general en el artículo 1546 del Código Civil, y en especial en el artículo 1930 para la compraventa, y señala el estado de mora en el comprador como elemento esencial para la prosperidad de la acción. Cuando para la constitución en mora se requiere la reconvención judicial, ésta debe ser anterior a la demanda, y por lo mismo la demanda no suple dicha reconvención, conforme también lo tiene dicho la Corte. En el caso de autos a la demandada no se le hizo requerimiento para constituirla en mora, y que al haber omitido hacerlo no podía válidamente el vendedor instaurar la acción resolutoria, por carecer la pretensión de un fundamento necesario. "De allí que el sentenciador hubiera incurrido en una indebida aplicación de los preceptos que se citan, cuando no consideró si la demandada estaba o no en mora de cumplir su obligación. Y como no se hallaba en ninguno de los tres casos previstos por el artículo 1608 la acción incoada estaba condenada al fracaso".

Considera la Corte

1. *De conformidad con el principio general según el cual el deudor ha de cumplir su obligación en los términos en que fue contraída, dispone el artículo 1929, inciso primero, del Código Civil, relativo al contrato de compraventa, que "El precio deberá pagarse en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario". Y en seguida el artículo 1930, con aplicación particular del precepto general contenido en el artículo 1546 del mismo Código, preceptúa que "Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios".*

2. *Aparece claro, pues, en el texto de la segunda de las disposiciones transcritas, que el ejercicio eficaz por el vendedor de la acción resolutoria del contrato de venta, con base en el incumplimiento por el comprador de la obligación de pagar el precio, depende decisivamente de que dicho comprador estuviere colocado en la especial situación jurídica de deudor en mora.*

Saber cuándo un deudor está constituido en mora, es cuestión a cuya solución atiende el artículo 1608 del Código Civil. Según esta norma, "El deudor está en mora:

"1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en

casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

"2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

"3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Fácilmente se advierte del contexto de esta disposición, que ella contempla ante todo, como regla general, la de que la constitución en mora de un deudor no depende simplemente de que la obligación, si bien exigible, no haya sido satisfecha; sino de que, además y necesariamente, el acreedor haya reconvenido judicialmente a su deudor en reclamación de que cumpla. Regla general ésta a la cual el mismo artículo introduce dos excepciones, que como tales son de aplicación e interpretación restrictivas, y en las cuales por lo mismo el estado de mora se produce automáticamente, sin necesidad de requerimiento judicial previo:

a) Cuando al deudor se le ha concedido por el acreedor un término, que se subentiende debe ser cierto y determinado, dentro del cual ha de cumplir su obligación, salvo, en esta hipótesis, los casos particulares en que la ley exija el requerimiento los cuales se reconducen por lo tanto a la regla general arriba advertida. Ejemplos de estos casos particulares se dan en los artículos 1595 y 2007 del Código Civil, y

b) Cuando la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo, sin haberlo sido, o sea, dicho en otras palabras, cuando el interés del acreedor a cuya satisfacción esté destinada la prestación del deudor, dada la índole circunstancial de tal interés, no admite ser atendido sino dentro de cierto lapso de tiempo, y éste transcurre sin que sea atendido por el obligado.

Si los indicados son los únicos casos en que la ley consagra la mora automática, es obvio, que sólo en ellos se da una coincidencia simultánea entre los conceptos de exigibilidad y mora. En cualquiera otra hipótesis diversa a las de las excepciones consideradas, la coincidencia entre exigibilidad y mora no se produce sino en forma sucesiva y mediante la reconvención judicial del deudor por el acreedor. Por eso se dice que si bien la mora supone la exigibilidad siempre, la regla inversa no es exacta, porque no toda exigibilidad supone la mora.

Significa lo anterior, entonces, que las obligaciones puras y simples, no comprendidas como desde luego no lo están dentro de los casos de excepción de los numerales primero y segundo del artículo 1608 del Código Civil, deben por lo tanto ser ubicadas dentro de la regla general contemplada por el numeral 3º de dicho precepto, o sea que ellas, aunque exigibles desde el mismo momento de su nacimiento, no colocan por sólo ello al respectivo deudor en la condición de moroso, pues para que tal cosa suceda se necesita que medie la reconvención judicial del acreedor.

3. La anterior tesis, si es que lo necesita, encuentra respaldo en la doctrina de los autores. Así, Luis Claro Solar, comentando el artículo 1557 del Código Civil de Chile, que corresponde al 1615 del nuestro, según el cual la indemnización de perjuicios sólo se debe después de la constitución en mora del deudor, dice. "No basta, según esto, que el deudor demore, retarde este cumplimiento; que siendo la obligación pura y simple no la cumpla inmediatamente desde el perfeccionamiento del contrato; ... la ley exige que el deudor se haya constituido en mora". Y luego, comentando el artículo 1551 (igual al 1608 de nuestro Código), expresa: "El deudor está obligado a dar cumplimiento a su obligación estrictamente en los términos mismos en que ha sido convenida; por consiguiente, debe solucionar la prestación a que se obligó en la época o plazo señalado. Si la obligación es pura y simple, su cumplimiento debe ser inmediato o cuando el acreedor lo requiera ... Este es el criterio que la ley ha seguido al fijar las reglas especiales de los contratos. Así en la compraventa, el artículo 1826 dispone que el vendedor es obligado a entregar al comprador la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él; y el artículo 1872 dispone a su vez que el comprador está obligado a pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega de la cosa, no habiendo estipulación en contrario ... Pero es fácil comprender que en cada caso ocurrente, ni el deudor ejecuta su obligación con estricta sujeción a lo que la convención o la ley, a falta de ella, determine, ni el acreedor se ve precisado a exigir este cumplimiento estricto. Aunque la obligación sea exigible, el acreedor puede no querer apremiar al deudor y darle tiempo que le facilite el cumplimiento del contrato, cuando la demora no le ocasiona perjuicios. El deudor estará en retardo de cumplir su obligación; pero no será un deudor moroso, porque simplemente se limitará a gozar de una franquicia o tolerancia de su acreedor: el retardo se convierte en mora desde el momento que el acreedor exige el cumplimiento de la obligación en vista del per-

juicio que la demora del deudor le ocasione. No basta por lo tanto que la obligación sea exigible para que el deudor se constituya en mora, si no lo ejecuta inmediatamente. La ley exige una reconvención o requerimiento del acreedor al cumplimiento de la obligación, una interpelación del acreedor para que el deudor ejecute la prestación exigible que se comprometió a dar o hacer". Y más adelante dice: "Dados los términos de los números 1º y 2º del artículo 1551 que consultan los casos excepcionales de la estipulación de un término determinado dentro del cual debe cumplirse la obligación o del espacio del tiempo dentro del cual, según la naturaleza de la obligación, la cosa debe ser dada o el hecho ejecutado, la disposición del número 3º establece evidentemente la regla general y ordinaria para la constitución en mora del deudor, la interpelación de éste por el acreedor, regla precisamente contraria a la establecida en la máxima *dies interpellat pro homine*" (Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo XI, páginas 731, 733 y 748). En el mismo sentido se expresan los tratadistas Alessandri Rodríguez y Somarriva "Curso de Derecho Civil", Tomo III, páginas 206 y siguientes.

4. En la sentencia recurrida el Tribunal, a vuelta de considerar que la demandada había confesado ser cierto que no había cubierto el precio de la venta contenida en la Escritura número 185 varias veces mencionada, cita el artículo 1930 del Código Civil, lo comenta diciendo que él le confiere al vendedor "a quien no se le ha pagado oportunamente el precio" la acción resolutoria, y en consecuencia lo aplica al caso concreto planteado en el juicio y declara de conformidad con él la resolución del contrato materia de aquella escritura. En lo cual incurrió en evidente error jurídico, por indebida aplicación de la mencionada disposición, porque ella es aplicable cuando el comprador ha sido constituido en mora de pagar el precio, no cuando simplemente ha dejado de pagarlo en la oportunidad que correspondía, y porque en el caso de autos no consta que el vendedor hubiera requerido judicialmente a la compradora para el pago del precio de la venta en referencia, ni que a dicha compradora se le hubiera concedido término para hacer dentro de él tal pago, ni esa obligación era, por su naturaleza, de aquellas que sólo puedan ser cumplidas dentro de cierto tiempo.

En el caso especial de que aquí se trata cabe deducir, además, que no habiéndose demostrado otra razón que explique por qué el vendedor declaró como recibido el precio sin haber sido ello cierto, fue porque consintió en que este no se le pagara de inmediato sino después, lo cual hace aparecer más ostensible todavía que sin la previa reconvención judicial no podía la compradora quedar constituida en mora de hacer tal pago.

5. Es de advertirse que la Corte tiene doctrina sentada en el sentido de que, en punto del ejercicio de la acción resolutoria, la demanda judicial respectiva no es acto de constitución en mora, es decir, que no produce el efecto que en esa materia le asigna a la reconvención judicial de que trata el artículo 1608 del Código Civil. En efecto, en sentencia de 21 de abril de 1939 (*Gaceta Judicial*, Tomo XLVIII, página 59), dijo la Corte en un caso que guarda similitud con el de que aquí se trata: "Pudiera argüirse que la demanda misma inicial de esta causa equivale al requerimiento, o que consigo lo lleva; de suerte que es inmotivado por innecesario exigirlo y echarlo menos, con el alcance exceptivo anotado. Pero al respecto se observa que ello podría haberse estimado así si, por ejemplo, se hubiera demandado el pago. Si, v. gr., simplificando el paradigma, el documento sobre pago de parte del precio de una compraventa se ha otorgado en favor del vendedor, y éste demanda al comprador por el pago, la falta de fijación del plazo, determinante de reconvención judicial al tenor de dicho artículo 1608 en su ordinal 3º, no sería óbice para acceder ni justificaría la exigencia de esta formalidad como separada y previa, porque en tales circunstancias a tanto equivaldría la demanda misma y sería exagerado formulismo requerir además la reconvención para hallar acreditada la mora. Bien se ve cuán diferente es el caso de demandarse, no ya el cumplimiento, o sea el pago de lo pendiente del precio, sino la resolución de la compraventa. Como ya se dijo, la acción resolutoria es efecto de una causa que debe haberse producido ya cuando aquélla se ejercita, y esa causa es el hallarse constituido en mora el comprador. Así lo requiere el artículo 1930 citado. Y como ya se vio también, no puede en el presente caso reputarse al comprador constituido en mora ya para cuando se formuló y se le notificó la demanda inicial de este pleito".

Y en sentencia de fecha 18 de agosto de 1954 (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXVIII, página 341), sentó el siguiente considerando: "Que esta reconvención judicial debe ser anterior a la demanda en que se pide la resolución del contrato, ya que ésta ha de fundarse en el hecho de estar el deudor constituido en mora, y sólo cuando esto aparezca acreditado puede decretarse la re-

solución, pues una sentencia únicamente puede referirse al estado de cosas existente en el momento de intentarse la demanda".

Tesis esta que la Corte reiteró, aunque sólo de paso, en sentencia de 28 de febrero de 1959 (*Gaceta Judicial,* Tomo XC, página 79). Y que era, por lo demás, tradicional, según se ve en casaciones de 11 de noviembre de 1912, *Gaceta Judicial* 1105, página 120; de 21 de mayo de 1924, *Gaceta Judicial,* Tomo XXX; y de 19 de mayo de 1928, *Gaceta Judicial,* Tomo XXXV.

A los argumentos expuestos por la Corte en las sentencias arriba transcritas, puede agregarse ahora el de que la reconvención judicial de que trata el artículo 1608 persigue, además de la finalidad de constituir en mora al deudor, comunicar ante todo a éste la voluntad del acreedor de que la obligación le sea satisfecha, y procurar con ello que efectivamente le sea cubierta espontáneamente. Efecto este último que indudablemente no se alcanzaría con la demanda judicial de resolución, si se la asimilara a acto de constitución en mora, por cuanto, sometido como queda todo demandado a los efectos de la acción y del juicio, al deudor no le sería posible ya cumplir, pues de poderlo hacer frustraría con ello la acción resolutoria. Lo cual se dice dejando a salvo la hipótesis del tipo especial de pacto comisorio contemplado en el artículo 1937 del Código Civil.

Por las razones expuestas, pues, el cargo prospera y en tal virtud la sentencia recurrida debe ser casada.

Sentencia de instancia

Para efectos de proferir la sentencia de instancia correspondiente, la Corte considera:

a) La acción resolutoria ejercitada principalmente en la demanda se funda en que la demandada Adelina Luna de Palacio, parte compradora en el contrato de compraventa contenido en la Escritura número 185 de 1º de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, no pagó el precio correspondiente a tal contrato, no obstante constar en aquel instrumento que sí fue pagado.

b) De acuerdo con lo anterior, a la parte actora le incumbía ante todo destruir, con medios probatorios adecuados, la prueba sobre el hecho de haber sido pagado el precio, resultante de la misma escritura pública de la venta. Con tal fin, la parte actora llamó a la demandada a absolver posiciones, con el resultado de que la absolvente confesó ser cierto que el precio de la venta no se pagó en la forma que reza la escritura de venta, sino en otra distinta: con un inmueble llamado "Campo alegre", situado en jurisdicción del Municipio de Puerto Boyacá.

c) Si bien, formalmente considerada, la confesión de la demandada reúne las condiciones propias de una confesión indivisible, considerada ya sustancialmente no puede ser tratada como tal para asignársele efectos probatorios en toda la extensión de su contenido, es decir, tanto en lo desfavorable a la confesante como en lo favorable a ella. Imposibilidad que dimana de la circunstancia de que de conformidad con el artículo 605 del Código Judicial, la validez de la confesión, entendida en todos sus tipos y modalidades, exige entre otras cosas que el hecho materia de ella no sea de aquéllos para los cuales la ley tenga señalado un medio especial de prueba, hipótesis negativa ésta que se da en el caso de autos, pues el hecho a ella favorable agregado por la absolvente a su confesión, pago mediante la enajenación de un inmueble, no puede acreditarse mediante confesión según lo dispone el artículo 1760 del Código Civil.

En estas circunstancias, la confesión de la demandada queda reducida en sus alcances probatorios al simple hecho de que no pagó el precio del contrato atacado en resolución.

d) La parte demandada sostuvo dentro del juicio la tesis de que con el contrato contenido en la Escritura número 185 no se pretendió en realidad celebrar una compraventa, sino que la intención real fue la de que el acto que allí figura fuera parte integrante de un contrato de permuta de la casa materia de dicha escritura por la finca "Campo alegre" mencionada por la demandada al absolver las posiciones de que atrás se habló, desvertebrada tal permuta en dos contratos de compraventa separados. Tesis esta que, se anota de paso, en la sentencia materia del presente recurso se acepta, pero sin deducir de ella las conclusiones lógico-jurídicas a que conducía, que eran distintas de las a que llegó.

La aludida tesis de la parte demandada no puede ser acogida en este juicio, por la sencilla razón de que no está demostrada en la forma que para el caso exige la ley. En efecto, tratándose de contraprobar entre las partes lo declarado por ellas en un instrumento público, aquél fin sólo podría ser logrado con otro instrumento de igual fuerza probatoria, o con la confesión de la otra parte, o, en último término, con un principio de prueba por escrito completado con otras pruebas, y en el caso de autos no se da ninguno de estos medios probatorios. El fallador de segunda instancia consideró que sí se

daba el último, o sea el principio de prueba por escrito, y como tal estimó la Escritura pública número 209 de 12 de marzo de 1963, de la Notaría de La Dorada, por medio de la cual el demandante Antonio Rubio Velásquez protocolizó un documento privado suscrito por Eliseo Palacio y Dolores Sarrázola de Rubio, según l cual aquél dice vender a ésta el inmueble "Campoalegre". Pero fácilmente se advierte cómo la protocolización de un documento privado, que puede ser llevada a efecto por cualquier persona, no establece por sí misma vinculación directa ninguna entre el tercero protocolizante y el negocio contenido en el documento protocolizado a que él fue ajeno, observación ésta por sí sola bastante para demostrar que en caso tal no se da el concepto de principio de prueba por escrito que define el artículo 93 de la Ley 153 de 1887.

Quiere decir por lo tanto, que el acto contenido en la Escritura número 185 tantas veces citada ha de considerarse como autónomo, no como elemento de otro negocio jurídico indirecto o simulado que se hubiera querido celebrar.

e) La acción resolutoria ejercitada en el libelo de demanda estaría llamada a prosperar si no fuera que, como se dejó expresado atrás al examinar el recurso de casación, no se demostró que la compradora hubiera sido constituida en mora, requisito indispensable de la acción resolutoria en un contrato de venta, conforme lo establece claramente el artículo 1930 del Código Civil.

Como fácilmente se comprende, se trata de un requisito de procedibilidad de la acción, cuya falta apenas significa que la acción fue ejercitada prematuramente, y configura por lo mismo la excepción perentoria temporal antes de tiempo. En este sentido habrá de resolverse, pues, la acción resolutoria de que aquí se trata.

f) No habiendo de prosperar la acción resolutoria principalmente ejercitada en la demanda, es tarea inmediata de la Corte examinar la acción de rescisión por lesión enorme subsidiariamente interpuesta.

Sobre este particular cabe empezar por observar que, manifestando con ello su desinterés por la suerte de tal acción, la parte demandante se desentendió por completo de toda gestión probatoria tendiente a demostrar cuál era el justo precio que, al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa impugnado, representaba el inmueble que fue objeto de él.

Pero, por iniciativa de la parte demandada, tal inmueble aparece avaluado en el juicio, mediante dictamen pericial, que a la parte actora no le mereció reparo alguno, en la suma de ciento veintiocho mil pesos ($ 128.000.00), esto es, en cantidad que no excede al duplo de la que se estipuló como precio en el contrato.

En estas circunstancias, y habida consideración al texto del artículo 1947 del Código Civil, es obvia la conclusión de que la acción subsidiaria de rescisión por lesión enorme tampoco puede prosperar.

Resolución

Por 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, CASA la sentencia de fecha 20 de marzo de 1965 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario promovido por Antonio Rubio Velásquez contra Adelina Luna de Palacio y, como fallador de instancia, en su lugar resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia dictada en el mismo juicio por el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada con fecha veintiocho (28) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964);

2º Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo en relación con las solicitudes formuladas bajo los literales A), B) y C) de la parte petitoria del libelo de demanda;

3º Absuélvese a la demandada de la acción de rescisión por lesión enorme de la que trata el literal D) de la parte petitoria del mismo libelo de demanda, y

4º Condénase a la parte demandante en las costas de la primera instancia. Sin éstas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Flavio Cabrera Dussán e Ignacio Gómez Posse.

En la demanda inicial del juicio hay una acumulación objetiva de pretensiones; pero una acumulación *eventual* o *subordinada,* puesto que se propuso como acción principal la resolución del contrato a que se refiere el libelo y como *subsidiaria* la rescisión del mismo por lesión enorme.

La Corte casa la sentencia del Tribunal, que fue de mérito; en su lugar declara probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo respecto de la acción principal, y entra luego en el estudio de la acción subsidiaria, para decidirla en el fondo.

Estimamos que por no haberse fallado la acción principal no podía la Corte, como Tribunal de instancia, pasar a resolver la acción subsidiariamente propuesta.

En efecto, sobre la resolución del contrato no recayó sentencia de mérito, pues como ya lo advertimos, respecto de tal acción se reconoció la excepción perentoria temporal o dilatoria de fondo de petición antes de tiempo; esta excepción, que mata el juicio pero deja viva la acción, equivale a un pronunciamiento inhibitorio, puesto que al demandante le queda el derecho de establecerla de nuevo.

En tales circunstancias, no habiéndose fallado la acción principal, no podía pasarse al estudio de la subsidiaria, porque ésta, como tal, se propone para el caso de que no prospere la ejercida en primer término; la eventual o subordinada es una acción sujeta, por voluntad del actor, a una condición suspensiva: la de que le sea negada la acción propuesta como principal, lo cual implica un fallo de mérito respecto de ésta, que en el presente caso no se pronunció.

Por su misma naturaleza la acumulación *eventual* o *subordinada* supone que la pretensión subsidiaria sólo ha de examinarse en el evento de que respecto de la acción principal recaiga sentencia de fondo adversa a las pretensiones del actor, porque sólo entonces se cumple la condición a que éste la sometió al demandar en esa forma.

Por consiguiente, para que procesalmente la Corte, como Tribunal de instancia, hubiese podido pasar al estudio de la acción subsidiaria, habría sido indispensable que hubiera fallado la acción principal en forma adversa a las pretensiones de la parte demandante.

Es claro que si el actor propone dos acciones como principales, que no sean contrarias e incompatibles entre sí, el juzgador de instancia está en el deber de estudiarlas ambas, porque son independientes la una de la otra. Pero ese no es el caso de que se trata aquí.

Si en el *sub lite* hubiese prosperado la pretensión subsidiaria, ¿no sería un contrasentido dejar viva, para su posterior ejercicio, la pretensión principal?

Las anteriores son, expuestas con brevedad y premura, las razones de nuestro disentimiento.

Fecha ut supra.

Flavio Cabrera Dussán

Ignacio Gómez Posse.

VENTA POR CABIDA

Se vende con relación a la cabida cuando ésta se expresa en términos que no den lugar a ninguna ambigüedad en la intención de los contratantes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse.*

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta número 89 de 8 de octubre de 1968).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, datada el 3 de julio de 1964 en el juicio ordinario seguido por Augusto Estrada E. y otros contra José de Jesús Saldarriaga González y otro.

Antecedentes

Augusto Estrada E., Fabio Estrada y Eduardo Botero, citaron en juicio ordinario a Jesús Saldarriaga González y Jesús Saldarriaga Ruiz a fin de que "se disminuya del precio de la superficie vendida ($ 77.500.00) el de la superficie que falta a ésta $ 30.506.58, proporcionalmente o el que resulte en el juicio". Como hechos se expusieron los siguientes:

Por Escritura número 2073 de 23 de marzo de 1961, otorgada en la Notaría 4ª de Medellín los señores Saldarriaga nombrados le vendieron a los demandantes por iguales partes para cada uno de ellos un lote de terreno o finca rural con casa de habitación con sus mejoras, dependencias y anexidades, situado en el paraje "Esmeralda" del Municipio de Envigado, alindado como se expresa en el referido título. El precio de la venta fue la suma de $ 77.500.00 que se pagaba en las condiciones referidas en el contrato aludido. En la cláusula 5ª los vendedores declararon que el terreno vendido tiene una cabida aproximada de 6 cuadras y no declararon expresamente venderlo como cuerpo cierto.

Que los compradores vienen cumpliendo su obligación, no así los vendedores que no cumplieron la obligación de entregar la superficie vendida y ni siquiera 36.386 V^2;

Que la superficie que no entregaron vale proporcionalmente $ 30.506.58.

Por la sentencia objeto del recurso extraordinario se confirmó la del inferior en cuya parte resolutiva se resolvió: "Decrétase la disminución del precio a que alude la Escritura número 2073 de 23 de marzo de 1961 de la Notaría 4ª del Circuito de Medellín, contentiva de una compraventa sobre bien raíz, celebrada entre José de Jesús Saldarriaga G. y Jesús Saldarriaga R., de una parte, y Augusto Estrada E., Fabio Estrada E. y Eduardo Botero E., de la otra, en la cantidad de $ 19.068.74.

Anota el fallador que la Escritura número 2073 citada antes, recoge el contrato de una compraventa celebrada el 23 de marzo de 1961, contrato por el cual los demandantes compraron el lote de terreno alindado como allí se expresa. Fijada por los contratantes la suma de $ 77.500 como precio del inmueble, los vendedores manifestaron en la cláusula quinta del respectivo documento notarial que "el terreno vendido tiene una cabida aproximada de seis cuadras". "Como la petición sustancial, dice el Tribunal, formulada en la demanda se orienta a la disminución del precio de la citada compraventa en razón de que la cabida del inmueble comprado resultó inferior a la declarada por los vendedores en la correspondiente escritura, lógico es concluir que en este aspecto anida la *causa petendi* o hechos jurídicos de donde emerge el objeto del litigio".

El fallador estima que el negocio debe dilucidarse a la luz de los preceptos pertinentes que normalizan las obligaciones del vendedor cuando se trata de la venta de un predio con relación a su cabida; que frente a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1887 del Código Civil y habida cuenta que el inmueble descrito en la Escritura número 2073, tiene las características propias de los predios rústicos, no cabe duda de que la compraventa celebrada el 23 de marzo de 1961 podía hacerse válidamente, ya que los predios rústicos y únicamente éstos pueden venderse con relación a su cabida o como especie o cuerpo cierto. Que es verdad que los demandados negaron el derecho invocado por los actores, ya que al dar respuesta a la demanda manifestaron: "Que en todo caso, no existe ni podía existir ningún hecho ni ninguna cláusula contractual que indique que la intención de comprar y vender haya sido por cabida, y no como en realidad lo fue, una finca con sus mejoras, anexidades y dependencias, comprendidas por los linderos ..."

"Empero, continúa el fallador, el título escriturario donde los contratantes dejaron expresamente consignada su voluntad y alcance contractual, contradice la anterior afirmación, pues en el segundo acápite de la cláusula quinta los vendedores Saldarriaga González y Saldarriaga Ruiz, después de manifestar lo relacionado con la oportunidad en que se hace la entrega del inmueble, expresa: 'el terreno vendido tiene una cabida aproximada de seis cuadras' ". "De esto deduce el Tribunal que las partes manifestaron claramente que la falta de una locución matemática por razón del vocablo 'aproximada' que se utilizó en la redacción, permita deducir lo contrario, o sea, inferir que los contratantes tuvieron la intención de comprar y vender, en su orden, el inmueble como cuerpo cierto".

"Referente al caso en estudio, decir que el inmueble con 'cabida aproximada a seis cuadras' o sean 60.000 V^2 se vendía por la suma de $ 75.000.00, equivale a decir que el móvil determinante para la fijación del precio obedeció a la consideración del espacio, capacidad o cabida del inmueble que se vendía. Que conforme al artículo 1884 del Código Civil, los vendedores debieron entregar lo que reza el contrato, es decir, un inmueble que se acercara más o menos a 60.0000 V^2, y no con una superficie en la que faltan 24.762 V^2 para llegar a 60.000 V^2, según la versión pericial, versión que hace plena prueba conforme a los artículos 721 y 722 del Código Civil (sic) afirmación en contrario, es decir, que los vendedores cumplieron su obligación de entregar lo vendido, 60.000 V^2 aproximadamente, con la entrega de sólo 35.237.10 V^2, más que despropósito constituye premisa desajustada al espíritu de la ley y en desacuerdo con la voluntad contractual expresada en el contrato".

Sigue el Tribunal sosteniendo, que según la cláusula quinta, "el inmueble tenía una cabida aproximada de seis cuadras. Los vendedores mencionaron un espacio o capacidad y con base en esta consideración se ajustó el precio, sin que, por otra parte, resulte expresada en la escritura contentiva del contrato, intención *ad corpus* (sic) o acuerdo de los contratantes para no diferenciar en el precio porque la cabida fuera mayor o menor a la convenida y dice el fallador expresamente: "que la imprecisión del vocablo 'aproximada' ha de entenderse sólo a una porción no considerable de la extensión de seis cuadras, mas no a un faltante de 24.762.90 V^2 como atrás se anotó".

Por último, anota el Tribunal que es obvio y legalmente estatuido que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno; que si los contratantes hubiesen entendido vender y comprar el inmueble *ad corpus* y sin relación a una cabida determinada, carecería de explicación el señalamiento de seis cuadras aproximadamente, pues habría bastado la simple fijación de linderos. En este aspecto hace referencia a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1887 del Código Civil en cuanto a que un predio rústico se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato; y que "en consecuencia, el vocablo 'aproximada' que significa 'aproximativo', que se acerca más o menos a lo exacto, es decir, con una diferencia pequeña susceptible de existir entre la cabida señalada y la efectiva, carece de virtud para variar el contrato de compraventa de cuerpo cierto. El alcance de dicho vocablo llega sólo hasta lo que entendieron los contratantes: enajenación de seis cuadras de terreno, pero sin que el precio de la cabida faltante llegue a más de una décima parte del precio de la cabida completa.

El recurso

El censor, luego de hacer un resumen de los hechos procesales señala como motivos de casación, de acuerdo con el artículo 520 del Código Judicial "el considerar la sentencia recurrida como violatoria de la ley sustantiva por infracción o aplicación indebida o interpretación errónea. He conceptuado especialmente, dice el re-

currente, que la violación de la ley proviene de la apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas incurriendo así en errores de hecho manifiestos y a consecuencia de ellos por vía indirecta infringió los preceptos legales" que se citan luego.

Tres cargos formula el recurrente contra el fallo del Tribunal de los cuales está llamado a prosperar el segundo, no siendo procedente el estudio de los demás (artículo 538 del Código Judicial).

La censura señala en este ataque como violado el artículo 1889 del Código Civil, a causa de error de hecho en la interpretación de la Escritura número 2073 a que se hace referencia en el fallo del Tribunal y que ha sido la base del litigio.

Transcribe el recurrente lo dispuesto por el inciso 2º del citado artículo que dice: "Sin embargo, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos ...". De manera, continúa el recurrente, "que según este precepto, colocado posteriormente al artículo 1887, habiéndose vendido por linderos claros, según la cláusula primera de la escritura contractual, los vendedores sólo están obligados a entregar lo comprendido en ellos, nada de menos, pero tampoco nada de más".

El recurrente critica algunos apartes de la sentencia que se han transcrito anteriormente y dice: "En primer lugar la unidad de medida de vara no se menciona en el contrato ni aun por vaga referencia y en segundo ya hemos visto que esa voluntad de vender por medida tampoco se expresó ni al mencionarse en la parte final de la escritura se refirió sino al terreno vendido, siendo así que el precio se pactó incluyendo casa y sementeras, que según la interpretación del Tribunal resultarían obsequiadas al comprador. Quizá resulta mayor despropósito establecer que un predio al que se ha vendido como cuerpo cierto y por linderos y señalado su precio como tal tenga que valer de acuerdo con su extensión. Un predio de dos cuadras según su destinación, situación y otras circunstancias que no se han invocado puede valer más que uno de diez; que lo vendido fue un predio por linderos, que ha de entenderse como venta de cuerpo cierto, cualesquiera que sea su cabida".

Afirma el censor que la entrega del inmueble objeto del contrato fue hecha a los compradores y para demostrar su aserto hace referencia a las pruebas que demuestran tal afirmación; que, "ni material ni legalmente se ha hecho la entrega y tradición por cabida, como lo comprueba además el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, en que aparece que no se inscribió cabida conforme lo dispone el artículo 15 de la Ley 40 de 1932, prueba que no fue apreciada por el Tribunal; que el hecho de que se aluda a la cabida aproximada, no implica que dicha cabida figure como elemento contractual y que se le haya fijado el precio y por lo tanto está violado el artículo 1889 que no obliga a entregar sino lo alinderado".

Destaca varios conceptos de doctrinantes entre ellos el del doctor Fernando Vélez en sus comentarios al Código Civil, que se transcribe: "Vendido un predio como cuerpo cierto, ésto es, no con relación a su cabida lo que puede no excluir que ella se indique pero no haciendo depender la existencia del contrato de la cabida del predio ni el comprador ni el vendedor tendrán derecho para pedir rebaja o aumento".

Concluye la censura sosteniendo de acuerdo con jurisprudencias de la Corte que la simple mención de la cabida del predio no determina la venta de esta manera, ni da derechos al comprador o vendedor; "que la mayor parte de las fincas rurales del país no están medidas y en las transacciones generalmente se menciona su extensión aproximada sin intención nunca de garantizarla. Cambiar esta jurisprudencia sería singularmente peligroso y fuente de innumerables litigios".

La Corte considera

El cargo está planteado por error de hecho evidente en la apreciación de la Escritura número 2073, por cuanto el Tribunal entendió que de conformidad con dicho título la venta había sido hecha con relación a la cabida, y no como cuerpo cierto, error de hecho que lo llevó a violar el artículo 1889 del Código Civil.

El fallador de instancia al interpretar las cláusulas de un contrato puede incurrir en violación directa de la ley cuando ha errado en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, en violación indirecta, con base en el segundo inciso del artículo 520 del Código Judicial (vigente por la fecha en que se presentó la demanda de casación) cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico (casación de 23 de febrero de 1961, *Gaceta Judicial,* Tomo XCIV, páginas 533 y siguientes).

El error de hecho puede presentarse en la interpretación del contrato cuando a éste se le hace decir lo contrario de lo que esencialmente contiene para sacar una deducción distinta con violación del precepto sustancial por errónea aplicación del mismo. La venta de predios rústicos como cuerpo cierto, es el caso de general ocurrencia; la excepción es la venta con relación a la cabida y a que se contraen los artículos 1887 y siguientes del Código Civil; para que se entienda que la venta se ha hecho con relación a la cabida es indispensable que ésta se exprese de manera cierta y concreta a fin de evitar interpretaciones erróneas o caprichosas en la aplicación del contrato; no de otra manera puede entenderse la expresión empleada en el segundo inciso del artículo 1887 citado, cuando dice que "se vende con relación a su cabida, siempre que éste se exprese de cualquier modo en el contrato..."; se vende, de consiguiente, con relación a la cabida cuando ésta se expresa en términos que no den lugar a ninguna ambigüedad en la intención de los contratantes; de lo contrario, debe entenderse que el predio rústico fue vendido como cuerpo cierto como lo dispone el último inciso de la norma citada. En el caso objeto de estudio, indudablemente el Tribunal incurrió en error de hecho, con violación del artículo 1887 del Código Civil, que señala el censor como infringido. En la Escritura número 2073 que contiene el contrato de venta se alindó de manera clara el inmueble objeto del negocio, junto con las anexidades en él existentes; se pactó un precio total de $ 77.500.00 pagaderos en la forma allí convenida; y por la cláusula quinta se dejó establecido que los compradores entregaban desde la fecha del instrumento el inmueble vendido a los compradores. Sin embargo, el Tribunal consideró que la venta se había hecho con relación a la cabida porque en la misma cláusula quinta se dijo que el terreno vendido tiene una cabida aproximada de 6 cuadras, cuando lo cierto es que el predio aparece, como se ha dicho, determinado por sus linderos, y sólo de manera incidental y por la vía ilustrativa, se habló de una "cabida aproximada", lo que no puede, según lo visto anteriormente, hacer que se desconozca la venta como cuerpo cierto a que se contrae el título escriturario.

Sobre estos aspectos ya se ha pronunciado la Corte en varias sentencias. En la de octubre 31 de 1947 (*Gaceta Judicial,* Tomo LXIII, página 90), se dijo entre otras cosas: "Se entiende efectuada una compraventa con relación a la cabida cuando es la extensión del predio el móvil determinante que induce a contratar, y tal móvil se expresa en el contrato con entera certeza para que pueda reflejar en las regulaciones legales que rigen esa modalidad del contrato ... el artículo 1887 del Código Civil destaca la compraventa por cabida como un fenómeno más o menos excepcional, reglamentado por la ley en previsión de su posible ocurrencia, pero que para adquirir virtualidad propia en el dominio contractual ha de manifestarse con inequívocos caracteres; entre estos actos es desde luego el más importante, como que absorbe toda la expresión del consentimiento condicionado, la exactitud en la enunciación de la cabida sin la cual no es posible determinar el móvil, ni darle las consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad adjetiva, gobernadas por el precepto subsiguiente al citado". Se extiende esta sentencia sobre la cabida aproximada para concluir: "La expresión de una cabida aproximada no es propiamente una estipulación contractual porque sobre ella no pueden generarse obligaciones ni derechos, los cuales nacen en relación con la cabida cuando ésta, como ya se ha dicho, es el motivo o móvil determinante del consentimiento, tomado aisladamente o en conjunto con otros particulares del inmueble; no siendo posible identificar jurídicamente ese móvil, la referencia a un tamaño aproximado del predio es apenas una de las circunstancias a que se acude para individualizarlo; como la mención del paraje en donde se encuentre, del material empleado para sus cerramientos, etc.". En sentencia de 21 de noviembre de 1951, Tomo LXX, página 824, ratificó la Corte los conceptos expuestos anteriormente, y entre otros expresa: "Esta fórmula (la cabida aproximada) carece de respaldo en la ley, la cual no ha definido lo que ha de entenderse por una aproximación de una medida ni ha dado al respecto regla alguna. La regla general que contiene el artículo 1870 del Código Civil que da al comprador el derecho opcional de desistir del contrato, o de darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación, exige que falte una parte considerable de la cosa vendida. Pero en la venta de predios rústicos con relación a su cabida, rige la norma excepcional del artículo 1888 que sólo autoriza al comprador para desistir del contrato cuando el precio de la cabida sobrante exceda de una décima parte de la cabida completa ... Además, la medida aproximada no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida, pues ésta, según el artículo 1887, debe, lo mismo que el precio total, resultar en todo caso de los datos del contrato, es decir,

aparecer determinada o determinable y lo aproximado significa indeterminación".

En fallo de 2 de junio de 1958, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXXVIII, página 103 se expresó: "... De manera que la venta por cabida debe ser siempre expresa, o sea, aparecer en forma muy clara e inequívoca que sólo se pretenden vender tantos metros, fanegadas o hectáreas, de determinado inmueble. Cuando una cláusula expresa de estas no apareciere en el instrumento público, es necesario, entonces interpretar la venta como venta de especie o cuerpo cierto. En resumen, la venta por cabida, generalmente debe implicar venta de determinadas unidades de las que forman un inmueble; por cuanto si el inmueble se vende por linderos, ésta será siempre venta de especie o de cuerpo cierto".

En la sentencia proferida por esta Sala con fecha 11 de febrero de 1964 (Tomo CVI, página 72) se precisa con nitidez la doctrina contenida en los fallos anteriores de la Corte, sentencia de la cual se insertan a continuación algunos de sus apartes:

"Por la directa relación que tiene la cabida con el precio estipulado, es palmario que aquélla debe expresarse en forma determinada y exacta, bien sea en unidades o en cantidades enteras o mixtas; porque es la única manera de saber cuál suma del precio pactado le corresponde a cada unidad y fracción de la superficie con que resulte el inmueble. Si la cabida se pudiera enunciar en el contrato en cantidad aproximada o de más o menos, diez fanegadas aproximadamente, o más o menos diez fanegadas, matemática, numérica y lógicamente no se podría saber cuál es el precio correspondiente a cada fanegada porque no es el mismo el de diez fanegadas que el de diez fanegadas más o menos o aproximadamente, ya que en último caso no se trataría del precio fijado en el contrato, igual, menor o mayor del que tenga el inmueble, para determinar el que correspondería al real sino del que resulte, evento en el cual no se trataría de la venta por cabida, dado que en ésta la fijación del precio correspondiente a las unidades que tenga de más o de menos la finca se fija por el precio señalado en el contrato a la cabida pactada. En otras palabras, el precio señalado a la cabida estipulada, es el dominante para determinr el de la cabida real. En cambio, el precio fijado a una cabida aproximada o de más o menos, por lo mismo que no es el correspondiente a la unidad de medida adoptada por los contratantes, no puede configurar la venta por cabida autorizada por el artículo 1887 del Código Civil, ya que no se compagina con las consecuencias que el artículo 1888 *ibídem* consagra a dicha venta: 'Si la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio ... y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor si no fuere posible completarla o no se le exigiere esto, sufrir una disminución proporcional del precio'. Claramente se colige que el aumento o la disminución de aquel por la cabida mayor o menor de la pactada, se entiende en relación con el precio señalado en el contrato. Aplicación que es imposible en el caso de venta por cabida aproximada o de más o menos, dado que no se trataría de un precio cierto y determinado en el contrato con relación al cual se determinaría el correspondiente al predio una vez hecha su mensura, sino, en realidad, de un precio de cuerpo cierto. Supuesto que no se compagina con el texto conjunto de los artículos 1887 y 1888 del Código Civil que fijan claramente la noción y alcance de la venta de predios rústicos con relación a la cabida.

"El inciso 3º del citado artículo 1887 se refiere a la venta de un predio compuesto de porciones de diferentes calidades y precios, y considera que es indiferente que éstas se expresen así, 'con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total', lo cual corrobora el alcance que se le ha dado a toda la norma, cual es el de que la venta por cabida de un predio rústico, trátase del que consideren las partes de una sola calidad o del que estimen de diversas calidades, requiere que resulte de la estipulación contractual una cabida total y un precio total, no una cabida aproximada, y por ende, un precio aproximado. Finalmente, esta norma se aplica también a la primera parte del último inciso del artículo en cita que contempla 'la enajenación de dos o más predios por una sola venta'.

"Si para que la venta de un predio rústico se tenga celebrada con relación a la cabida, se requiere que ésta y su precio se expresen en su totalidad, 'que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresen y del precio de cada medida', la autorización consignada por el inciso 2º del artículo 1887 de que la cabida 'se exprese de cualquier modo en el contrato' no puede tener el alcance que algunos pretenden en el sentido de que basta indicarla en cantidad aproximada o de más o menos, porque, se repite, no sería cabida total sino aquella cuyo precio total dividido por ella diera el correspondiente a la unidad adoptada como medida, evento que no es posible, cuando la cabida expresada en el contrato no es exacta sino aproximada o

de más o menos. Expresar de cualquier modo la cabida no puede tener otra interpretación que la de adoptar cualquier medida, varas, metros cuadrados, fanegadas, cuadras, cabuyas en total o por unidades enteras o fraccionarias, en forma que resulte la de todo el inmueble o de las porciones de él, o la de cada lote o la del conjunto de ellos cuando la venta comprende dos o más fincas o predios".

Lo expuesto, es suficiente para llegar a la conclusión de que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del contenido de la Escritura número 2073 de la Notaría 4ª de Medellín, otorgada el 23 de marzo de 1961, error de hecho que lo llevó a infringir por vía indirecta el artículo 1889, por falta de aplicación, norma citada por el censor, cuando el fallador consideró que allí se trataba de la venta por cabida cuando en realidad lo fue de un cuerpo cierto alindado concretamente y entregado en esa forma por los vendedores. De consiguiente, prospera el cargo.

Como consecuencia, debe casarse la sentencia objeto del recurso y proferir el correspondiente fallo de instancia.

Establecido, como se ha dejado expuesto, que por medio de la Escritura número 2073 ya citada, los señores José de Jesús Saldarriaga González y Jesús Saldarriaga Ruiz, vendieron a Augusto y Fabio Estrada y Eduardo Botero E. el inmueble que allí se delimita junto con sus respectivas anexidades y que esta venta lo fue de un cuerpo cierto o *ad corpus*, las súplicas de la demanda carecen de fundamento por cuanto que los hechos en ella determinados no responden a la realidad del contrato; y por lo tanto, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 1888 del Código Civil, que le sirvió de fundamento al juez *a quo* para pronunciar la sentencia adversa a los intereses de los demandados. Consecuencialmente, al casar la sentencia del Tribunal debe revocarse la del fallador de primer grado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha tres (3) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario seguido por Augusto Estrada E. y otros contra José de Jesús Saldarriaga González y otro, y en su lugar declara:

Primero. Revócase la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, con fecha catorce (14) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y en su lugar se absuelve a los demandados de las súplicas impetradas contra ellos en la respectiva demanda.

Segundo. Costas de las instancias a cargo de los demandantes.

Tercero. Sin costas en casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

Salvamento de voto de los honorables Magistrados doctores Gustavo Fajardo Pinzón y Guillermo Ospina Fernández

Los suscritos Magistrados se apartan con todo respeto del fallo de 16 de diciembre de 1968, adoptado por la Sala de Casación Civil en el juicio de Augusto Estrada E. y otros contra José de Jesús Saldarriaga y otro, por las razones que aquí se consignan.

I. El caso *sub lite*, descrito en el fallo, se originó en la venta que los demandados les hicieron a los actores de un predio rústico por el precio global de $ 77.500.00, indicándose en la escritura respectiva que "el terreno vendido tiene una cabida aproximada de seis cuadras". En ejercicio de la acción consagrada por el artículo 1888 del Código Civil, los compradores pidieron la reducción del precio estipulado, acción que prosperó en las instancias por haberse acreditado pericialmente un faltante de 24.762.90 varas cuadradas de las 60.000 declaradas en el contrato. No obstante la magnitud de esta diferencia (el 41.27%) entre la cabida indicada por los vendedores con el esguince de la locución "aproximada" y la real continencia del predio, la Corte infirma los fallos de instancia y absuelve a dichos vendedores demandados.

II. Este pronunciamiento se funda en doctrinas, por él citadas y en parte transcritas, que la Corte viene sentando desde el año de 1947. Por cuanto los conceptos de *cabida, continencia*

y *cantidad* desempeñan papel en otras instituciones distintas y por asociaciones de ideas tomadas de estas, las aludidas doctrinas jurisprudenciales han llegado, en el sentir de los suscritos, a hacer inoperante la figura de la *venta por cabida (de modo agri),* tratada en los artículos 1887 a 1891 de nuestro Código Civil, en situaciones que ella siempre ha estado llamada a remediar. Así, en los fallos del 31 de octubre de 1947 y del 21 de noviembre de 1951, la Corte hizo depender la procedencia de la acción de reajuste del precio de la compraventa consagrada en el artículo 1888, de que la consideración de la cabida o continencia de la cosa vendida constituyera el móvil determinante o causa de la celebración del contrato, lo que, de ser cierto, legalmente conduciría a solución diferente de dicho reajuste, cual sería la de la nulidad relativa del acto en cuestión. En los mismos fallos se ubica el problema de la cabida de la cosa vendida, cuando aquélla no alcanza la jerarquía de móvil determinante, en el terreno del requisito general de la *determinación del objeto* de los actos jurídicos, que, de faltar, tampoco daría lugar a reajustes, sino a la inexistencia misma del contrato. Este último planteamiento dio pie para que la sentencia del 2 de junio de 1958 confundiera la venta por cabida *(de modo agri)* con la venta de porción genérica del terreno a tomar de un predio cierto *(de genus limitatum),* hasta el punto de reducir la eficacia de aquella a esta hipótesis que es otra modalidad distinta entre las varias legalmente autorizadas para la enajenación de bienes inmuebles. En fin, el ya citado fallo de 1951 y del 11 de febrero de 1964 enfocan la cuestión a través del requisito de la *certeza* que debe tener el precio en la compraventa, el que faltando también produciría la inexistencia del acto, y nada tiene que ver con el reajuste del dicho precio *con posterioridad al perfeccionamiento del contrato,* de la propia manera que el eventual reajuste del mismo precio a opción del demandado, después de declarada la rescisión por lesión enorme, es fenómeno del todo ajeno a la *certeza que ese precio debió ofrecer al tiempo del contrato.*

III. Las precitadas tesis jurisprudenciales se enderezan a un objetivo común: descartar la procedencia de la acción de reajuste del precio en los contratos de venta por cabida *(de modo agri)* de inmuebles rústicos y, de contera, en los de géneros o mercaderías al por mayor, cuando la indicación de tal continencia se acompaña de locuciones tales como "aproximadamente", "más o menos", etc. Así, por esta vía de interpretación literal de los contratos y de asociaciones a esta institución de ideas que le son extrañas resulta ella privada de su finalidad ética tradicional que consiste en el logro de la equivalencia o *aproximación* entre las prestaciones contractuales. En efecto, conforme a las comentadas doctrinas, bastaría el empleo habilidoso de locuciones contractuales como las ya enunciadas para que pudieran cometerse flagrantes injusticias, apenas sí medio controladas por nuestra deficiente institución de la lesión enorme en materia de inmuebles y sin freno alguno en la de bienes muebles donde ésta no opera.

IV. La acción ventilada en el juicio es una de las más antiguas del derecho latino: *la acción de modo agri,* inicialmente vinculada a la *mancipatio,* extendida después a la compraventa y definitivamente adscrita a este contrato consensual desde la abolición por la legislación justinianea de aquel otro modo de transferir el dominio de la *res mancipii;* se sancionaba con la acción mencionada al enajenante que declarara mayor continencia que la real de la cosa, imponiéndosele la obligación de pagarle al adquirente el duplo del valor de lo faltante. Por esto, algunos ven en la acción *de modo agri* el primer paso dado por los jurisconsultos romanos, mucho antes de la adopción de las XII Tablas, para asegurar la natural equivalencia entre las prestaciones nacidas de los contratos conmutativos. En todo caso, lo cierto es que el fundamento de justicia que la presidió desde su nacimiento le ha permitido perpetuarse hasta el derecho moderno, sufriendo así en su larga trayectoria histórica notables modificaciones, pero sin perder su individualidad y sin confundirse con otras instituciones de data posterior, tales como la de los vicios ocultos sancionados con las acciones edilicias *redhibitoria* y *aestimatoria;* ni con la de la lesión enorme que se limitó a complementarla, estableciendo no ya el sólo reajuste del precio, sino la rescisión misma del contrato en los casos en que el justo valor de la cosa excediera en más de la mitad a dicho precio; ni con la del error en los móviles determinantes o falsa causa, de origen francés, productiva de la nulidad relativa del acto jurídico, etc.

V. Por los años de la redacción del Código de Bello en la era de la codificación del "derecho común" europeo, resultante éste de la paulatina integración del *jus latinum* y del *jus barbarorum,* con importantes ingredientes del Derecho Canónico y con marcada preponderancia en materias civiles del primero de tales sistemas, la institución de la venta por cabida *(de modo agri)* ofrecíase, en general, con las siguientes características:

a) El reajuste del precio por diferencia entre la cabida declarada y la real operaba siempre en las transacciones de predios rústicos, entendidos estos como los inmuebles urbanos o extraurbanos explotados mediante la extracción de sus frutos naturales, y, en algunos países, como España, se había hecho extensiva a la venta al por mayor de géneros y mercaderías, tales como el vino, los cereales, los árboles por talar, etc.;

b) La acción de reajuste había perdido su primitivo carácter de indemnizatoria *(ex delicto),* fundado en la presunción de mala fe del vendedor, quien debiendo conocer como nadie sus propias cosas, declarase tener éstas mayor continencia que la real;

c) Tal fundamento había sido reemplazado, de mucho tiempo atrás, por otro también de índole ética, cual era el de buscar la conmutativa equivalencia entre las prestaciones del contrato, lo que determinó que la acción de reajuste del precio se otorgara, por igual, a vendedor y a comprador, según que, respectivamente, la real continencia de la cosa resultase mayor o menor que la tenida en cuenta al tiempo del contrato, y

d) Sin embargo, se le continuaba reconociendo preferencia a la situación del comprador, quien además de ser recibido a exigir la disminución del precio por cabida menor o aceptar el aumento del mismo por cabida mayor, también fue autorizado para retraerse del contrato cuando la diferencia "no era de poco más o menos" o "no era aproximada", sino que alcanzara proporción mayor que la indicada por estas expresiones de uso corriente en la doctrina y en las estipulaciones contractuales.

VI. Esta organización, generalizada en el derecho occidental post-románico, adolecía del defecto de prestarse a las numerosas controversias a que alude Pothier en punto de la determinación de la magnitud que debiera asumir la diferencia entre la cabida real y la declarada, pues, a falta de estipulación expresa de las partes en el sentido de no hacer diferencias en cuanto al precio o de fijar ellas mismas la aproximación excluyente del reajuste de dicho precio y del derecho de retracto por el comprador, la doctrina y la jurisprudencia eran bien vacilantes y contradictorias a estos respectos, aunque la opinión dominante en España y en Francia, inspirada en texto del Digesto, coincidía en condicionar dichos efectos a que tal diferencia sobrepasara la vigésima parte de la cabida declarada. Este problema de medir la equivalencia o la aproximación entre lo dicho en el contrato y lo que realmente resultase con posterioridad a la celebración del mismo, no puede perderse de vista para la recta inteligencia de las soluciones que le diera nuestro Código, superando con ellas a sus modelos.

VII. El Código Napoleón dio un importante paso al formular criterios definidos respecto de la cuestión controvertida a que últimamente se ha hecho alusión. Sólo que dicha obra ofrece soluciones dicotómicas, tocadas de casuismo por prestar fundamental atención a las palabras o *modo de expresarse* de los contratantes. Reducida la institución *de la venta por cabida (de modo agri)* a los predios rústicos, establece como regla general para la procedencia de la acción de reajuste del precio y del derecho del comprador para retraerse del contrato la de que, *después de celebrado éste,* resulte una diferencia entre la cabida real y la declarada *que exceda de la vigésima parte de esta última,* y sólo por excepción autoriza dicho reajuste del precio en favor del comprador, por mínima que sea la diferencia, cuando las partes han empleado cierto modo o fórmula ritual de relacionar precio y cabida, cual es el de indicar *el valor de cada unidad en que se divide el predio vendido,* como cuando dicen "a mil francos por hectárea". El descrito régimen resulta de los siguientes textos del mencionado Código, cuya transcripción importa para la recta comprensión de las reformas introducidas por el nuestro: "1617. Si la venta de un inmueble ha sido hecha con indicación de su continencia, *a razón de tanto la medida,* el vendedor está obligado a entregarle al adquirente si él lo exige, la cantidad indicada en el contrato. Y si esto no es posible, o si el adquirente no lo exige, el vendedor está obligado a sufrir una disminución proporcional del precio". Tal norma es la excepción. "1618. Si, por el contrario, en el caso del artículo precedente, se encuentra *una continencia más grande* que la expresada en el contrato, el adquirente tiene opción de pagar el suplemento del precio, o de desistir del contrato, si el excedente es de una vigésima sobre la continencia declarada". Seguidamente esta última regla se generaliza para todos los casos distintos del contemplado en el artículo 1617, así: "1619. Sea que la venta lo sea de un cuerpo cierto y limitado. —Sea que ella tenga por objeto fundos distintos y separados. Sea que ella comienza por la medida, o por la designación del objeto vendido seguido de la medida—, la expresión de esta medida no da lugar a ningún suplemento del precio, en favor del vendedor, por el excedente de la medida, ni en favor del adquirente a ninguna disminución del precio por menor medida, sino en tanto que la diferencia

de la medida real y la expresada en el contrato sea de una vigésima *en más o en menos, habida consideración del valor de la totalidad* de los objetos vendidos, *si no hay estipulación en contrario*". Vese, pues, y conviene repetirlo una vez más que el sistema francés, salvo un caso (el de la indicación del precio de cada medida), para las ventas de predios rurales en que se mencione la cabida de estos, tolera una diferencia entre la declarada y la real hasta de una vigésima parte de la primera, y que, consultando el espíritu y la finalidad tradicional de la institución de la venta *de modo agri,* sanciona siempre con el reajuste del precio y eventualmente con la resolución del contrato, a opción del comprador, las diferencias que sobrepasen dicho límite. Por ello resulta inocuo rastrear la doctrina o la jurisprudencia de dicho sistema para averiguar si en ellas se ha presentado alguna duda acerca de la procedencia de los referidos efectos cuando a la indicación de la cabida los contratantes agregan locuciones tales como "aproximadamente", "más o menos", etc., las que nada pueden significar allí, comoquiera que el límite de esa aproximación y su incidencia en los efectos del contrato se encuentran legalmente determinados.

VIII. Dicho está que el Código de Bello ofrece concepción distinta de la francesa, especialmente en cuanto a la solución del problema principal que suscita la venta por cabida *(de modo agri).* El desarrollo de esta concepción nueva se va perfilando claramente desde el primer proyecto de dicho código (1841-1845), definitivamente influenciado por el francés, hasta el último proyecto inédito, cuyos artículos 2016 y siguientes consignan ya las fórmulas adoptadas en Chile y en Colombia.

IX. El artículo 1887 de nuestro Código Civil (2016 del proyecto inédito), que comienza a trazar el régimen de dicha institución, contiene un repertorio didáctico y una presunción legal acerca de cuándo la venta debe entenderse en relación con la cabida, como también señala el medio único para desvirtuar esa presunción.

X. El inciso 1º del citado texto enuncia que los predios de dicha clase pueden venderse o no "con relación a su cabida", pero califica el segundo extremo de esta alternativa con expresión impropia y que se ha prestado a confusiones: "o como una especie o cuerpo cierto". Sabido es que esta expresión técnicamente significa dentro de la propia obra *cosa determinada o individualizada en forma tal que no pueda confundirse con ninguna otra de la misma clase o género,* y que, en materia de enajenación de bienes inmuebles, éstos siempre tienen que estar singularizados de dicho modo por su ubicación, linderos y nomenclatura urbana o rural: en el mismo contrato traslaticio, si la enajenación se refiere a la totalidad o a parte *determinada* del inmueble (artículo 2594, 2), o a cuota proindiviso radicada en la totalidad del mismo (*ibídem,* 3); pero cuando la operación versa sobre cantidad a tomar de un predio cierto *(genus limitatum)* basta la singularización de este último en la misma forma y la indicación de la cantidad de la porción materia del negocio, tal cual se requiere para cualquier acto relativo a cosas de género (artículos 1518 y 2524, 2); sólo que, ya para el cumplimiento de la obligación de dar que genera el contrato concebido en esta última forma, es indispensable la posterior determinación de la porción vendida *como cuerpo cierto* para que pueda verificarse su tradición en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados (casación, 29 de noviembre de 1967, juicio de Bedout contra Latorre, aún no publicado). Es, pues, inexacta la doctrina jurisprudencial de 1947 y de 1951 que vincula los efectos *de la venta de modo agri* al requisito de la *determinación del inmueble,* pues que, siendo siempre de rigor la especificación de este como *cuerpo cierto* para los efectos de su tradición, aquella modalidad de la venta, la *de modo agri,* en tratándose de inmuebles, solamente puede darse en este campo de los cuerpos ciertos. Y todavía es más inexacta la doctrina de 1958 que pretende reducir la venta *de modo agri* a la de *genus limitatum,* ya que precisamente es en esta última figura donde rarísimamente podría operar aquella otra institución, comoquiera que debiéndose indicar en la compraventa la cantidad de terreno objeto del negocio y el inmueble de que ésta se ha de tomar, y siendo indispensable para la tradición de dicho objeto su posterior mensura y especificación *como cuerpo cierto,* para que entonces pudiera darse el caso de un posterior reajuste del precio por diferencias en la cabida habría que suponer la hipótesis insólita de que las partes hubieran realizado al ojo tales mensura y alindación de la porción vendida. Ha de concluirse, por tanto, que la fórmula enunciativa del citado inciso 1º del artículo 1887 únicamente significa que en nuestra legislación la venta de predios rústicos puede hacerse o no con relación a su cabida *(de modo agri).*

XI. El inciso 2º del propio artículo implica ya una reforma de señalada significación al sistema francés, en cuanto ofrece un criterio *único* para determinar cuándo la venta de un predio

se hace con relación a su cabida *(de modo agri)* y cuándo no. En efecto, este inciso consagra *una presunción legal* e indica *el único modo* de desvirtuarla: "Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se expresa *de cualquier modo* en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato". De esta suerte, el doble criterio de que la legislación francesa hace depender los efectos de la institución, según que la continencia se indique "a razón de tanto la medida" para autorizar entonces el exacto reajuste del precio a instancia del comprador (artículo 1617), o que dicha continencia se exprese de cualquier otro modo, en cuyo caso dicho reajuste y el derecho del comprador a retraerse solamente proceden cuando la diferencia entre tal declaración y la realidad es de más de una vigésima parte (artículo 1619), desaparece en la nuestra al establecerse en esta que la sola referencia en el contrato a la cabida del predio, "de cualquier modo", hace presumir que la intención de las partes ha sido la de contratar *de modo agri* para los ulteriores efectos que apareja esta modalidad, presunción que solamente puede desvirtuarse por los mismos contratantes declarando que su intención ha sido otra, la de que "no entienden hacer diferencia en el precio". Así esta declaración descarta los efectos de la venta *de modo agri* (artículo 1889), y, en faltando la misma, rige la presunción legal y a la compraventa celebrada le es pertinente el régimen del artículo 1888. Las reglas contenidas en los siguientes incisos del citado artículo 1887 sólo tienen también un alcance didáctico encaminado a explicar todavía más el propósito de nuestro legislador de descartar el doble criterio casuístico del Código Francés. Reza el inciso 3º, "Es indiferente que se fije directamente un precio total o que este se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa y del precio de cada medida". Por tanto, en nada modifica la presunción establecida en el inciso 2º el que en el contrato se diga v. gr. que el precio es de $ 70.000.00 o de $ 1.000.00 por hectárea, modos estos de estipular que, se repite en Francia aparejan soluciones diversas. Agrega el inciso 4º: "Es así mismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total". Contempla este texto otra hipótesis especial, que, como en el mismo se dice, *es indiferente,* o sea que no modifica la regla general. Así, si un solo predio rural contiene, en parte, viñedos o cualesquiera otras mejoras de carácter permanente y el resto es de terrenos laborables, y si las partes convienen en señalar precios distintos a tales porciones para que la venta pueda entenderse con relación a la cabida, es indispensable que se señale de cualquier modo la continencia de ambas, porque, como es obvio, al dejarse de indicar la de una de ellas, se hace imposible todo cálculo acerca de la proporción entre la cabida total y el precio total. Esto, y nada más que esto, es lo que significa el comentado inciso que contempla hipótesis análoga a la de la primera parte del siguiente, tomado del artículo 1623 del Código Francés: "Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por una sola venta". En conclusión todas estas reglas explicativas del artículo 1887 del Código Civil convergen a reafirmar y no a alterar el criterio general sentado en el inciso 2º del mismo, cual es el de presumir que la venta se hace *de modo agri* siempre que se indique la cabida del predio o predios "de cualquier modo", a menos que las partes, también mediante una declaración expresa, manifiesten que "no entienden hacer diferencia en el precio" y así hagan prevalecer su intención real sobre la presumida por la ley (ver Rodríguez Fonnegra, Compraventa Bogotá 1960, página 337).

XII. Sentado por nuestro Código su criterio único respecto de cuándo ha de entenderse hecha la venta *de modo agri,* el siguiente artículo también modifica el régimen dicotómico establecido por su modelo francés. En lo que toca con el posterior reajuste del precio por diferencia entre la cabida declarada y la real ofrece una solución única: confiere la acción respectiva tanto al vendedor como al comprador, *cualquiera que sea esa diferencia,* o sea que adopta la solución del artículo 1617 del Código Francés, que es la que mejor armoniza con el criterio de que en la venta *de modo agri* la intención de los contratantes es la de proporcionar el precio a la continencia de la cosa vendida. Y, ya en lo que respecta al derecho del comprador para retraerse del contrato, lo que obviamente implicaría el ejercicio de una acción resolutoria para hacer valer tal derecho, cuando dicho comprador no se conforma con el aumento o la disminución del precio, según el caso, la innovación que introduce el mencionado artículo es la de aumentar el límite de la desproporción tolerada de la vigésima parte a la décima del precio de la cabida real con lo cual, sumado al corto término de caducidad de las acciones (artículo 1890) se asegura mejor la estabilidad de los contratos en que el desequilibrio

entre las prestaciones de los mismos apenas sí justifique la sanción de menor importancia, cual es la del reajuste de ese desequilibrio.

XIII. Finalmente el artículo 1891 de nuestro Código, siguiendo al Derecho Español, extiende las reglas de la venta con relación a la cabida a las que tengan por objeto "cualquier todo o conjunto de efectos o mercaderías", lo que hace todavía más importante la recta interpretación de dichas reglas, so pena de propiciar en este nuevo campo graves e irreparables injusticias.

XIV. El anterior examen de la naturaleza de la venta por cabida o continencia, del fundamento ético que siempre ha presidido su establecimiento legal y de sus principales desarrollos históricos y en nuestro ordenamiento civil, permiten precisar los elementos axiológicos de las dos acciones pertinentes a dicha institución consagradas en el artículo 1882. Mas, por razón de la importancia de los efectos que estas producen sobre el contrato mismo, como también para mejor destacar la grave incidencia que sobre ambas acciones alcanzan las doctrinas jurisprudenciales que critican, conviene determinar en primer lugar los elementos de la resolutoria reconocida al comprador, a saber:

a) La venta ha de versar sobre predios rústicos, tradicionalmente entendidos estos como los que se explotan mediante la extracción de sus frutos naturales (artículo 1887, 1), o sobre un todo o conjunto de géneros o mercaderías, como un hato, un bosque por talar, el vino o el trigo almacenados en una bodega, etc. (artículo 1891);

b) La cabida o continencia de la cosa vendida debe expresarse "de cualquier modo" en el contrato, lo que conlleva la presunción legal de que la venta se ha hecho con relación a dicha cabida o continencia, "salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio" (artículo 1887, 2); y

c) Perfeccionado el contrato se ha de establecer entre la cabida o continencia real y la declarada una disparidad, en más o en menos, *de una décima parte del precio de la primera* (artículo 1888). De otro lado, los elementos axiológicos de la acción de reajuste del precio, que compete por igual al vendedor y al comprador, son los mismos de la precitada acción resolutoria, a excepción del relacionado en el literal c), porque para la viabilidad del reajuste la ley no señala límite alguno en lo que toca con la diferencia entre la cabida real y la declarada; presumiéndose que la venta se ha celebrado con relación a esta, la magnitud de la desproporción que resultare es sólo el criterio que habrá de servir para determinar la cuantía del aumento o de la disminución de dicho precio, por mínima que sea esa desproporción.

XVI. Respecto de los elementos axiológicos de las acciones que apareja la venta con relación a la cabida o continencia, la doctrina jurisprudencial reiterada en el fallo a que este salvamento se refiere incurre en dos inexactitudes que, por igual, desvirtúan dichas acciones: en primer lugar, ignoran aquellas la presunción legal del inciso 2º del artículo 1887 que se repite, a la vez que interpreta que la intención de las partes es la de negociar con relación a la cabida siempre que esta se exprese "de cualquier modo", también señala el único medio que dichas partes han de emplear para contrarrestar esa presunción, cual es el de declarar "que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato". y, en segundo lugar, al interpretar restrictivamente el referido texto en el sentido de que este únicamente comprendería los casos en que la relación entre precio y cabida se indicara *a tanto por unidad de medida* o mediante el *preciso señalamiento de una cabida total y de un precio total,* excluyendo por tanto, la viabilidad de las acciones que conlleva la venta *de modo agri* en las hipótesis de que los contratantes adicionaran dicha indicación de la continencia con expresiones tales como "aproximadamente" o "más o menos", la jurisprudencia ha pasado por alto lo que salta a la vista en texto que consagra tales acciones: que la diferencia "en más o en menos", o sea la falta de "aproximación" tolerada por la ley para excluir la acción resolutoria *es sólo de la décima parte* (la vigésima del Derecho Francés), lo que también está indicando a las claras que, al no señalarse el mismo límite para la acción de reajuste del precio (a diferencia también del sistema francés), esta acción procede cualquiera que sea dicha "aproximación". Agrégase a esto que al dejarse de interpretar la institución atendiendo a su tradicional finalidad conmutativa, se da lugar a graves injusticias. En efecto: en materia de bienes inmuebles se cohonesta el empleo mañoso de las aludidas locuciones "aproximadamente", "más o menos", etc., para condenar a la inoperancia, no solamente la acción de reajuste del precio sino también la resolutoria que compete al comprador cuando la diferencia entre la cabida real y la declarada rebasa el límite de la décima parte, que es, se repite, el tolerado por la ley, y ello aunque la desproporción sea tan exorbitante como la que acusa el caso *sub lite*

en que la diferencia llega al 41.27%. Y, como la acción rescisoria por lesión enorme nunca procede en materia de bienes muebles al aplicar las reglas de la venta por cabida a los conjuntos de géneros o mercaderías, como lo manda el artículo 1891, las interpretaciones desviadas de estas reglas conducen a que en negociaciones de tal índole las consabidas expresiones "aproximadamente" o "más o menos" u otras similares canonicen cualquier explotación indebida, por irritante que esta sea.

XVII. Dicho está que las doctrinas jurisprudenciales que motivan este salvamento también han pretendido encontrar apoyo en ideas traídas de otras instituciones diversas. De tales ideas tan sólo resta comentar la que en el fallo de 1947 sirvió de punto de partida para las soluciones adoptadas por tales doctrinas cual fue la de vincular la *venta con relación a la cabida (de modo agri)* a otra figura distinta y sujeta a diverso régimen legal: *la venta de cosa cuya continencia sea el móvil determinante o causa del contrato.*

Sabido es que el Derecho Romano solamente le dio relevancia jurídica al error acerca del objeto cuando versara sobre la identidad de este *(error in ipso corpore rei)* o sobre la composición material del mismo *(error in substantia).* Encontrando Pothier demasiado estrecha esta concepción, por cuanto excluía el error acerca de otras calidades del objeto, ajenas a su composición material, pero que muchas veces revisten en el comercio mayor importancia que esta, tales como la antigüedad o la procedencia de una obra de arte, propuso una noción distinta del *error in substantia* que es la adoptada por la doctrina y por la legislación francesa. Tal noción hace consistir la *sustancia* del objeto en cualquier calidad de este, material o inmaterial, esencial o accidental, a condición de que ella sea el móvil que induce a una de las partes a la celebración del contrato y tal móvil haya sido conocido por la otra parte. Así el error en que incurre el comprador de unos candelabros por creer que estos pertenecieron a Napoleón es en el sistema francés un error en la *sustancia* del objeto, contemplado en el artículo 1110 del Código Civil como un vicio del consentimiento y erigido en causal de nulidad relativa del contrato. El autor de nuestro Código, filósofo y filólogo de gran altura, consideró inapropiado convertir el concepto de *sustancia* del objeto en algo puramente subjetivo e intencional. Por ello, en el inciso 1º del artículo 1511 redujo este concepto a las *calidades esenciales,* o sean aquellas propiedades materiales o inmateriales "que hacen que el objeto sea lo que es y se diferencie de otras cosas de la misma especie". Pero, de otro lado, encontrando aceptables las razones de Pothier tocantes con las calidades *no sustanciales,* vale decir, *accidentales,* como lo son la antigüedad o la procedencia de la cosa, en el inciso 2º del citado artículo sometió el error acerca de estas al tratamiento francés: tal error vicia el consentimiento cuando la calidad en cuestión ha sido el móvil determinante de una de las partes para contratar y dicho móvil ha sido conocido de la otra parte. Este inciso, como lo tiene advertido la jurisprudencia, es una aplicación concreta del artículo 1524 y conduce, en concordancia con el 1741, inciso 3º, a la nulidad relativa del acto en que se ofrece el vicio.

Entonces, resulta claro que en nuestro ordenamiento civil *cabida* o *continencia* de una cosa está sujeta a tratamientos diversos, según constituya o no móvil determinante del contrato. En el primer caso, o sea cuando se trata de una calidad del objeto, sin la cual uno de los contratantes *no hubiera celebrado el negocio,* que tal es el significado de *móvil determinante o causa,* según definición del artículo 1524, el error acerca de aquella apareja la nulidad de dicho contrato, dándose desde luego la circunstancia de que ese móvil haya sido conocido por la otra parte, según lo prescrito en el inciso 2º del artículo 1511.

Así, según ejemplo repetido por las doctrinas francesa, chilena y colombiana, hay lugar a la nulidad de la compraventa de un terreno cuando la cabida del mismo ha sido principalmente tenida en consideración por el comprador para la construcción de una fábrica de dimensiones precisas. En tal caso resultaría absurdo que, en vez de aplicar las normas pertinentes a la nulidad relativa del contrato por el error en la causa o móvil determinante, lo fuesen las de la venta por cabida y que, entonces, si el terreno tuviese un faltante inferior a la décima parte, el comprador tuviera que conformarse con la restitución de la respectiva parte del precio, quedando obligado a conservar el bien que no le sirve y a buscar otro adecuado a sus propósitos. Por el contrario, cuando las partes ya están avenidas a celebrar el negocio, pero su *intención* (concepto este que equivale al de *voluntad real* que comprende los móviles determinantes o causa y los que no lo son) es la de ajustar el precio a la cabida o continencia de la cosa, dicho negocio es válido; sólo en el evento de que *con posterioridad a su celebración* se descubra diferencia entre la cabida real y la declarada habrá lugar siempre al reajuste de tal precio, y si aquella

diferencia excede de la décima parte de la cabida completa, el comprador tendrá opción para aceptar dicho reajuste o para desistir del negocio.

Corolario obligado de la precitada distinción es la de que locuciones contractuales, v. gr. "aproximadamente", "más o menos", etc., referidas a la cabida o continencia sí desempeñan papel importante en el caso de que el comprador alegue que esta cabida fue el móvil determinante que le indujo a adquirir la cosa, pues al aceptar la inserción en el contrato de tales locuciones, pone en evidencia que la exactitud de aquella cabida no es lo que lo lleva a consentir el acto, circunstancia que descarta la procedencia de la acción de nulidad de este. Por el contrario, tales locuciones carecen de toda significación en el campo de la venta *de modo agri,* donde cualquier diferencia o *desproporción* entre la cabida real y la declarada da lugar a la acción de reajuste del precio, como también al derecho de desistir del contrato reconocido al comprador cuando la cabida real sea superior o inferior a la décima parte de la declarada, límite este tolerado por el artículo 1888. Vése, pues, que la indebida asociación jurisprudencial de las dos comentadas instituciones, reduce a la inoperancia las acciones propias de la venta *de modo agri,* fundándose en locuciones contractuales que sólo pueden desempeñar papel decisivo en lo que toca con la procedencia de la acción de nulidad que sanciona la venta de cosa cuya continencia sea la causa o móvil determinante del contrato.

Gustavo Fajardo Pinzón.

Guillermo Ospina Fernández.

Fecha ut supra.

SEGUROS

Error de hecho en la apreciación probatoria. — El contrato de seguro no es real sino solemne; se perfecciona por el cumplimiento de la solemnidad prevista —escritura pública privada u oficial, llamada "póliza"— y no por el pago de la "prima"; el pago de ésta no es uno de sus requisitos ad substantiam, sino obligación de una de las partes en contrato bilateral. — Las normas del Título XIII del Libro IV del Código Civil no son simples consejos, sino preceptos instrumentales, reglas de interpretación de obligatoria aplicación, cuya violación es denunciable en casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, diciembre 16 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández.*

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 11 de los corrientes, según Acta número 103 de esa fecha).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Teresa Currea viuda de Lloreda y otros frente a la Compañía de Seguros Bolívar.

El litigio

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, Teresa Currea viuda de Lloreda, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Rafael Antonio, María Teresa y Jorge Alberto Lloreda Currea, citó a juicio a la Compañía de Seguros Bolívar para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) Que Rafael Lloreda Maldonado tomó válidamente en la Compañía de Seguros Bolívar un seguro de vida por la suma de $ 40.000.00, adicionado mediante dos convenciones por cantidades iguales a la indicada para el caso de muerte en accidente de aviación;

b) Que, por haber fallecido el nombrado Lloreda Maldonado en accidente de tal índole, la entidad aseguradora debe a los beneficiarios demandantes el valor total del seguro, o sea la suma de $ 120.000.00 que aquélla está obligada a pagarles a éstos, así: $ 60.000.00 a la viuda Teresa Currea de Lloreda y $ 60.000.00 por partes iguales, a los tres menores hijos legítimos de la misma;

c) Que la entidad demandada es civilmente responsable por no haberles pagado oportunamente a los actores el valor del seguro y que, en consecuencia, debe cubrirles el interés corriente de la suma de $ 120.000.00, a la tasa del uno y medio por ciento mensual, desde el día en que dicha suma se hizo exigible hasta el de su pago, más el cinco por ciento anual.

Fúndase la *causa petendi* en los hechos que así se sintetizan:

a) Rafael Lloreda Maldonado, esposo de Teresa Currea viuda de Lloreda y padre legítimo de los menores por ella representados en este juicio, falleció en Barrancabermeja el 23 de agosto de 1962 en accidente de aviación de la empresa Taxader;

b) El nombrado Lloreda Maldonado había solicitado a la Compañía de Seguros Bolívar el 18 de junio de 1962 una póliza de seguro de vida por la suma de $ 40.000.00, operación esta que se concertó entre aquél y los hermanos Rafael y Alfredo Valek Moure, agentes de dicha compañía en la ciudad de Bucaramanga;

c) En la misma fecha el asegurado le entregó "al agente por cuenta de la primera prima $ 319.00" y, posteriormente le hizo los siguientes pagos: $ 319.00 el 23 de junio de 1962,

$ 190.00 el 18 de julio y $ 319.00 el 18 de agosto del mismo año;

d) Estos pagos ascienden a la suma de $ 1.147.00 que es inferior a la prima estipulada en la cantidad de $ 1.80;

e) 17 días después de firmar Lloreda Maldonado su solicitud de seguro y de pagarle al agente de la compañía $ 319.00 a cuenta de la primera prima, y una vez practicados los exámenes médicos, dicha compañía demandada le expidió a aquél, el 5 de julio de 1962 y con la firma del Gerente y el Secretario, la Póliza de Seguro número 31820 que le fue entregada al asegurado;

f) Lloreda Maldonado falleció "después de haber pagado la totalidad de la primera prima a los agentes colocadores de la compañía demandada y de haber recibido la póliza de seguro, lo que indicaba una aceptación de la forma de pago de la prima establecida con los agentes colocadores del seguro";

g) Los demandantes le solicitaron a la compañía demandada el cumplimiento de sus obligaciones como aseguradora, solicitud que fue rechazada por ésta en carta del 14 de septiembre (de 1962), y

h) A consecuencia de la falta de pago del seguro, los actores "han sufrido privaciones y se han visto en la necesidad de pagar intereses por dineros que han necesitado".

La entidad demandada, al contestar el libelo, se opuso a las súplicas en él formuladas; aceptó algunos de los hechos en que se funda y negó otros. En sustancia, la defensa de dicha entidad se hizo consistir en no haberse perfeccionado el contrato de seguro con Lloreda Maldonado, por no haber pagado éste la primera prima, no estar autorizados los agentes de la compañía para pactar el fraccionamiento de la misma, y ser costumbre de la propia compañía "enviar a sus sucursales las pólizas anticipadamente firmadas por los funcionarios".

El primer grado del juicio finalizó con sentencia estimatoria, cuya parte resolutiva reza:

"*Primero.* Declárase que el señor Rafael Lloreda Maldonado tomó válidamente en la Compañía de Seguros Bolívar, mediante Póliza número 31820 de 5 de julio de 1962, un seguro de vida por la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), adicionado mediante dos convenciones de la misma fecha por dos cantidades iguales como indemnización por muerte causada en accidente.

"*Segundo.* Declárase que por haber fallecido el asegurado Rafael Lloreda Maldonado en accidente de aviación, la entidad demandada, Compañía de Seguros Bolívar, debe a los beneficiarios designados en la póliza precitada, el valor total del seguro, o sea la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) que incluye tanto el valor de la póliza de seguro como el valor de las sumas principales pactadas como indemnizaciones en las convenciones anexas a la póliza.

"*Tercero.* Condénase a la Compañía de Seguros Bolívar a pagar en favor de la señora Teresa Currea de Lloreda la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.00), que corresponde al cincuenta por ciento (50%) de la suma asegurada conforme a la póliza aludida y, por partes iguales en favor de los señores Rafael Antonio, María Teresa y Jorge Alberto Lloreda C., los otros sesenta mil pesos ($ 60.000.00), que corresponden al cincuenta por ciento (50%) de la suma pactada en la póliza y convenciones respectivas. El pago de tales cantidades se hará a los beneficiarios mencionados, o a quienes sus derechos representen, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

"*Cuarto.* La entidad demandada, o sea la Compañía de Seguros Bolívar, pagará los intereses a la tasa legal sobre las cantidades a que se refiere el punto precedente, causados a partir del día en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando el pago se efectúe.

"*Quinto.* Del valor del seguro aquí decretado, se descontará al momento del pago la suma de un peso con 80/100 ($ 1.80).

"*Sexto.* Condénase en las costas del juicio a la parte demandada. Tásense".

Por apelación interpuesta por la entidad demandada se surtió la segunda instancia, al cabo de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia recurrida y condenó en costas al apelante.

La motivación del fallo del Tribunal

A vuelta de relacionar la litis contestación y el desarrollo del juicio, y de encontrar satisfechos los presupuestos procesales, el Tribunal procede a fundar su propio pronunciamiento.

Califica las acciones incoadas en el libelo como la de cumplimiento de una obligación contractual y la consecuencial de indemnización de perjuicios, cuyos elementos axiológicos describe así:

"a) Que se trate de un contrato bilateral;

"b) Que el contratante demandado haya incumplido, total o parcialmente, las obligaciones que para él generó el pacto, y

"c) Que, por su parte, el demandante haya cumplido con las suyas, o a lo menos se haya allanado a cumplirlas en las circunstancias estipuladas".

Considera establecido el primero de los precitados elementos axiológicos mediante la Póliza número 31820 de 5 de julio de 1962 y las dos convenciones adicionales a la misma, documentos que acreditan la celebración de un contrato de seguro entre la compañía demandada y Rafael Lloreda Maldonado en beneficio de los actores, y, entre las características de tal contrato, destaca la de ser éste bilateral de conformidad con los artículos 634, 674 y 680 del Código de Comercio.

En lo concerniente con el incumplimiento de la obligación de pagar el seguro a cargo de la compañía demandada, el sentenciador también lo encuentra acreditado. "Si, pues, está plenamente demostrada la ocurrencia del evento asegurado, la muerte del señor Lloreda Maldonado, lo mismo que su carácter accidental: tal acontecer, constitutivo de la condición que suspendía el nacimiento de la principal obligación del asegurador, tiene la virtualidad de otorgarle la vida legal a ésta. Y como la compañía demandada no la ha cumplido, desde luego que su incumplimiento es la razón del presente juicio y que así lo reconoce ella en diferentes manifestaciones contenidas a través de todo el proceso —confesión vertida en el escrito de contestación de la demanda y en las cartas de 14 de septiembre y 6 de noviembre de 1962, visibles a los folios 11, 12 y 13 del cuaderno principal— debe seguirse que el segundo de los elementos esenciales de la acción que se estudia también tiene existencia en el presente caso".

En fin, respecto del cumplimiento de las obligaciones del asegurado, precisa el fallo que la principal de ellas, al decir del artículo 680 del Código de Comercio, es la de "pagar la prima en la forma y época convenida". Seguidamente, puntualiza que en el presente caso Lloreda Maldonado, al asegurar su vida, se comprometió a pagar una prima anual de $ 1.148.80 los días 5 de julio de cada año durante 20 en que se acordó el plazo del contrato, según la respectiva estipulación que reza: "La compañía asume las obligaciones estipuladas en esta póliza en virtud del pago de la prima arriba indicada y del pago de una suma igual en cada fecha de pago posterior durante el período de seguro hasta la muerte del asegurado, si ocurriere antes de expirar dicho período".

Teniendo en cuenta que la compañía demandada funda su oposición a las pretensiones del libelo en que el asegurado no pagó la primera prima y en que, en la hipótesis de que esta se le hubiera cubierto al agente en forma fraccionada, tal actuación implicaría una extralimitación de facultades del representante no obligatoria para aquella, el fallo formula las siguientes consideraciones: encuentra establecido que Rafael y Alfredo Valek eran agentes de la compañía de seguros, diputados expresamente en la póliza del seguro para recibir el pago de las primas correspondientes; que el 18 de junio de 1962, Lloreda Maldonado, por conducto de los nombrados agentes solicitó la emisión de la póliza, pagándoles "por cuenta de la primera prima" la suma de $ 319.00; que el 5 de julio del mismo año, la compañía emitió la póliza solicitada la que le fue entregada al asegurado; que el 23 de junio, el 18 de julio y el 18 de agosto siguientes, dicho asegurado también le pagó al agente Rafael Valek, por el mismo concepto, las sumas de $ 319.00, $ 190.00 y $ 319.00, en su orden. De la verificación de tales hechos concluye: "Es evidente que, conforme a nuestro derecho positivo, la prima debe pagarse 'al vencimiento del plazo convencional o legal' (artículo 668 del Código de Comercio), y que en la práctica comercial este último está determinado por *la entrega de la póliza al asegurado.* Pero también es igualmente cierto que según la ley (artículo 670 *ibídem*) a veces se concede un *plazo de gracia,* y que la costumbre mercantil, para facilitar al asegurado la satisfacción de la primera prima, acepta el fraccionamiento de su valor, pues que si tal conducta implica la modificación de normas que reglamentan el pago de la prima, su modificación no está prohibida porque ella no incide en el orden público".

Dentro de este mismo orden de ideas, también concluye el sentenciador que, de conformidad con el artículo 1505 del Código Civil y el 3º de la Resolución número 22 del 9 de febrero de 1955, por la cual la Superintendencia Bancaria reglamenta la profesión de los agentes de seguros, las compañías que los designan "se hacen responsables por los actos del agente en el ejercicio de sus funciones", de donde éstas no pueden ser recibidas a oponerles a los beneficiarios ni al asegurado, quienes son terceros respecto de los mismos, los contratos particulares celebrados por ellas con dichos agentes.

El recurso extraordinario

Interpuesto por la entidad demandada, fúndase en demanda que contiene dos cargos.

Primer cargo. Acusa el fallo del Tribunal por

"violación directa" de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil.

Transcribe el primero de los citados textos legales, el que considera bien interpretado por el sentenciador, pero "interesa demostrar cómo el presupuesto del cumplimiento por parte del demandante de las obligaciones expresamente contraídas por él no se cumplieron en la forma convenida, y que, por ende, el juzgador violó la norma al aplicarlas.

Para el efecto así enunciado el censor transcribe y subraya las siguientes estipulaciones de la solicitud del seguro y de la correspondiente póliza: "Esta solicitud inclusive la parte segunda y cualquier póliza o pólizas emitidas como consecuencia de la misma *constituirán el contrato completo de seguro; toda modificación en las condiciones de las partes primera y segunda de la solicitud o de la póliza misma, deberá llevar la firma de una persona autorizada; solamente el Gerente, el Actuario, cualquier subgerente, el Secretario o el Registrador, podrán celebrar, modificar o liquidar contratos o renunciar a cualquiera de los derechos o requisitos de la compañía y esto únicamente por escrito*". "El seguro aquí solicitado *no se considerará en vigor* sino desde el momento en que la compañía haya emitido la póliza, por la suma, plan de seguro y forma de pago de primas arriba indicados de acuerdo con las tarifas establecidas por la compañía y desde que el suscrito haya recibido y aceptado dicha póliza, encontrándose en buena salud y *habiendo pagado la primera prima*". "La compañía asume las obligaciones estipuladas en esta póliza *en virtud del pago de la prima* indicada y del pago de una suma igual en cada fecha de pago posterior durante el período del seguro o hasta la muerte del asegurado, si ocurriere antes de expirar dicho período, '*se concede un período de gracia* de un mes sin recargo de intereses para el pago de cualquier prima, *con excepción de la primera* durante la cual el seguro continuará en vigor' ".

A vuelta de comentar las precitadas estipulaciones, expresa la censura: "Establecida en esta forma la voluntad contractual, lo que, las partes convinieron, aquello que rige sus relaciones recíprocas y que se halla claramente estipulado por ellas, veamos ahora en qué forma el Tribunal 'interpretó' si así puede llamarse, el contrato en cuestión, es decir, la voluntad expresa de los contratantes".

El juez de primera instancia, en fallo acogido por el Tribunal, *reconoce* que el valor de la primera prima no se cubrió totalmente; esa la razón para que dispusiera como lo hizo que "del valor del seguro aquí decretado, se descontará al momento de su pago la suma de $ 1.80". Estima el censor que esta solución es de una irritante frivolidad, que el juez asumió funciones de contratante y que concedió una graciosa rebaja, por lo cual aquel pregunta: "¿Le parecería muy poco lo que dejó de pagarse? ¿Están los jueces facultados para determinar cuándo se perfecciona un contrato, contra lo que dicen los contratantes?".

En fin, refiriéndose al paso de la sentencia acusada en que se dice que está de acuerdo con la costumbre mercantil el aceptar el fraccionamiento del pago de la primera prima en los contratos de seguro y que tal práctica es lícita por cuanto no contraría el orden público, censura el recurso: "... pertenece al abecé jurídico que la costumbre, aun en el derecho mercantil en donde se le otorga notable jerarquía, es aplicable cuando no hay disposición contractual; aquí sí la hay; la costumbre no puede siquiera mentarse".

Consideraciones de la Corte

I. La precitada formulación del cargo no se compadece con la preceptiva del recurso extraordinario, a la que se refiere el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, en estos términos: "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y 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".

En efecto, la censura se limita a denunciar "violación directa" de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, sin mencionar la causal de casación invocada, siendo así que la violación de leyes sustanciales puede estructurar, no solamente la causal primera en que parece ubicarse el recurso, sino también otras, v. gr. la cuarta que estriba precisamente en el quebranto del artículo 448 del Código Judicial, que es norma de la índole mencionada. Si, según la precitada interpretación, el cargo se sitúa dentro de la causal primera, resulta que tampoco indica el concepto de la denunciada violación legal, porque ésta puede ofrecerse de tres modos inconfundibles, cuales son la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea. En el desarrollo de la motivación, se afirma que el sentenciador interpretó erradamente el contrato de seguro contenido en la póliza respectiva; pero, igualmente se deja de precisar la clase del error que se habría cometido en este campo, pese a que de dicha clase depende el tratamiento que

haya de dársele en casación, según que el error sea jurídico o tocante con la determinación del contrato, o con los efectos que le son propios, o que sea de derecho en la valoración de pruebas, o que sea de hecho respecto de la presencia o del contenido de éstas.

II. Pese a las apuntadas deficiencias del recurso, la motivación del mismo se presta a interpretación por la Corte. Así, considérase que la causal de casación invocada es la primera; que el concepto de la violación del artículo 1546 del Código Civil se hace consistir en su aplicación indebida, al paso la del artículo 1609 estribaría en su falta de aplicación; que la vía elegida por el censor es la indirecta, en su especie del error de hecho en que habría incurrido el sentenciador en cuanto al perfeccionamiento e interpretación del contrato de seguro que consta en póliza que obra en los autos. A esta última conclusión se llega porque en el cargo no se denuncian infracciones de normas legales propias del contrato, de las que pudiera resultar yerro jurídico en cuanto a la naturaleza del mismo o a los efectos impuestos por ésta, como tampoco se citan normas de valoración probatoria indebidamente aplicadas o dejadas de aplicar por el sentenciador respecto de la póliza contentiva de aquel contrato. Resta, pues, tan sólo la hipótesis del error de hecho.

III. Así entendida la impugnación, cabe recordar algunos aspectos pertinentes al caso *sub lite* y que la doctrina y la jurisprudencia reiterada tienen bien declarados. *En primer lugar, el error de hecho en la apreciación probatoria, punto de partida de una de las especies de la causal primera de casación, solamente se da en ciertos y determinados casos* ne varietur, *así tipificados:*

a) Cuando el sentenciador supone prueba inexistente en el proceso.

b) Cuando ignora la presencia de la que sí existe, por ejemplo, de un contrato documentario celebrado entre las partes, y

c) Cuando altera la objetividad de esta prueba, adicionando o mutilando su real contenido, como si a dicho instrumento le introduce estipulaciones que no tiene o ignora las que sí tiene. Unicamente en estos eventos se ofrece el "manifiesto error de hecho" previsto por la ley, o sea que se da esa contraevidencia *que el impugnante en casación debe demostrar ineludiblemente, so pena de que su acusación resulta írrita. En segundo lugar, también tiene enseñado la Corte que la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haber apreciado tal medio la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta de la adoptada por el sentenciador. En fin, es igualmente sabido que un fallo solamente puede ser infirmado por la causal primera de casación cuando el ataque contra el mismo destruye totalmente sus bases, mas no así cuando alguna de éstas que sea por sí sola suficiente para mantener en su integridad el fallo queda en pie, bien sea porque la impugnación no la cobije, o bien porque la misma resulte inane para destruirla.*

IV. En el caso *sub lite* mal puede decirse que el Tribunal hubiera ignorado las estipulaciones contractuales contenidas en la Póliza de Seguro número 31820 de 5 de julio de 1962 expedida por la entidad demandada a Rafael Lloreda Maldonado, en especial la relativa a la forma de pago de la primera prima del seguro. Cierto es que no relaciona pormenorizadamente tales estipulaciones, como sí lo hace el recurso. Pero, a ellas se refiere aquél en forma global y precisa, tal como lo hace en el siguiente paso: "En el caso presente, y según se infiere del contenido mismo de la póliza, el señor Lloreda Maldonado adquirió la obligación de pagar, al asegurar su vida, una prima anual por valor de $ 1.148.80 pagadera los 5 de julio de cada año durante los 20 en que se acordó el plazo del contrato, estipulándose que 'La Compañía asume las obligaciones estipuladas en esta póliza en virtud del pago de la prima arriba indicada y del pago de una suma igual en cada fecha de pago posterior durante el período de seguro o hasta la muerte del asegurado, si ocurriere antes de expirar dicho período'. Y tanto conoció y tuvo en cuenta el sentenciador todas esas estipulaciones relativas al pago de la primera prima que expresa: 'en la práctica comercial este último está determinado por *la entrega de la póliza al asegurado'* (subraya el Tribunal), a lo que agrega que tal práctica puede ser modificada, pues 'la costumbre mercantil para facilitar al asegurado la satisfacción de la primera prima, acepta el fraccionamiento de su valor, pues que si tal conducta implica la modificación de normas que reglamentan el pago de la prima, su modificación no está prohibida porque ella no incide en el orden público'. No es, por tanto, valedera la imputación de error de hecho, punto de partida del cargo que se le hace al Tribunal por la pretendida ignorancia en éste de las estipulaciones que contiene la póliza de seguro".

V. Lo realmente sucedido es que el sentenciador fundó su decisión, no en la interpretación del contrato, sino en hechos distintos, trascendentes de tal interpretación, plenamente demostrados en los autos y que el recurso no desconoce. Tales hechos exhaustivamente examinados en el fallo acusado son, en síntesis: que Lloreda Maldonado negoció con la entidad demandada por intermedio de los Valek, quienes eran agentes autorizados de ésta y sus diputados para recibir el pago de la prima en cuestión; que dichos agentes, obrando por cuenta de tal entidad, recibieron de Lloreda la suma de $ 319.00 el 18 de junio de 1962, fecha en la que éste "sometió al estudio y consideración de la compañía la emisión de una póliza"; que el día 23 del mismo mes y año, el agente Rafael Valek recibió de Lloreda otro abono de $ 319.00 por el mismo concepto; que, después de estos dos pagos parciales, la propia compañía emitió la póliza solicitada cuya fecha es del 5 de julio de 1962; y que, aún después de entregada al asegurado esta póliza contentiva del contrato, el mismo agente Valek recibió otras dos cuotas de la cuestionada prima: una por $ 190.00 el 18 de julio y otra por $ 390.00 el 18 de agosto de tal año. Se repite que estos hechos y no la interpretación del contrato constituyen el fundamento del fallo, y como el recurso no ha demostrado contraevidencia respecto de los mismos, tal fundamento no atacado permanece en pie, e impide la casación de ese pronunciamiento.

VI. A este propósito conviene observar además que tampoco constituiría yerro del sentenciador, de la clase denunciada en el cargo, la prevalencia que éste le dio a los referidos hechos probados sobre las estipulaciones contractuales citadas y esto con apoyo en usos mercantiles, lo que lleva al censor a afirmar que "pertenece al abecé jurídico que la costumbre ... es aplicable cuando no hay disposición contractual", porque lo cierto en los autos es que la entidad demandada, que no estaba obligada a recibir el pago por partes, aún sin ninguna estipulación expresa en tal sentido (Código Civil, artículo 1649), diputó a sus agentes Valek para que ellos recibieran tal pago en su nombre; éstos aceptaron el fraccionamiento de la prima en cuestión y dicha entidad, al expedir la póliza, después de cubiertos dos instalamentos ratificó esta actuación, renunciando así lícitamente a un derecho que sólo miraba a su interés (*ibídem*, artículo 15). De suerte que, ante tales hechos, mal se pueden aducir para demostrar contraevidencia cláusulas contractuales que, por razón de ellos, dejaron de aplicarse por voluntad de las partes.

VII. Tampoco erró de hecho el Tribunal al dar por perfeccionado el contrato de seguro, pese a las estipulaciones de la póliza referentes al pago de la primera prima. *La cuestión del perfeccionamiento de los contratos y, en general, de los actos jurídicos, depende de la índole que éstos tengan dentro de la clasificación consagrada en el artículo 1500 del Código Civil a cuyo tenor "el contrato es* real, *cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es* solemne *cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es* consensual *cuando se perfecciona por el sólo consentimiento". Ahora bien, el seguro es un contrato solemne según acertadamente lo calificó el sentenciador con fundamento en el artículo 638 del Código de Comercio, que expresa: "El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial, autorizada esta última por un Cónsul colombiano. El documento justificativo del seguro se llama* póliza". *La principal obligación del asegurado, como también lo dice el fallo con apoyo en el artículo 680 del Código de Comercio, es la de pagar las primas convenidas. Por tanto, es evidente que el nacimiento de esta obligación presupone el perfeccionamiento de la causa que lo genera, o sea del contrato mismo y que el pago de la prima no constituye un requisito* ad substantiam *de éste, llamado a operar como la entrega o tradición de la cosa en los contratos reales. Conclúyese, igualmente, de lo dicho que las estipulaciones que usualmente se suelen insertar en las pólizas de seguro, tales como la de que el asegurador asume sus obligaciones "en virtud del pago de la prima" y otras similares no convierten en real el contrato que legalmente es solemne, sino que tocan con el cumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo y consultan reglas que a dicho cumplimiento se refieren, como aquella según la cual en los contratos bilaterales ninguna de las partes está obligada a cumplir mientras la otra, a su vez no cumpla o se allane a cumplir las obligaciones a su cargo. Entonces, es así que la parte actora adujo a los autos la póliza o prueba solemne en que consta el contrato de seguro* sub lite, *luego están demostrados plenamente la existencia y perfeccionamiento de éste, según acertadamente lo verificó el Tribunal.*

VIII. En fin, tampoco es justificable la censura al fallo, consistente en que éste aplicó indebidamente el artículo 1546 del Código Civil, por no darse en el caso *sub lite* uno de los presupuestos de la acción de cumplimiento allí esta-

blecida, en concordancia con el artículo 1609 de la propia obra, que se había dejado de aplicar y que excluye la viabilidad de dicha acción en el caso de que el actor no haya cumplido ni se haya allanado a cumplir las obligaciones a su cargo. Recuérdase a este respecto que el valor de la primera prima del seguro materia del presente litigio era de $ 1.148.80, de los cuales el asegurado Lloreda Maldonado pagó a los agentes de la entidad aseguradora la cantidad de $ 1.147.00, quedando a deber al tiempo de su fallecimiento un saldo de $ 1.80, que los falladores de instancia ordenaron deducir del monto de la indemnización a cuyo pago fue condenada dicha entidad. El recurso pone énfasis en las precitadas circunstancias para imputarle a dichos falladores manifiesto error de hecho y consecuencial quebranto de las normas sustanciales invocadas.

IX. Lo primero que cabe observar en relación con esta censura es que el supuesto error de hecho no se cometió, pues, según la misma demandada lo afirma, tanto el juez del conocimiento como el Tribunal reconocieron la existencia de ese saldo insoluto de $ 1.80 correspondiente a la primera prima del seguro. Mas si esto no fuera así, también habría que concluir que dichos falladores no incurrieron en el quebranto legal que se les atribuye.

X. El artículo 1546 del Código Civil consagra alternativamente, dos acciones en los contratos bilaterales, la resolutoria y la de cumplimiento. La excepción de contrato no cumplido establecida en el artículo 1609 de la misma obra es un medio de defensa del demandado frente a las referidas acciones, pues tal excepción se endereza a enervar éstas cuando el otro contratante no ha cumplido ni se ha allanado a cumplir las obligaciones de su cargo.

XI. En el presente juicio se ventila la acción de cumplimiento de un contrato de seguro que, por su naturaleza es bilateral. El asegurador demandado se ha opuesto a dicha acción proponiendo para el efecto la mencionada excepción de contrato no cumplido por parte del asegurado, fundada en el hecho incontrovertido de que éste quedó debiendo un saldo de $ 1.80 de la primera de las primas estipuladas, de donde el recurso extraordinario les imputa a los falladores de instancia quebranto de los artículos 1609 y 1546 del Código Civil. El primero de estos textos reza textualmente: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Vése, pues que la excepción así consagrada no contempla exclusivamente el incumplimiento del actor, sino también su renuencia en tal cumplimiento, o sea que si éste se ha allanado a cumplir sus obligaciones, la excepción no procede. Ahora bien, en el presente caso está demostrado que Lloreda Maldonado sí se allanó a cumplir su obligación de pagar la primera prima del seguro en la forma consentida por los agentes de la entidad aseguradora y ratificada por ésta. En efecto, aquél pagó dos cuotas por tal concepto aún antes de perfeccionarse el contrato y, después de ocurrido esto último por la expedición de la póliza, también cubrió otros dos instalamentos imputables a la misma prima hasta completar la suma de $ 1.147.00. Luego si dicho asegurado dejó de cancelar el saldo de $ 1.80 ello no obedeció, como acertadamente lo interpretaron el juez del conocimiento y el Tribunal, a que no estuviera dispuesto o llano a cubrir este pequeño saldo después de haber cubierto casi la totalidad de su deuda, sino a que el mismo falleció sin que se le hubiera cobrado esa última fracción dentro del sistema de pago consentido por ambas partes fuera de las estipulaciones de la póliza. En tales circunstancias, era de ley y de equidad, desechar la pretendida excepción de la entidad demandada, sin perjuicio de que, conforme a estipulación de la póliza, se ordenara la deducción de aquel saldo del monto de la indemnización debida a los beneficiarios del seguro.

El cargo no prospera.

"*Segundo cargo. Violación por infracción directa de los artículos 1618, 1621 y 1622 del Código Civil.* Lo propongo como subsidiario del primero, para el remoto evento de que la honorable Corte no estime violadas las disposiciones ya citadas.

"Al exponer el primer cargo, he tratado de contraponer las estipulaciones contractuales a la sentencia proferida por el Tribunal, con el ánimo de hacer notar la enorme dicotomía que existe entre las unas y la otra. Bástame para fundamentar el presente cargo, citar un fallo de esa honorable Corporación que sobre este particular expresa: 'La regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mis-

mo que las demás contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos'. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de un cargo en casación fundado en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, como en varias decisiones lo tiene repetido la Sala. La interpretación de un contrato es, por lo demás una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación de un evidente error de hecho *que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes* (casación 18 de mayo de 1943, LV, 298)''.

La Corte considera

I. Por apartarse totalmente de la disciplina del recurso extraordinario, esta censura no estructura cargo en forma ni permite estudio de fondo. En numerosas oportunidades ha insistido la Corte en la índole estrictamente dispositiva de dicho recurso, característica que exige que la demanda en el mismo se formule con tal precisión que sea ella la pauta a que la Corte ha de ceñirse en su despacho. Así, declarado está anteriormente que, por mandato del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, al denunciar quebranto de la ley, el censor está obligado a expresar y demostrar el concepto del mismo. Además, de conformidad con el citado texto, si la demanda contiene varios cargos, cada uno de estos ha de proponerse separadamente y en forma completa, pues, al sentenciador tampoco le es permitido tomar partes de unos y otros y con ellas tratar de construir el que el recurrente haya presentado de manera incompleta. Así, en el presente caso, la censura que se despacha denuncia infracción directa de los artículos 1618, 1621 y 1622 del Código Civil, pero sin demostrar ni explicar siquiera el concepto por el cual cada uno de tales textos hubiera sido violado por el Tribunal. Tampoco es de recibo sustituir el precitado requisito de ley con escuetas referencias a argumentaciones desarrolladas en cargos distintos, como lo hace aquí el censor cuando expresa: ''Al exponer el primer cargo, he tratado de contraponer las estipulaciones contractuales a la sentencia proferida por el Tribunal, con el ánimo de hacer notar la enorme dicotomía que existe entre las unas y la otra''. Y, como a lo anteriormente dicho y a la cita de una jurisprudencia de la Corte contenida en fallo del 18 de mayo de 1943 se reduce toda la motivación del cargo, conclúyese que éste carece de forma, y, por ende, no puede prosperar.

II. Por vía simplemente doctrinaria se agrega que la jurisprudencia invocada por el censor, de no haber sido revaluada posteriormente por la Corte, también conduciría al fracaso del cargo, puesto que en ella se declara que las reglas contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, de que forman parte los artículos que en este recurso se dicen violados, son simples consejos del legislador a los jueces, pero no normas sustanciales susceptibles de quebranto denunciable en casación.

III. Según se viene de decir, la precitada doctrina *ha sido revaluada en varios fallos dictados por esta Superioridad a partir del 23 de febrero de 1961, en los cuales se ha declarado que las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, sí son preceptos instrumentales ''que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas'': y, en fin, que la violación de tales normas de hermenéutica es denunciable en el recurso extraordinario, dentro del ámbito de la causal primera, en cuanto dicha violación conduzca al quebranto de otras leyes que sí sean sustanciales, como son las que regulan la naturaleza del contrato en cuestión y los efectos que le son propios, o sea, dicho con otras palabras, que las reglas de interpretación de los contratos, conjugadas con otras normas verdaderamente sustanciales, entran a formar con estas una proposición jurídica que, de ser completa y de resultar quebrantada por el sentenciador, determinan la casación del fallo respectivo (Gaceta Judicial, Tomo XCIV, 536 a 552). A este último respecto, nótase también que el cargo resulta incompleto, por cuanto se limita a citar los artículos 1618, 1621 y 1622 que, se repite, por sí solos no estructuran proposición jurídica completa.*

El cargo es inane.

Resolución

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 27 de septiembre de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Teresa Currea viuda de Lloreda y otros contra la Compañía Colombiana de Seguros Bolívar.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Ignacio Gómez Posse, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caicedo Méndez
Secretario.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

Pág.

TESTAMENTO NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS. *Definición, funciones, carácter, clases de testamentos, oportunidades para su empleo y requisitos. Exigencias de la impugnación. Condiciones del testamento nuncupativo. Defensa judicial del testamento y carga de la prueba. Otorgamiento, ante solos testigos, del testamento nuncupativo en lugar en que hay varios Notarios. Definición y eficacia legal del instrumento público. Certificados expedidos por los Notarios. Oportunidad de expedir certificados. Alcance del certificado que no se basa en los libros que lleva el Notario. Escrituras públicas. Testamento nuncupativo ante solo cinco testigos. En su examen no sólo ha de contemplarse la falta en sí del funcionario notarial sino también y al mismo tiempo la situación del testador y la oportunidad y condiciones en que obró.* Sentencia de 20 de febrero de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ester Sánchez viuda de Leyton y otros contra Graciela Leyton de Pérez.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 5

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR FLAVIO CABRERA DUSSAN. *En el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice* 13

REIVINDICACION DE PARTE INDIVISA. *Como el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, tratándose del bien común la acción debe ejercitarla para la comunidad.* Sentencia de 27 de febrero de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Pablo de Narváez Vargas contra la sociedad "Ganadería Las Vegas Limitada".

Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 16

OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES. *Nulidades invocadas dentro del juicio o en proceso separado. Nulidad como causal de casación. Distinción entre la nulidad de un procedimiento y el trámite empleado para denunciarla. En casación no procede alegar violación directa e indirecta, simultáneamente, respecto de un mismo precepto. Demanda. Su notificación personal o por medio de edicto. Procedimiento al respecto. Requisitos cuando el demandado se oculta y cuando el demandado es persona incierta o con residencia desconocida. Nulidad derivada de falta de citación o emplazamiento y de indebida representación. A quién compete alegarla. Su naturaleza y efectos son del todo diferentes a los del proceso de revisión por la vía ordinaria de uno especial. Obligaciones divisibles e indivisibles. Hipótesis doble del ordinal 4º del artículo 1583 del Código Civil. Indivisibilidad de la garantía hipotecaria o prendaria constituida por una obligación divisible. Responsabilidad propter rem del actual poseedor de la cosa. Débito y responsabilidad. Pacto de indivisión. División del crédito entre los herederos del acreedor.* Sentencia de 27 de febrero de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario promovido por Nicanor Alzate Noreña contra Enrique Zuluaga Z.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 25

ACLARACION DE LA DEMANDA. *Al concederse al actor tal derecho, lo indispensable es que la acción no se altere en su esencia ni se modifique la competencia. El fallo inhibitorio no extingue la acción. El artículo 494 del Código Judicial, que prohíbe la reformatio in pejus, es una norma de carácter sustantivo.* Sentencia de 28 de febrero de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por María Taborda viuda de Montoya y otros contra Alejandro Montoya.

Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 34

REIVINDICACION. *Aplicación extensiva de la acción en el caso del artículo 971 del Código Civil. Causal 1ª de casación. Caso de error de hecho en la apreciación del material probatorio.* Sentencia de 11 de marzo de 1968. *No casa* la

Pág.

proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Fanny Carabalí contra Jorge Arango Gómez y otros.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 40

REIVINDICACION. *A las acciones subsidiarias previstas en el colon final del inciso 1º del artículo 955 y en el inciso 1º del 957 del Código Civil, les son aplicables los principios y reglas que gobiernan la responsabilidad extracontractual. Venta de bienes muebles de sociedad conyugal ilíquida.* Sentencia de 1º de abril de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Luis Obdulio Motta contra Ascensión Otálora viuda de Motta y otros.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 44

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR DE PERSONAS. *Causal 3ª de casación. Contrato de transporte de personas. Responsabilidad por la pérdida de su equipaje. Determinación de la cuantía. Responsabilidad por daño. Cuál es el daño trascendente o resarcible y quiénes son y en qué medida los llamados a repararlo. Distinción de regímenes legales de responsabilidad, así en su formulación doctrinaria como en su tratamiento procesal. Responsabilidad del transportador de personas. Exigencia legal y práctica de la prueba del perjuicio. Daño a la persona. Necesidad de su prueba. Error de hecho y error de derecho. Daño moral propiamente dicho. Daño moral cuando muere la víctima.* Sentencia de 4 de abril de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Gustavo Sarmiento G. contra la Flota Magdalena S. A.
Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 58

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR LOS DELITOS O CULPAS COMETIDOS POR SUS HIJOS MENORES. *Responsabilidad por actividades peligrosas. Análisis y valoración por el juez de un dictamen pericial. Autonomía del juzgador en la apreciación de una inspección ocular. Misión propia de los testigos.* Sentencia de 18 de abril de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Alfonso Ríos Duque y otros, contra Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 66

Pág.

FILIACION NATURAL. *Prueba del interés jurídico de la parte demandada en estos juicios. Error de hecho y de derecho. Cuándo es parte el Ministerio Público en los juicios de filiación natural.* Sentencia de 30 de abril de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por María Esther Quintero, contra la sucesión de Jesús Fajardo.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 76

ACCESION. *Accesión de frutos y accesión propiamente dicha. Esta última se subdivide en tres grupos, a saber: accesión de inmueble a inmueble o accesión natural, de mueble a inmueble o accesión artificial o industrial y de mueble a mueble o accesión mixta. Maneras diferentes como puede producirse la accesión natural o de inmueble a inmueble.* Sentencia de 30 de abril de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Belén Rodríguez de Peralta, contra Vicente Lozano Díaz.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 81

FUERZA VICIO DE LA VOLUNTAD (VIOLENCIA GENERALIZADA). *El negocio jurídico. Su invalidez por vicios de la voluntad. Rescisión y reajuste por lesión enorme. Semejanzas y diferencias entre la fuerza y la lesión. Evolución de la jurisprudencia y la ley respecto de la fuerza. El negocio en estado de necesidad o de peligro. La violencia generalizada. Análisis de los supuestos y alcances de la Ley 201 de 1959. Valoración de la prueba de la fuerza. Condiciones del cargo por error de hecho. Casación. Su técnica exige al recurrente señalar los preceptos tutelares que se hollaron, según él.* Sentencia de 4 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por María Petra Perilla de Rodríguez y otros, contra Julio Alberto Medina y otros.
Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 91

RESCISION POR LESION ENORME. *Requisitos para que sea viable la acción. Cuándo sufre lesión enorme el vendedor y cuándo el comprador. Efectos cuando es el vendedor, o el comprador, quien ejercita la acción de rescisión del contrato. Situaciones diferentes contempladas por el artículo 1951 del Código Civil.* Sentencia de 6 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el

Pág.

Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Mercedes Hurtado de Uribe contra el Distrito Especial de Bogotá.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 97

DEMANDA. *En su interpretación pueden ocurrir yerros de tres especies, a saber: el de hecho, el de valoración probatoria y el de tipificación jurídica. Error de hecho y de derecho. Alcance del artículo 1873 del Código Civil. Reivindicación. Diferencia de título y modo en la compraventa.* Sentencia de 6 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Richard Felixson contra Marco Fidel Osorio y otro.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 101

PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO. *Antecedentes de la institución. El sistema del Código Civil. La Ley 45 de 1930. El régimen legal del pacto. Situación de los terceros frente a las partes que han pactado la reserva del dominio. La compraventa de bienes muebles, es en nuestro derecho, un contrato consensual. Las normas sustanciales que regulan el derecho de propiedad y los modos de adquirirlo no pueden ser sustituidas por Resoluciones Administrativas o de Policía, como son las concernientes al control de la importación y transferencia de los vehículos automotores.* Sentencia de 7 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Villegas Hermanos & Compañía Limitada, contra Jesús Antonio Niño Díaz y Carlos Palacio Jaramillo.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 106

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR FERNANDO HINESTROSA. En el fallo a que alude el aparte inmediatamente anterior de este Indice 117

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA. En el fallo a que alude el aparte anterior de este Indice 120

ENAJENACION DE COSAS JUDICIALMENTE EMBARGADAS. *Diferentes planteamientos de la Corte al respecto. Juicio de valor del negocio jurídico. La invalidez como un fenómeno de naturaleza estrictamente legal. La ley, al consignar la figura de la invalidez, establece categorías, causales y efectos. Finalidad de la nulidad absoluta. La nulidad no se deduce virtualmente, sino que dimana de textos legales, cuyo entendimiento no es susceptible de extensión analógica. Concepto de ilicitud. Estudio de las diferentes medidas protectoras del derecho de crédito. Sentido del artículo 1521 del Código Civil. Diferencia específica entre las cosas no comerciales y los derechos personalísimos, por una parte, y las cosas embargadas o litigiosas, por otra. Definición de enajenación prohibida. La enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título traslaticio, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. El dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto judicial de embargo, en nada afecta la situación creada por éste. La tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraría al mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados con él. Pero tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla. Lo cual no quita la naturaleza de absoluta que tiene la nulidad consiguiente.* Sentencia de 13 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José Vicente Fajardo Téllez, contra Policarpo Ulloa Caicedo y otro.
Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 126

SIMULACION. *Objeto de la causal 2ª de casación. Simulación y negocio indirecto. En la simulación, las partes contratantes, o quien emite una declaración y aquél que la recibe, imbuidas en un mismo propósito, acuden a un procedimiento, anómalo pero tolerado por el derecho, mediante el cual su dicho público se enerva con su dicho privado, creándose así un contraste evidente, no entre dos negocios diversos, pero conexos, sino entre dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un solo compuesto negocial, pasos integrantes necesarios de un iter dispositivo único aunque complejo. Alcances y efectos entre las partes contratantes y ante terceros. Personería para incoar como tercero la acción de prevalencia de la declaración privada. Lugar que ocupan el legatario y el heredero, como meros causahabientes que son, frente a un contrato celebrado por el causante y que se tilda de simulado. Enfrentamiento entre acreedores del disponente y acreedores del titular aparente. Limitación probatoria a que están sometidas las partes. El negocio indirecto. La jurisprudencia colombiana ha optado por una misma solución*

Pág.

para las varias hipótesis conceptuales del negocio indirecto, dentro del marco general de la simulación. En todos los casos resulta indispensable la previa determinación de la intimidad del iter negocial. La acción declarativa del pacto indirecto. Condiciones del cargo por error de hecho evidente, o de derecho, en la estimación probatoria. En qué consisten tales errores. Sentencia de 16 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Marcelino Rodríguez contra Rodrigo Arango y otro. Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 142

LEGITIMACION. *Antecedentes históricos generales de la legitimación como figura iuris. La filiación en el Código Civil, en las Leyes 57 y 153 de 1887 y en la Ley 45 de 1936. Hijos legitimados. La ley establece la legitimación en favor de los hijos naturales comunes de ambos contrayentes, por razón del matrimonio de éstos, que no pueden hacer discriminaciones discrecionales contrarias a los imperativos del derecho familiar. El acceso a la legitimación por matrimonio posterior de los padres no está circunscrito al reconocimiento, comoquiera que el carácter de hijo natural apareja íntegras las consecuencias que la ley le atribuye. La legitimación delante de la Ley 45 de 1936. Sentido de la legitimación ipso jure y de la llamada voluntaria. La legitimación se consuma por el mero matrimonio en favor de los hijos que para entonces lo fueran ya ciertamente de ambos cónyuges y de quien está en el vientre. Para los demás, el matrimonio abre la posibilidad de legitimación que se producirá, referida al momento de aquél, en cuanto dichos hijos establezcan su progenia, cualquiera que sea el momento y la forma en que consigan la plena definición del carácter de hijos naturales respecto de ambos padres, en los términos de los artículos 1º, 2º y 8º de la Ley 45 de 1936. En modo alguno puede considerarse el reconocimiento y, menos la legitimación, como una dádiva o gracia paternal. El hijo se legitima con el matrimonio de sus padres, quiéranlo o no ellos, porque el derecho lo manda. La jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social y necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales. La jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica el lograr que el derecho viva, se remoce y ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, poniendo los textos al servicios de una evolución jurídica sosegada y firme. La filiación natural de los hijos naturales comunes de los contrayentes, anterior en el tiempo al matrimonio, pero susceptible de establecerse más tarde por cualquiera de los medios autorizados, opera como conditio iuris para que pueda darse la legitimación como efecto propio del matrimonio en relación con tales antecedentes.* Sentencia de 17 de mayo de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Zoila Chacón de García y otra contra Mery Chacón de Neira. Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 151

CONTRATO DE SEGURO. *Negocio jurídico. Ineficacia, validez e invalidez. Definición y distinción entre las nulidades absolutas y las relativas. Antijuridicidad e ilicitud. La nulidad, cualquiera que sea su clase, requiere terminantemente la decisión judicial, con audiencia de quienes fueron parte en el negocio inválido. Funcionamiento de las causales y los efectos de la nulidad. Naturaleza de las restituciones mutuas. Contratos administrativos. Procedimientos varios para su celebración. Alcance de la omisión de formalidades administrativas refrendatorias. Nulidad relativa. Reencuentro jurisprudencial. Negocios jurídicos simples y plurales. Categorías varias. Contratos conexos o coaligados. Contrato principal y contrato accesorio. Nulidad del contrato principal. Contrato de seguro. Su definición y naturaleza. La prestación de seguridad. Seguro de manejo y cumplimiento. Seguro de fianza. Subordinación del seguro a la obligación caucionada. Causal 1ª de casación. Distinción entre la violación directa o por errónea inteligencia, y la indirecta, resultante de defectuoso manejo de las probanzas.* Sentencia de 21 de mayo de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por el Municipio de Ibagué contra Diesel Motor Compañía Limitada y Compañía Granadina de Seguros S. A. Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinestrosa* 163

JUICIO ESPECIAL PARA QUE POR EL JUEZ SE OTORGUE UN INSTRUMENTO. *En qué consiste la inconsonancia. La disposición del artículo 1030 del Código Judicial, no es traslada-*

Pág.

ble al juicio especial de que trata el artículo 971 del mismo estatuto. Exigencias de la causal 1ª de casación. Sentencia de 5 de junio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Alicia Moreno de Bobadilla contra Adán Rendón Gallo y otra.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 178

CONTRATOS. *Cuándo puede ser motivo de casación la interpretación de un contrato hecha por el Tribunal. En la compraventa de inmuebles es obligación del vendedor efectuar la tradición de la cosa vendida.* Sentencia de 10 de junio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Pablo Emilio Ruiz y otra contra José Salomón, José Telésforo y Demetrio González.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 184

PRUEBA INDICIAL. *Límite de la autonomía de los Tribunales en su estimación.* Sentencia de 14 de junio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Libia Marín de Salazar, contra Camilo A. Salazar y otra.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 192

BIENES DE USO PUBLICO. *Su naturaleza y régimen. La posesión común no corresponde a la situación en que se encuentra el Estado frente a los bienes de uso público. Estos tampoco pueden ser objeto de acción reivindicatoria por parte de los propietarios desposeídos, ni contra el Estado ni contra los Municipios en que se encuentren ubicados. Error de hecho. Límite de la aptitud decisoria de la Corte en el recurso de casación. Ni el Estado ni entidad pública alguna escapan a la responsabilidad extracontractual o aquiliana en que incurre cualquiera que por su hecho o culpa le irrogue daño a otro.* Sentencia de 19 de junio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Vicente y Guillermo Durana Camacho contra el Distrito Especial de Bogotá.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 201

ACCION REIVINDICATORIA. Sentencia de 25 de junio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Gabriel Restrepo Villa contra Blas Montoya Soto.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 208

Pág.

REIVINDICACION DE CUOTA. *Plus petitio re. Falta de consonancia entre el fallo y la pretensión.* Sentencia de 28 de junio de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Bartolomé Arroyave y otros contra José Gregorio Restrepo.
Magistrado ponente: doctor *Carlos J. Medellín* 215

REPETICION DEL PAGO DE LO NO DEBIDO *(Actio in rem verso). Causal primera de casación. Pruebas. Buena o mala fe. Seguros.* Sentencia de 4 de julio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Maritime Insurance Company contra Caribbean Equipment Ltda.
Magistrado ponente Dr. *Ignacio Gómez Posse* 221

IMPUGNACION DE FILIACION LEGITIMA. Sentencia de 6 de julio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Miguel Homero Laiton frente a Agueda Stella Laiton Orjuela y otra.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 236

FILIACION NATURAL. *Es imprescindible la acción de filiación natural. Legítima y cuarta de libre disposición.* Sentencia de 6 de julio de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Esperanza Mercedes Gómez Hernández contra Dionisio Gómez Buelvas.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 240

LESION ENORME. *Criterio objetivo de nuestra legislación. La interpretación errónea de la ley sustancial no depende de la estimación de las pruebas.* Sentencia de 12 de julio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Genaro Desiderio López y Angela Torres de López frente a Segundo Arcelio Basante y otra.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 245

REIVINDICACION DE BIENES MUEBLES. *Es inadmisible la prueba de testigos respecto a obligaciones que valgan más de quinientos pesos. La tarjeta de inscripción o matrícula de vehículos no es prueba de dominio ni de venta.* Sentencia de 16 de julio de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el ordinario de Víctor Julio Cárdenas Corredor contra la Sociedad "Torovega Limitada".
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 251

Pág.

FILIACION NATURAL. *Técnica de casación. Petición de herencia.* Sentencia de 19 de julio de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Silvia y Hernando Tolosa contra la sucesión de José Griseldo Camacho Mahecha.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 257

RECURSO DE HECHO. *La cuantía fijada inicialmente al juicio rige hasta cuando éste concluya en forma definitiva. La acumulación de acciones no fusiona en una sola sus cuantías correspondientes.* Auto de 26 de julio de 1968. Declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio promovido por Guillermo Restrepo Velásquez contra Lucía Roldán y otros.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 264

FILIACION NATURAL. *Presupuesto procesal de demanda en forma. Para la designación de curador del demandado desconocido se requiere que la afirmación al respecto del actor sea verosímil. Hay siempre un heredero conocido contra quien dirigir la acción de filiación natural; en último término, el municipio del finado.* Sentencia de 20 de agosto de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Rita Camargo de Paredes contra Esther Carrillo v. de Carreño.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 267

FILIACION NATURAL. *Técnica de casación. Prueba de la posesión notoria de hijo natural.* Sentencia de 27 de agosto de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Elena Molina, contra la sucesión de Pompilio Gutiérrez.
Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada* 272

FILIACION NATURAL. *Técnica de casación. Requisitos que debe llenar la demanda de casación cuando se acusa la sentencia por la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964.* Sentencia de 27 de agosto de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Joaquín Díaz contra la sucesión de Casiano Cardoso Gómez.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 280

Pág.

SIMULACION. *Prevalencia de la voluntad real sobre la expresión material. En la simulación hay un solo acto en dos declaraciones, una eficaz entre las partes, la otra no.* Sentencia de 30 de agosto de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Ismael Huérfano contra los herederos de Rodolfo Cadena y otros.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 286

TRANSACCION. *El estado civil de las personas no puede ser materia de transacción. La transacción supone capacidad de las partes, su consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos.* Sentencia de 13 de septiembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Francia Elena y otra contra Jorge Enrique Velasco y otros.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 292

HIPOTECA. *Para su validez no se requiere la posesión material del bien por el hipotecante.* Sentencia de 13 de septiembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Hernando Llana Vesga frente a María Aldana de Berrío.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 300

FILIACION NATURAL. *Nulidad por falta de citación o emplazamiento del demandado. El Ministerio Público como parte en los juicios de filiación natural.* Sentencia de 13 de septiembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Agustina Suárez contra la sucesión de Ismael Osorio Giraldo.
Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada* 306

RESCISION POR LESION ENORME. *Causal segunda de casación. Extra y ultra petita.* Sentencia de 14 de septiembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por María Mercedes Olmos de Ramírez contra Francisco Antonio Aristizábal Daza.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 310

REIVINDICACION. FIDEICOMISO. *El mejor derecho del actor es un hecho que puede o no pedirse o declararse expresamente. El fideicomiso puede afectar una o más cuotas indivisas de un inmueble cierto o determinado; ser gratuito u oneroso, con pluralidad de fiduciarios o fideicomisarios, existiendo éstos o en espera de que existan.* Sentencia de 18 de septiembre de 1968.

Pág.

No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Rosalba Méndez Segura de Castro y otros frente a Heliodoro Sarmiento y otra.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 313

RECURSO DE HECHO. *Cuantía para recurrir en casación. Necesidad del traslado del dictamen pericial.* Auto de 26 de septiembre de 1968 que resolvió el recurso de hecho propuesto en el juicio ordinario de Isabel Rubio de Forero Navas frente a Eliseo Guzmán Sandoval, procedente del Tribunal Superior de Villavicencio.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 324

SEGUROS. *Técnica de casación.* Sentencia de 27 de septiembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por María Dominga Roldán de Avendaño contra la Suramericana de Seguros de Vida.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 326

RESCISION POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. *El vicio del consentimiento como causal de nulidad, se presume en los contratos celebrados en tiempo de violencia generalizada. La acción resisoria establecida por el artículo 2º de la Ley 201 de 1958 no prescribe sino desde el día en que se declara restablecido el orden público.* Sentencia de 15 de octubre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Carlos Julio Cantor contra Juan de Jesús Alfonso Peña.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 332

ACCIONES REDHIBITORIA, ESTIMATORIA E INDEMNIZATORIA. *Criterio objetivo-subjetivo de nuestra legislación. La conducta dolosa o culposa del vendedor no es elemento axiológico de estas acciones.* Sentencia de 15 de octubre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Leonor Melo de Insignares contra Víctor Manuel Barbosa.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 339

REFORMA DE TESTAMENTO. *En materia de reformatio in pejus la causal de casación procedente es la de violación directa de la ley. El artículo 494 del Código Judicial es norma sustancial.* Sentencia de 6 de noviembre de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Margarita Rico de Beaume contra Ana Elisa Campos de Jiménez y otros.
Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada* 349

PROMESA DE CONTRATO. *Nulidad por falta de identificación del bien prometido vender. Ratificación de una promesa de contrato nula absolutamente.* Sentencia de 6 de noviembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Emigdio Novoa frente a Agustín Beltrán Pardo y otro.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 353

MANDATO. CUASI CONTRATO DE GESTION DE NEGOCIOS AJENOS O AGENCIA OFICIOSA. *Técnica de casación, causal primera. Rendición de cuentas, juicio especial.* Sentencia de 7 de noviembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por el Pbro. Mauro Cadavid Sierra contra Graciela Cadavid de García.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 364

ACCIONES PAULIANA, DE SIMULACION Y DE NULIDAD. *Acumulación de acciones: en forma conjunta o concurrente, o como principal y subsidiaria. Técnica de casación, ataque por vía indirecta. Se ratifica la doctrina, expuesta en el fallo de 22 de agosto de 1967, sobre diferenciación entre las acciones pauliana, de simulación y de nulidad.* Sentencia de 13 de noviembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Gerardo Pantoja Bravo contra Rosendo Mario Pantoja Zambrano y Carmen Leonor Pantoja López.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 369

DIVISION DE BIENES COMUNES. *Nulidad por falta de citación o emplazamiento.* Sentencia de 15 de noviembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario adelantado por Ana María Medina de Morales frente a Víctor Manuel Medina.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 377

FILIACION NATURAL. *El error de hecho y el error de derecho no pueden alegarse simultáneamente ni subsidiariamente respecto de una prueba y en un solo cargo. En la ratificación no es indispensable la reproducción del testimonio extrajudicial. La apreciación del testimonio corres-*

Pág.

ponde al sentenciador de mérito. Sentencia de 21 de noviembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Hugo Hernando, José Agustín y María Imelda Pineda contra María Lilia y Blanca Mery Ardila García.
Magistrado ponente: doctor *Enrique López de la Pava* 381

REIVINDICACION. *Quien recibe un inmueble en virtud de promesa de venta, es poseedor y no simple tenedor. La condena al pago de frutos no requiere súplica formal.* Sentencia de 6 de diciembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Víctor Manuel Quintero Aldana contra Enrique Díaz Ramírez.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 392

Salvamento de voto del Conjuez, doctor *Arturo C. Posada* en el fallo anterior 396

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS. *La Ley 51 de 1943 es interpretativa del Código Civil y aplicable también a la comunidad herencial.* Sentencia de 10 de diciembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por José Eusebio Gil Rodríguez frente a Ramos o María Ramos Gil y otros.
Magistrado ponente: doctor *Flavio Cabrera Dussán* 399

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. *La del abogado en el ejercicio profesional. La del acreedor por faltas del depositario.* Sentencia de 13 de diciembre de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario de Pedro Vargas Lasso frente a Agustín Perdomo Ipuz y César Perdomo Cabrera.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 404

RECURSO DE HECHO. *Al recurso de hecho debe preceder el de reposición del auto que deniega la apelación. El juicio de emancipación judicial no admite casación.* Providencia de 16 de diciembre de 1968. Estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Inés Restrepo v. de Escobar y otras.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Fajardo Pinzón* 414

NULIDAD Y RESCISION. *No se presenta medio nuevo cuando el cargo se funda en violación de normas de orden público.* Sentencia de 16 de diciembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Eliseo Palacio contra Dolores Sarrázola de Rubio.
Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada* 418

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DEL PAGO DEL PRECIO. *La constitución en mora del deudor no depende simplemente de que la obligación, si bien exigible, no haya sido satisfecha, sino de que además necesariamente, el acreedor haya reconvenido judicialmente a su deudor en reclamación de que cumpla.* Sentencia de 16 de diciembre de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Antonio Rubio Velásquez contra Adelina Luna de Palacio.
Magistrado ponente: doctor *César Gómez Estrada* 423

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores *Flavio Cabrera Dussán* e *Ignacio Gómez Posse* del fallo anteriormente publicado ... ...

VENTA POR CABIDA. *Se vende con relación a la cabida cuando ésta se expresa de los contratantes.* Sentencia de 16 de diciembre de 1968. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Augusto Estrada E. y otros contra José de Jesús Saldarriaga González y otro.
Magistrado ponente: doctor *Ignacio Gómez Posse* 431

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores *Gustavo Fajardo Pinzón* y *Guillermo Ospina Fernández* del fallo anteriormente publicado ..

SEGUROS. *Error de hecho en la apreciación probatoria. El contrato de seguro no es real sino solemne; se perfecciona por el cumplimiento de la solemnidad prevista, escritura pública, privada u oficial, llamada "póliza" y no por el pago de la "prima"; el pago de ésta no es uno de sus requisitos es sustantiam, sino obligación de una de las partes en contrato bilateral. Las normas del título 13 del libro 4º del Código Civil no son simples consejos, sino preceptos instrumentales, reglas de interpretación de obligatoria aplicación, cuya violación es denunciable en casación.* Sentencia de 16 de diciembre de 1968. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Teresa Currea v. de Lloreda y otros contra la Compañía de Seguros Bolívar.
Magistrado ponente: doctor *Guillermo Ospina Fernández* 444

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de enero a diciembre de 1968, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado Ponente Dr.*
Eliseo y María Peregrina Botina	Emilia Botina Jojoa y otras	Febrero 14/68	Flavio Cabrera Dussán
Alfonso Carvajal R.	Eleázar Agudelo y otro	Febrero 20/68	Guillermo Ospina Fernández
Eva Grande viuda de Arias	Elvira Valenzuela de Germán Ribón	Febrero 22/68	Enrique López de la Pava
Natividad Sepúlveda de Cortés	Obdulio Boada Hernández	Febrero 23/68	Ignacio Gómez Posse
Natalia Barrero	Germán Escobar	Febrero 26/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Belisario Chaverra	Sucesión de Manuel Antonio Agudelo Acevedo	Marzo 11/68	Ignacio Gómez Posse
Marcelina Isabel Quintero y otros	Víctor Elías Olivella	Abril 18/68	Flavio Cabrera Dussán
Carmen Rosa Soto Marín de Cardona	Etelvina Correa de Botero	Abril 30/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Alvaro García	Gaseosas Posada Tobón S. A.	Abril 30/68	Fernando Hinestrosa
Luis Alberto Rodríguez	Distrito Especial de Bogotá	Mayo 6/68	Enrique López de la Pava
Fritz Wolfert	Carlota Barrios viuda de Barbosa	Mayo 7/68	Fernando Hinestrosa
Jorge Arcadio Villaveces y otra	Alejandro González y otros	Mayo 8/68	Guillermo Ospina Fernández
Apolinar Becerra y otro	Sociedad "Torovega Ltda."	Mayo 13/68	Fernando Hinestrosa
Teodosio Pulido Bulla	Rafael Pulido Rodríguez y otro	Mayo 14/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Josefina Bucheli de Villota	Celso J. Guerrero	Mayo 28/68	Guillermo Ospina Fernández
Gerardo Posada Restrepo	Paulo Pinzón C.	Junio 3/68	Flavio Cabrera Dussán
María Ramos de Díaz y Limbanio Gutiérrez	Pureza Amaya viuda de Carvajal y otro	Junio 6/68	Guillermo Ospina Fernández
Ernesto Escobar M.	José M. Vásquez	Junio 7/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Ana María Ibáñez de Nova	José Manuel Pineda	Junio 8/68	Flavio Cabrera Dussán
Felicia Jaramillo o Lorduy	María Teresa Rodríguez viuda de Lorduy y otros	Junio 20/68	Flavio Cabrera Dussán
Julia o Juliana Chiquillo	Herederos de Jacinto Mojica	Julio 3/68	Ignacio Gómez Posse

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado ponente Dr.*
Hernando Sánchez Guarnizo	Inés Sánchez de Orozco	Julio 5/68	Flavio Cabrera Dussán
Alberto Samper Gómez	Vicente Tacha	Julio 6/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Eliseo Ramírez	Pablo Emilio Pachón	Julio 6/68	Guillermo Ospina Fernández
Carlos Sánchez Tocaría	Municipio de Hato Corozal	Julio 17/68	César Gómez Estrada
Pablo Diomedes Acevedo Crispín	Pedro Romualdo Torres	Julio 18/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Sucesión de Alejandro Gómez Botero		Julio 31/68	Ignacio Gómez Posse
Jorge Enrique Bernal	Paúl Durán Reyes	Agosto 6/68	Flavio Cabrera Dussán
José María Ruiz y otros	María Jesús Villarreal de Penilla	Agosto 27/68	Gustavo Fajardo Pinzón
María de Jesús Vargas de Devia	José Manuel Murillo y otros	Agosto 28/68	Ignacio Gómez Posse
Matilde Manzano v. de Satizábal	María Antonia Palacios de Satizábal	Septiembre 20/68	Flavio Cabrera Dussán
Domingo de Jesús Hernández	Santos Reyes Méndez	Septiembre 20/68	Guillermo Ospina Fernández
Sociedad "Ganadería San Joaquín Limitada"	Julio León Ramírez	Octubre 2/68	Flavio Cabrera Dussán
Sociedad Ordinaria de Minas Nelly-Mar	Francisco Cadavid Gómez	Octubre 4/68	Guillermo Ospina Fernández
Célimo Gómez y otros	"Hipódromo de Techo S. A."	Octubre 14/68	Flavio Cabrera Dussán
Ricardo Enrique y Roberto Arturo Quintero Zuluaga	Luis Eduardo, Marco A. y Carlos Quintero	Octubre 28/68	Enrique López de la Pava
Betancur, Monsalve y Cía. Ltda. Cacharrería Colombiana y Marquetería La Elegancia	Inversiones Col-Neon Ltda.	Noviembre 4/68	César Gómez Estrada
Libardo López Gómez y otra	Ligia Vélez de Moreno y otro	Noviembre 5/68	Guillermo Ospina Fernández
Carlota Camacho de Mercado y otro	Banco Popular	Noviembre 14/68	Guillermo Ospina Fernández
Máximo Cubillos	Joaquín Cuervo	Noviembre 20/68	Flavio Cabrera Dussán
Carlos Carrasquilla E.	Luis Francisco Moreno	Noviembre 20/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Josefa Guachetá Gutiérrez y otros	Ana Bello v. de Ramos	Noviembre 26/68	Ignacio Gómez Posse
Otoniel y Víctor Cenón Mora Mora	Luisa Parada v. de Mora	Noviembre 27/68	Enrique López de la Pava
Margot Jaramillo de Salgar	Jorge Salgar de la Cuadra	Diciembre 5/68	Enrique López de la Pava
Ilía Ramírez de Obando	Gustavo Medina Ordóñez	Diciembre 7/68	Flavio Cabrera Dussán
Rafael Chona del Castillo	Arturo Chona del Castillo	Diciembre 11/68	Flavio Cabrera Dussán
Pedro Pablo Zafra Becerra	Ruperto Plazas Flórez	Diciembre 13/68	Gustavo Fajardo Pinzón
Aníbal Peláez R. y Jesús Angel Gaviria	Emilio Velásquez Cuartas	Diciembre 16/68	Gustavo Fajardo Pinzón
"The H. D. Lee Company Inc."	Luis Eduardo Caicedo	Diciembre 16/68	César Gómez Estrada
Ana Raquel Armella	Ricardo de Jesús y Manuel Salvador Tapia	Diciembre 16/68	Enrique López de la Pava

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA GACETA EN AGOSTO DE 1983.