GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXVIII - BOGOTA, COLOMBIA. JULIO DE 1954 - NUMERO 2144

SALA DE CASACION CIVIL

EN TRATANDOSE DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA, LA PROCEDENTE ES LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION, Y NO LA SEXTA.— SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO.—AUNQUE EN LA DEMANDA SE HAYA PEDIDO UNA CANTIDAD LIQUIDA POR CONCEPTO DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, EL SENTENCIADOR PUEDE FIJARLA EN OTRA MENOR.— DIFERENCIA ENTRE PERJUICIO FUTURO Y PERJUICIO EVENTUAL

1—Cuando la representación envuelve la condición misma con que se reclama del demandado el reconocimiento del derecho, se trata de uno de los elementos de la acción, o sea, de la legitimación para obrar, cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva. En este caso, la cuestión, si ha sido mal apreciada en la sentencia, da base a la causal primera, pero no a la causal sexta de casación.

2—La interpretación de las cláusulas de un contrato es una cuestión de hecho que resulta de elementos probatorios allegados al juicio, en donde la soberanía del sentenciador es completa, a menos que en casación se demuestre un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria apreciación de las cláusulas contractuales.

3—Aunque el actor demande una cantidad líquida de perjuicios, el juzgador tiene facultad para señalar una distinta con base en las pruebas del proceso. La única limitación al respecto, surge de la imposibilidad de proferir una condena ULTRA PETITA. El hecho de que en el libelo no se haya autorizado al juez para fijar una cuantía distinta a los perjuicios demandados, no es obstáculo procesal para señalar una suma líquida inferior conforme a las probanzas aducidas por las partes. Se trata entonces simplemente de un caso de PLUS PETTTIO que no inhibe al juez para condenar al pago de los perjuicios en la suma que resulte probada.

4—Es ineficaz el cargo por error de hecho en la apreciación de pruebas consistente en que el sentenciador dejó de apreciar algunas, cuando los elementos probatorios que el recurrente mencione como no apreciados no desvirtúan las conclusiones de la sentencia.

5—Reafirma la Corte su jurisprudencia de que "no debe confundirse el perjuicio futuro con el eventual; aquél, si es cierto, se repara, porque si no existe en la actualidad,

con alguna probabilidad se espera que existirá algún día. El perjuicio eventual, por el contrario, es hipotético, puesto que depende, por un lado, del hecho dañoso, y, por otro, de circunstancias que están en el terreno de una remota realización. Un perjuicio de tal naturaleza no presentaría base adecuada para una acción de indemnización.".

Corte Suprema de Justicia.—Sala B de Casación Civil.—Bogotá, primero de julio de 1954.

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

I — Antecedentes:

1.—Por documento privado suscrito el 27 de mayo de 1.941 en la ciudad de Cali, el Obispo de la Diócesis de Cali, Monseñor Luis Adriano Díaz, arrendó al señor Ignacio Stipcianos un inmueble urbano que en los libros de la Diócesis figura con el nombre de "Casa Camacho", ubicado en aquella ciudad y comprendido por los linderos allí descritos. En dicho contrato se estipuló el término de duración de cinco años contados a partir del 1º de mayo de 1942, y un cánon mensual de arrendamiento de $ 210.00. Se pactó además que las mejoras incorporadas por el inquilino quedarían de propiedad del arrendador, a la terminación del contrato.

2.—Por escritura Nº 600 del 9 de abril de 1943 otorgada en la Notaría de Cali el Sr. Obispo de Cali, Monseñor Luis Adriano Díaz, vendió el inmueble arrendado, al señor Víctor M. Rodríguez por la suma de $ 80.000.00. En dicha escritura no se hizo mención alguna del contrato de arrendamiento existente con el señor Ignacio Stipcianos.

3.—El comprador recibió la finca enajenada. El señor Obispo avisó a Stipcianos que en virtud de la venta debía entenderse con el comprador Rodríguez para los efectos del arrendamiento del inmeuble. Comunicación en igual sentido dirigió Rodríguez a Stipcianos.

4.—Rodríguez dió en arrendamiento a Stipcianos el citado inmueble por un término de tres años contados a partir del 1º de mayo de 1943, con un canon de $ 400.00 mensuales.

5.—Ignacio Stipcianos formuló demanda ordinaria ante el Juzgado 4º del Circuito de Cali, contra la Diócesis de Cali, representada por el señor Obispo de Cali, Monseñor Luis Adriano Díaz y contra éste personalmente, sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de arrendamiento, fijados por el actor en la suma de $ 12.600.20.

6.—Al través de todo el juicio el señor Obispo de Cali, por medio de sus apoderados, ha alegado que el inmueble denominado "Casa Camacho" no pertenecía a la Diócesis de Cali, sino a la Parroquia de Santiago de Cali o a la fundación denominada "Asilo de Pobres Vergonzantes", y que tanto en el arrendamiento pactado con Stipcianos como en la venta hecha a Rodríguez, no obró en representación de la Diócesis de Cali sino en nombre de otra persona moral distinta. En posiciones rendidas dentro del juicio el señor Obispo de Cali, Monseñor Luis Adriano Díaz declaró que el inmueble arrendado a Stipcianos, no había sido nunca de la Diócesis de Cali, pero que lo había administrado, "en nombre del señor Cura Párroco de San Pedro, como patrono de la institución de utilidad común fundada con el nombre de "Asilo de Pobres Vergonzantes", donado por doña Petrona Camacho de Trujillo por medio de la escritura pública Nº 176 de 28 de agosto de 1895, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Cali". (Cuad.3, fols. 17 y 17 v.).

7.—Con base en la anterior alegación se propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada por el juez **a quo** y el Tribunal rechazaron.

8.—El Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, en sentencia del 15 de septiembre de 1949, condenó a la Diócesis de Cali a pagar a Ignacio Stipcianos la cantidad de $ 4.650.00 por perjuicios sufridos por éste a causa del incumplimiento del contrato de arrendamiento de la 'Casa Camacho.'

9.—Ambas partes apelaron del fallo anterior ante el Tribunal Superior de Cali.

III — Sentencia de Segunda Instancia:

El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y decidió el juicio en fallo del 20 de mayo de 1952, así:

"Primero. — Se declaran improcedentes las excepciones perentorias propuestas por los demandados en los escritos de contestación de la demanda, e infundada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados propuesta en el mismo momento.

"Segundo. — Condénase a la Diócesis de Cali, representada por su legítimo Prelado, a pagar a Ignacio Stipcianos, la cantidad de cinco mil cuarenta pesos ($ 5040.00) moneda corriente al día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, por con-

cepto de indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato de arrendamiento celebrado por el Excelentísimo Señor Doctor Luis Adriano Díaz, Obispo de Cali, con el nombrado señor Stipcianos, contrato que aparece protocolizado por medio de la escritura pública número 25 de 10 de enero de 1942 otorgada en la Notaría Tercera de Cali.

"Tercero. — Absuélvese al Excelentísimo señor Doctor Luis Adriano Díaz, en su carácter personal, de los cargos que se le formulan en la demanda.

"Cuarto. — Sin constas en ninguna de las instancias".

III — **El recurso:**

El apoderado de la Diócesis de Cali acusa la sentencia del Tribunal Superior de Cali con base en las causales 1ª y 6ª de casación.

Se resumen así los cargos:

1º—En el juicio se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial a causa de ilegitimidad de la personería de la parte demandada. De esta nulidad resulta el motivo de casación a que se refiere el ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial;

2º—Con base en la causal 1ª del mismo artículo se formulan estos cargos:

a) Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea o aplicación indebida, o bien por infracción indirecta, a causa de errónea apreciación de las pruebas. Se citan como quebrantados los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887; la Ley 153 de 1887, la Ley 93 de 1938, la Ley 34 de 1892, la Ley 35 de 1888 sobre concordato, los artículos 73, 250, 633, 637, 1502, 1505, 1546, 1973, 1974, 1966, 2019, 2020, 2176 y 2156 del C. C., y 630 y siguientes del C. Judicial.

b) Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con violación del artículo 1757 del C. C., e infracción por aplicación indebida de los artículos 1546, 1.973, 1974, 1.982, 2028 y 2109 del C. C., y 471, 480, 593, 596 y 791 del C. Judicial.

c) Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que ocasionó la violación de los artículos 1494, 1757, 2019, 2341 y 2345 del C. C., y 610, 705 y 724 del C. Judicial.

IV — **Examen de los cargos:**

Primer cargo. — En concepto del recurrente en el juicio se demuestra la ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, por no haber sido la Diócesis de Cali la persona que celebró el contrato de arrendamiento con Stipcianos, ni la entidad que vendió el inmueble arrendado, hecho del cual el actor deriva los perjuicios.

El recurrente se extiende en distintas consideraciones de hecho y de derecho enderezadas a demostrar que la finca "Casa Camacho" no era de propiedad de la Diócesis de Cali sino de la institución de utilidad común "Asilo de Pobres Vergonzantes de Cali", "puesto bajo el patronato de la Iglesia Católica y administrado naturalmente por su representante canónico y legal, o sea, el Ordinario de la Diócesis, que es el señor Obispo."

Al propio tiempo el recurrente sostiene que el Obispo de la Diócesis al celebrar el contrato de arrendamiento con Stipcianos obró como representante de la Parroquia de Cali, a quien pertenecía el inmueble.

Se considera:

La Sala no entra a examinar el fondo del cargo y a glosar las afirmaciones contradictorias del recurrente, porque la acusación es notoriamente inepta con la simple consideración de que se pretende invocar la causal sexta de casación por una pretendida ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Si la Diócesis de Cali no fuera la persona moral obligada con Stipcianos por el vínculo contractual y responsable de los perjuicios reclamados por el incumplimiento del arrendamiento, esta alegación no constituiría ilegitimidad adjetiva en la personería del demandado sino carencia de legitimación en causa por parte de la entidad demandada.

Como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, la segunda de las causales de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del C. Judicial, "reza con la personería adjetiva o indebida representación en el juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder; o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada". (Casa-

ción, sentencia de septiembre 8 de 1938, XLVII, Nº 1940, pág. 119).

De tal suerte que cuando en casos como el presente, la representación envuelve la condición misma con que se reclama del demandado el reconocimiento del derecho, se trata de uno de los elementos de la acción, o sea, de la legitimación para obrar, cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva. En este caso, la cuestión si ha sido mal apreciada en la sentencia da base a la causal primera pero no a la causal sexta.

El recurrente no alega la indebida representación de la Diócesis de Cali, porque Monseñor Luis Adriano Díaz no sea el representante legal de la persona jurídica, o porque sus mandatarios en el presente juicio tengan insuficientes su poderes. No. Lo que el recurrente alega es que la Diócesis de Cali no es la persona a quien se pueden reclamar los perjuicios demandados.

El cargo se rechaza.

Segundo cargo. — Según el recurrente en el juicio se halla demostrado: a) que el señor Obispo de Cali celebró con Ignacio Stipcianos el contrato de arrendamiento sobre la 'Casa Camacho', no en su carácter de representante legal de la Diócesis, sino en nombre y representación de una persona eclesiástica distinta; b) la casa arrendada no era de propiedad de la Diócesis de Cali sino de "la entidad de utilidad común llamada "Asilo de Pobres Vergonzantes", persona jurídica puesta bajo el Patronato de la Parroquia de Cali, que el Obispo administra como mandatario; c) la casa arrendada fue vendida por el señor Obispo de Cali no como representante de la Diócesis sino en nombre de la entidad que tenía el dominio del inmueble.

El recurrente cree que en razón de que el Tribunal consideró erróneamente a la Diócesis de Cali obligada con Stipcianos por el contrato de arrendamiento y como vendedora del inmueble, la sentencia condenó a la Diócesis al pago de los perjuicios por el incumplimiento de tal contrato, violando las disposiciones atrás citadas por indebida aplicación e interpretación errónea de ellas, o por infracción indirecta a causa de mala apreciación de las pruebas.

Se considera:

En Colombia todo lo referente a la organización y funcionamiento de las personas jurídicas eclesiásticas y a la administración de los bienes eclesiásticos se rige de acuerdo con los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887, 16 de la Ley 153 de 1887, y 2º, 3º y 4º del Concordato vigente con la Santa Sede, que fue aprobado por la ley 35 de 1888.

De acuerdo con el cánon 100 del C. I. C., los expositores de Derecho Eclesiástico, como se dijo en sentencia de esta Sala fechada el 15 de mayo de 1954, distinguen tres clase de personas jurídicas:

"1ª La Iglesia y la Santa Sede que son personas jurídicas **a jure divino;**

"2ª Las personas jurídicas **a jure,** es decir, las que existen por el imperio de la ley eclesiástica; y

"3ª Las personas jurídicas **ab homine,** es decir, las creadas por decreto de autoridad eclesiástica competente.

"En la segunda se cuentan los **institutos jerárquicos,** que pertenecen al derecho público eclesiástico y hacen parte de la jerarquía activa de la Iglesia, como las Diócesis, etc.

"De la tercera categoría son, entre otros, los **institutos regulares,** es decir, las comunidades, órdenes o congregaciones de religiosos, como dominicos, franciscanos, jesuítas, etc. A esta categoría pertenecen también los **institutos laicos,** constituídos por asociaciones de fieles o de clérigos, con fines religiosos o de beneficencia, como las cofradías, reuniones pías, órdenes terceras, asociaciones de acción católica, etc., etc.".

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 57 de 1887, "la Iglesia Católica y las particulares correspondientes a la misma iglesia, como personas jurídicas, serán representadas por los respectivos legítimos prelados o por las personas o funcionarios que éstos designen".

La Diócesis de Cali es una persona moral eclesiástica **a jure,** cuyo representante legal es el ordinario del lugar, o sea, su Obispo.

Según lo alegado por el recurrente, la institución "Asilo de Pobres Vergonzantes de Cali" sería un instituto laico con fines de beneficencia fundado por iniciativa de doña Petrona Camacho de Trujillo, esto es, una persona jurídica **ab homine,** cuya representación legal correspondería también al mismo señor Obispo.

Se ha discutido en el presente negocio si el señor Obispo de Cali al celebrar el contrato de arrendamiento del inmueble eclesiástico "Casa Camacho" obró en representación de la persona jurídica Diócesis de Cali o, en representación de la persona jurídica "Asilo de Pobres Vergonzantes de Cali". Se trata de una cuestión de hecho,

o sea, de la interpretación de las cláusulas del contrato que consta en documentos privado de fecha 27 de mayo de 1941, protocolizado por escritura Nº 25 de 10 de enero de 1942 extendida en la Notaría Tercera de Cali.

En cuanto a la interpretación y ejecución del contrato de arrendamiento celebrado entre el Obispo de Cali e Ignacio Stipcianos respecto de la finca "Casa Camacho", rigen obviamente las normas del derecho civil.

El Tribunal en el fallo recurrido considera que dados los términos del contrato mencionado y sus antecedentes, la entidad que se obligó fué la Diócesis de Cali.

Tal interpretación del contrato es intocable en casación, porque es esa una cuestión de hecho que resulta de la estimación de distintos elementos probatorios allegados al juicio, en donde la soberanía del sentenciador es completa, a menos que se demuestre un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria apreciación de las cláusulas contractuales. Y este no es el caso en examen. El Tribunal debió tener en cuenta que en el texto del contrato celebrado entre el señor Obispo de Cali y Stipcianos se dice que el inmueble arrendado figura en los libros de la Diócesis de Cali; que por otra parte, en el mismo contrato no se menciona para nada la pretendida persona jurídica "Asilo de Pobres Vergonzantes de Cali" o la Parroquia de San Pedro, y que no aparece en parte alguna la comprobación de su constitución con la debida aprobación eclesiástica.

El Tribunal considera además que fue la propia Diócesis de Cali quien vendió el inmueble arrendado, extinguiendo así el contrato de arrendamiento celebrado con Stipcianos.

Pertenecen al fallo recurrido los siguientes apartes:

"Ajustado el contrato de arrendamiento por el Excelentísimo Señor Luis Adriano Díaz, Obispo de Cali, sobre el inmueble "que en los libros de la Diócesis de Cali, figura con el nombre de 'Casa Camacho', el arrendador adquirió las obligaciones que detalla el artículo 1982 del Código Civil, entre ellas la de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la casa arrendada. Para este efecto, el arrendador debía abstenerse de vender el inmueble a menos de hacer constar en la escritura la obligación para el adquirente de respetar el contrato celebrado. Pero si en dicha escritura no aparece esa salvedad, resulta que el arrendador, de conformidad con el artículo 2019 del Código Civil, extinguió por un hecho suyo el derecho que tenía sobre el inmueble, haciéndose responsable ante el arrendatario perjudicado de las indemnizaciones consiguientes, ya que el adquirente o nuevo propietario no estaba en la obligación legal de respetar el arriendo por no estar comprendido en ninguno de los casos en que es obligatorio respetarlo al tenor del artículo 2020 del Código Civil.

"Pero se dirá entonces que la terminación o extinción del derecho del arrendador se debió a un hecho personal del señor Díaz, realizado no en su calidad de Obispo de Cali sino como un representante de personas morales absolutamente distintas, y que es, por tanto, el señor Díaz o las personas morales antedichas, quienes deben indemnizar al arrendatario del perjuicio consiguiente.

"Sea lo primero establecer claramente que el Obispo no fue constreñido u obligado en forma alguna a efectuar la venta del inmueble. Glosados a la escritura Nº 600 de 9 de abril de 1943 de la Notaría Segunda de Cali, aparecen los documentos relacionados con esta negociación, y por ellos se viene en conocimiento de que el señor Obispo de Cali solicitó autorización para efectuarla, la que fue concedida por medio de la Resolución Nº 42 de 1943 dictada por el Departamento de Asistencia Social del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

"Los términos de la mencionada escritura dicen que el señor Díaz obró en su calidad de Obispo de Cali y este carácter es absolutamente imposible desligarlo del concepto de Diócesis, porque no se concibe que una persona pueda ser Obispo de Cali y obrando en tal carácter no asumir la representación de la Diócesis de Cali, y más en presencia de la cláusula cuarta de dicha escritura donde se afirma que primeramente el Cura y Vicario de Santiago de Cali y después el Obispo de Cali por pertenecer ese Curato y Vicaría a su Diócesis, han estado en quieta y pacífica posesión del inmueble que se vende. Por otra parte, la representación de cualquiera de las personas morales que se han querido señalar como titulares del derecho de propiedad sobre ese inmueble, y la administración de sus bienes corresponde al Obispo de Cali personalmente, según se ha visto ya, de manera que sus actos administrativos gravan a la Diócesis de Cali en cuyos libros, según propia afirmación del señor Díaz, figuraba este inmueble bajo la denominación de "Casa Camacho". Si en los libros de la Diócesis figuraba este inmueble y si, además, la Diócesis asumió la obligación de salir al sanea-

miento por evicción que es un acto propio del vendedor, y si, finalmente, en la misma escritura en referencia se declara que el Obispo de Cali está en posesión del inmueble por pertenecerle a su Diócesis, la Parroquia o Vicaría de Santiago de Cali, no es posible desconocer una situación de otra y negar responsabilidad a la Diócesis que en ese momento representaba el señor Díaz como su legítimo Prelado. A ello se agrega que el propio señor Díaz por medio de su apoderado doctor Orozco Serna, propuso excepciones dilatorias rechazando toda responsabiliad personal en este negocio.

"Por último, como bien lo deduce el señor Juez a quo, la recta interpretación del artículo 637 del Código Civil conduce a la conclusión de que los miembros de una corporación para obligarse personalmente junto con la corporación que representan, necesitan manifestarlo expresamente, y si no lo hacen no asumen responsabilidad directa y personal por actos ejecutados a nombre de la corporación. Lo anterior se consigna, sin dejar de advertir que a pesar de que la parte demandada ha insinuado durante el juicio la existencia de una institución denominada Asilo de Pobres Vergonzantes, como la persona moral en cuya repersentación actuó el Obispo de Cali señor Díaz, no aparece por ninguna parte la comprobación de su constitución con la oportuna aprobación eclesiástica, requerida por el artículo 44 de la Constitución Nacional.

"Queda pues establecido claramente que el acto voluntario de vender el inmueble arrendado a Stipcianos, y la consiguiente terminación del arriendo, no pudo ser ejecutado sino por el señor Obispo de Cali en su carácter de representante de la Diócesis, y no en su carácter simplemente personal. Por lo tanto, la responsabilidad por ese acto cuanto significó perjuicios para el arrendatario con quien había pendiente un contrato legalmente celebrado, y esa entidad o persona jurídica a falta de otra demostración especial, es la Diócesis de Cali porque contractualmente es inseparable el carácter de Obispo de Cali del concepto de la Diócesis de Cali".

No se ha demostrado que esta apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal sea errónea, ni menos que haya existido en el sentenciador un evidente error de hecho en tal estimación.

No prospera el cargo.

Tercer cargo. — Según el recurrente la sentencia del Tribunal está en abierta pugna con la demanda y con las pruebas aducidas por las partes. El actor pidió en la demanda que se condenara a la Diócesis a pagarle la suma de $ 12.620.00 por concepto de perjuicio, sin que hubiera autorizado al Juez para regularla por sí mismo o por peritos. La sentencia señaló como cuantía de la condena la suma de $ 5.040.00, teniendo en cuenta el dictamen de peritos.

Considera que en esta forma el Tribunal violó las disposiciones procesales que cita en su demanda y las normas sobre prueba pericial, y que en consecuencia, infringió también los artículos del Código Civil que autorizan la indemnización de perjuicio en favor del arrendatario.

Se considera:

La Sala rechaza la tesis esbozada por el recurrente, según la cual cuando el actor demanda una cantidad líquida de perjuicios el juzgador no tiene facultad para señalar una suma distinta con base en las pruebas allegadas al proceso. La única limitación al respecto, surge de la imposibilidad de proferir una condena **ultra petita**. El hecho de que en el libelo no se haya autorizado al juez para fijar una cuantía distinta a los perjuicios demandados, no es obstáculo procesal para señalar una suma líquida inferior conforme a las probanzas aducidas por las partes. Se trata entonces simplemente de una caso de **plus petitio** que no inhibe al juez para condenar al pago de los perjuicios en la suma que resulte probada.

En dictamen pericial rendido por los señores Héctor Tobón y Marino Becerra, éstos señalaron la cuantía de los perjuicios causados a Stipcianos por la terminación del arrendamiento, en la cantidad de nueve mil ciento veinte pesos ($ 9.120.00). Este dictamen no fue objetado y se halla debidamente fundamentado. El tribunal lo tuvo en cuenta para señalar el valor de los perjuicios, junto con otras probanzas que obran en el proceso y que lo llevaron a rebajar la cuantía de los perjuicios a la suma de cinco mil cuarenta pesos ($ 5.040.00).

El Tribunal aplicó correctamente las disposiciones sobre prueba pericial.

No se demostró por el recurrente que se hubiera incurrido en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

No prospera el cargo.

Cuarto cargo. — El recurrente acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Considera que no es-

tán demostrados plenamente los elementos que configuran la responsabilidad contractual. En su sentir no hay prueba de la culpa por parte de la Diócesis de Cali, ni prueba de los perjuicios reclamados por Stipcianos, ni prueba de la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

Insiste el recurrente en considerar que la Diócesis de Cali no fue la entidad vendedora del inmueble arrendado, porque en el contrato de compraventa el señor Obispo intervino no como representante legal de aquélla sino en nombre de una persona distinta. Por lo tanto, la responsabilidad no puede exigirse a la Diócesis, que es la persona jurídica demandada.

También considera el recurrente que el actor demanda perjuicios ya causados y perjuicios inciertos y futuros "que él supone que se causarán en los cuatro años subsiguientes, de la presentación de la demanda en adelante".

Así mismo alega el recurrente que por no haberse apreciado el dictamen pericial que se produjo en segunda instancia, y las posiciones absueltas por Stipcianos, pruebas de las cuales aparece que éste tenía subarrendados unos locales por las sumas de $ 230.00 y $ 115.00 mensuales, el Tribunal aceptó los perjuicios reclamados, cuando de tales pruebas aparece que por haber percibido esas sumas no existen perjuicios materiales.

Concluye el recurrente que en razón del error en la apreciación de las pruebas, se violaron por una parte los artículos 610, 705 y 724 del Código Judicial y los artículos 1757, 1494, 2019, 2341 y 2345 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal examinó cuidadosamente las distintas probanzas allegadas a los autos y halló plenamente demostrados los elementos axiológicos de la acción indemnizatoria por responsabilidad contractual.

Se transcribe en seguida el examen de pruebas que hizo el Tribunal para deducir la responsabilidad por los perjuicios y el **quantum** de éstos:

"Según el documento privado que aparece protocolizado por medio de la escritura pública Nº 25 de 10 de enero de 1942 otorgada en la Notaría Tercera de Cali, entre el Excelentísimo señor Obispo doctor Luis Adriano Díaz y el señor Ignacio Stipcianos se celebró un contrato de arrendamiento que tuvo por objeto una casa ubicada en esta ciudad de Cali en la calle 12 entre carreras 5ª y 6ª, marcada en sus puertas de entrada con los números 5-30 a 5-44 y comprendida por los linderos que en ese contrato se detallan:

"La duración del contrato sería de cinco años contados a partir del 1º de mayo de 1942 (cláusula 1), el canon de arrendamiento la cantidad de $ 210.00 mensuales pagaderos anticipadamente en los primeros ocho días de cada mes (cláusula 2), tanto el arrendador como el arrendatario se reservaron el derecho a hacer terminar el contrato en los eventos contemplados en las cláusulas cuarta y novena. Este contrato aparece ajustado el 27 de mayo de 1941 y en la cláusula primera se dice que el arrendador deberá entregar el local o casa arrendada al arrendatario el 1º de mayo de 1942, lo que fue cumplido exactamente ya que ninguna de las partes ha reclamado sobre el particular.

"Corrido menos de un año de la vigencia de este contrato, el Excelentísimo señor Díaz dió en venta el inmueble arrendado al señor Víctor M. Rodríguez, según consta en la escritura pública número 600 de 9 de abril de 1943 otorgada en la Notaría Segunda de Cali, cuya copia debidamente registrada obra a fojas 9 y siguientes del cuaderno Nº 3. En ese instrumento no hizo el vendedor mención alguna del contrato de arrendamiento existente con Stipcianos en el sentido de que el comprador quedara obligado a respetarlo, antes bien se dijo que tal inmueble estaba libre de toda clase de gravámenes agregando que en la misma fecha del otorgamiento de la escritura se hacía entrega material de él al comprador.

"A fojas 5 del cuaderno principal aparece original una carta suscrita por el doctor Luis Adriano Díaz, Obispo de Cali, fechada el 15 de abril de 1943, en la que le participa a Stipcianos la venta efectuada a favor de Víctor M. Rodríguez y le previene que desde el 9 de abril de 1943 debe entenderse con éste para los efectos del arrendamiento del local que le tenía arrendado. La misiva deja constancia del cumplimiento observado por Stipcianos durante el tiempo en que ha ocupado el inmueble como arrendatario, y de su recomendación muy especial hecha ante el nuevo propietario.

"Con fecha 27 de abril de 1943, se produjo la comunicación que obra a fojas 6 del cuaderno principal, en la que Rodríguez notifica a Stipcianos su calidad de dueño del inmueble y le manifiesta que, atendiendo la solicitud del señor Obispo, está dispuesto a dejarle el local en arren-

damiento pero elevando el cáncn a la cantidad de $ 400.00 mensuales desde el 1º de mayo de 1943.

"Esta negociación se perfeccionó y a fojas 4 del mismo cuaderno obra una copia del contrato de arrendamiento entre Rodríguez como arrendador y Stipcianos como arrendatario sobre el local en referencia. Allí se dice que la duración será de tres años contados a partir del 1º de mayo de 1943 y el cánon la suma de $ 400.00 mensuales pagaderos por anticipado en los primeros cinco días de cada mes. Contiene este contrato también la declaración por parte de Stipcianos de que no tiene mejoras realizadas cuyo precio deba cobrar, por cuanto las ejecutadas pertenecen al local según el contrato de arrendamiento anterior celebrado con el señor Obispo de Cali.

"Cuando se presentó la demanda el 23 de junio de 1943 iba apenas corrido un mes y días de celebrado este contrato con Rodríguez, pero como ya el arrendatario sabía, de acuerdo con el contrato firmado, el nuevo precio del arrendamiento, pidió que la Diócesis de Cali y el señor Obispo le pagaran la diferencia entre el valor del cánon pactado en el primitivo contrato y el valor estipulado en el segundo, diferencia que asciende a la cantidad de $ 190.00 mensuales y con la que afirma el demandante ha venido a gravarse en virtud de la venta del inmueble. En el hecho 7º de la demanda aparece consignada la correspondiente liquidación de estos valores, la que asciende a la cantidad de $ 9.120.00, moneda corriente como producto de la multiplicación de los $ 190.00 por cuarenta y ocho meses completos, tiempo pendiente del contrato de arrendamiento primitivamente celebrado.

"En el mismo numeral se incluye la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) m/c. como correspondiente a mejoras realizadas por el arrendatario en el local arrendado, y que se distribuyen en $ 500.00 por concepto de ampliación de local interior y $ 500.00 en que se estima el valor de la red para el servicio de energía. Pero en presencia de la declaración que contiene el contrato de arrendamiento celebrado entre Rodríguez y Stipcianos de que no hay mejoras cuyo precio se considere con derecho a cobrar el arrendatario, y especialmente vista la declaración del apoderado del demandante contenida en la diligencia de avalúo practicada el 13 de febrero de 1947, donde dice que renuncia al avalúo de tales mejoras que, por otra parte, fueron negadas por los demandados, habrá de prescindirse de toda consideración sobre el particular.

"Conforme lo anterior, el concepto uniforme de los peritos Héctor Tobón y Marino Becerra, quienes intervinieron como peritos en la primera instancia y su experticia no fue reclamada por las partes, va únicamente a la apreciación de los valores que como consecuencia del cambio de propietario y la consiguiente renovación del contrato de arrendamiento en condiciones distintas, hubo de satisfacer como adicionales el arrendatario Stipcianos. Estos peritos señalan en la misma cantidad de $ 9.120.00, el valor del perjuicio que le ocasionó al arrendatario la venta del inmueble, en razón del contrato modificado de arrendamiento que hubo de ajustar con Víctor M. Rodríguez.

"Para comprobar sus afirmaciones el demandante trajo al juicio en la primera instancia, treinta y siete (37) recibos como correspondientes al pago de arrendamientos efectuados a Rodríguez durante el tiempo correspondiente al contrato con el señor Obispo, y estos documentos obraron en el juicio sin objeción de la parte contraria. Pera reafirmar su validez se pidió también en la primera instancia declaración al señor Víctor M. Rodríguez quien la rindió según aparece a fojas 45 v. del cuaderno número 6 reconociendo la legitimidad de ellos y afirmando que había celebrado con Stipcianos el contrato de arrendamiento mencionado, a razón de $ 400.-00 mensuales. Agrega, y esta declaración fue rendida el 26 de noviembre de 1946, que Stipcianos continúa en ese momento como su arrendatario pagando la cantidad de $ 400.00 mensuales, declaración que hace presumir que el primer contrato celebrado entre Rodríguez y Stipcianos y que venció el 1º de mayo de 1946 según la cláusula 5ª del mismo, fue prorrogado por las partes en idénticas condiciones. Esto le resta fuerza a la afirmación contenida en el hecho 8º de la demanda donde se dice que a la terminación del plazo de tres años contados desde el 1º de mayo de 1946, Stipcianos tendría que desocupar el local; pues seis meses después de vencido —el 26 de noviembre de 1946— todavía sigue como arrendatario en las mismas condiciones, según afirmación no contradicha de su arrendador. Finalmente, al absolver posiciones en esta segunda instancia, el 16 de febrero de 1950, Stipcianos contestando la pregunta tercera, informa que hace dos meses dejó Rafael Natham de pagarle arrendamientos "por razón de un juicio de lanzamiento que me instauró el señor Víctor M. Ro-

drígüez". Este conjunto de elementos probatorios permiten deducir con exactitud que la duración del contrato de arrendamiento celebrado entre Stipcianos y Rodríguez, fue prorrogado por bastante tiempo más del convenido en dicho contrato que venció el 1º de mayo de 1946, pues según la propia confesión del demandante, a fines del año de 1949 todavía era arrendatario del mismo local. De manera que la afirmación del punto 8 de la demanda resulta en desacuerdo con la realidad, y debe considerarse únicamente en lo referente al aumento del valor del arrendamiento de $ 210.00 a $ 400.00, también durante el año comprendido entre el 1º de mayo de 1946 y el 1º de mayo de 1947, fecha esta última en la cual expiraba definitivamente la duración del arrendamiento pactado en el contrato que se protocolizó por medio de la escritura Nº 25 de 10 de enero de 1942 de la Notaría Tercera de Cali.

"Así planteadas las cosas se encuentra el verdadero fondo del problema por resolver sintetizado así: Ignacio Stipcianos pide que la Diócesis de Cali y el señor Obispo doctor Luis Adriano Díaz, sean condenados a pagarle o reintegrarle los valores correspondientes al aumento de arrendamiento que él hubo de pagarle a Víctor M. Rodríguez durante los cuatro años restantes del contrato de arrendamiento celebrado el 27 de mayo de 1941, por cuanto al efectuarse la venta del local arrendado su situación como arrendatario, vino a hacerse más gravosa de la primitivamente contemplada al celebrar dicho contrato, aumentos que se estiman en la cantidad de $ 9.120.00 moneda corriente, en los cuatro años corridos desde el 1º de mayo de 1943 hasta el 1º de mayo de 1947. En otras palabras, Stipcianos pide el reintegro de esta suma alegando que para conservar la tenencia del local arrendado, él tuvo que empobrecerse en esa suma que no hubiera debido pagar si la Diócesis no hubiera dispuesto del local o hubiera incluído en la escritura de venta alguna cláusula encaminada a obtener se respetara el convenio de arrendamiento.

"Importa ahora establecer según los elementos probatorios aportados, cómo Stipcianos se defendió o compensó por mejor decir, el gravamen adicional que le impidió el alza del arrendamiento. Rafael Natham en su declaración rendida en esta segunda instancia el 20 de febrero de 1950 dice que fue arrendatario de Stipcianos en el local marcado con el número 5-44, de la Calle 12, donde tenía establecido un almacén denominado "El Palacio de las Corbatas", local que hacía parte del arrendado por la Diócesis de Cali a Stipcianos y que ocupó desde el año de 1938 pagando la cantidad de treinta pesos ($ 30.00) mensuales. No va a contemplarse ahora por no ser materia del debate, si el arrendatario Stipcianos tenía derecho o nó a subarrendar parte del local, en presencia, especialmente, de la estipulación contenida en la cláusula 7ª del contrato celebrado con la Diócesis, donde se dice que tal local se destinará al funcionamiento del bar, cantina y café denominado "Café Cali".

"Se tiene pues como admitido que cuando Stipcianos pagaba a la Diócesis un arrendamiento de $ 210.00 percibía a su vez del subarrendatario Natham la cantidad de treinta pesos mensuales con los que se ayudaba en ese pago. Al contestarla pregunta 3ª del pliego de posiciones que se le sometió en la segunda instancia reconoce Stipcianos que se vió obligado a elevar el arrendamiento convenido con Natham a la suma de $ 115.00 mensuales, cánon que fué aceptado por éste. Y este aumento se produjo, según la misma contestación "desde el tiempo en que por haber comprado el señor Víctor M. Rodríguez dicho inmueble, fuí obligado a aceptar un contrato con dicho señor Rodríguez a un cánon mayor". De manera que el aumento de $ 190.00 que Stipcianos vino a sufrir con el nuevo cánon convenido con Rodríguez, lo compensó parcialmente con el aumento de $ 85.00 impuesto y aceptado por Natham como subarrendatario de parte del local, quedando reducido, en consecuencia, el gravamen adicional a la suma de $ 105.00 mensuales, cantidad que, multiplicada por cuarenta y ocho meses produce un total de $ 4.080.00 que debe restarse de lo que dice Stipcianos pagó a Rodríguez. Si por concepto de aumentos de arrendamientos Stipcianos pagó $ 9.120.00 en los cuatro años, pero percibió a su vez de Natham aumentos por valor de $ 5.080.00, resulta que el monto verdadero del perjuicio sufrido ascendió únicamente a la cantidad de $ 5.040.00, moneda corriente.

"Y en cuanto a la apreciación del tiempo se tiene como elemento de convicción la misma confesión de Stipcianos en posiciones cuando señala como fecha del aumento del arrendamiento a Natham "desde el tiempo en que por haber comprado el señor Víctor M. Rodríguez dicho inmueble, fuí obligado a aceptar un contrato con dicho señor Rodríguez a un canon mayor". Y como tiempo de terminación de la vigencia de este mismo aumento lo aseverado en la parte final de la misma contestación cuando dice: "Hace dos meses que ya no se me paga arrendamiento por

ese local. Esto en razón de un juicio de lanzamiento que me instauró el señor Víctor M. Rodríguez". Como las posiciones en referencia fueron absueltas el 16 de febrero de 1950, se encuentra que durante los cuatro de vigencia del contrato de arrendamiento con la Diócesis por los cuales pide Stipcianos reconocimiento de lo pagado adicionalmente a Rodríguez, aquél recibió de Natham los $ 85.00 a que se refiere la compensación parcial de que se viene tratando. Reducida por el aspecto económico la aspiración de reembolso de Stipcianos a la cantidad de $ 5.040.-00 m|c., monto verdadero del gravamen adicional sufrido como consecuencia de la venta del inmueble y la consiguiente elevación del canon de arrendamiento por parte del nuevo propietario, es pertinente examinar si a la luz de las disposiciones legales resulta que el primitivo arrendador debe indemnizar al arrendatario por este desembolso y la proporción en que debe hacerlo".

La Sala considera que el Tribunal no incurrió en manifiesto error de hecho o en error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Los elementos probatorios que menciona el recurrente como no apreciados por el Tribunal, tampoco desvirtúan las conclusiones hechas en la sentencia, sin que pueda decirse que el sentenciador incurriera en el manifiesto o evidente error de hecho.

El Tribunal encontró acreditado los perjuicios con las pruebas allegadas al proceso. Se demostró que a causa de la terminación del arrendamiento por la venta del inmueble, antes del plazo estipulado en el contrato, Stipcianos para seguir en la tenencia de la finca, hubo de celebrar nuevo contrato con el comprador, obligándose a pagar un canon mensual de $ 400.00 en lugar de los $ 210.00 que pagaba a la Diócesis de Cali. Con base en la diferencia de estos alquileres y del tiempo de duración convenido en el contrato, el Tribunal dedujo los perjuicios y su cuantía, descontando las utilidades que el arrendatario recibía con unos subarriendos.

En lo tocante a la demanda por perjuicios futuros e inciertos que el recurrente considera improcedente, la Sala reitera la siguiente doctrina de la Corte sobre este punto:

"El perjuicio puede ser actual, cuando ha existido antes de la acción resarcitoria o al tiempo de iniciarse ésta. Puede ser futuro, cuando puede manifestarse después del hecho culposo que lo causa. En ocasiones esas derivaciones posteriores son lógica consecuencia del hecho aunque aparezca después de él. Lo esencial es que ella se presente con certidumbre como una prolongación natural de cierto estado de cosas.

"No debe confundirse el perjuicio futuro con el eventual: aquél si es cierto, se repara, porque si no existe en la actualidad, con alguna probabilidad se espera que existirá algún día. El perjuicio eventual, por el contrario, es hipotético, puesto que depende, por un lado, del hecho dañoso, y, por otro, de circunstancias que están en el terreno de una remota realización. Un perjuicio de tal naturaleza no presentaría base adecuada para una acción de indemnización". (Sala de Negocios Generales, sentencia del 27 de septiembre de 1946, LXI, números 2040, 2041 578).

En el caso **sub judice** la indemnización comprende, es verdad, tanto perjuicios actuales, ya causados cuando se presentó la demanda, y perjuicios futuros que son lógica consecuencia de la terminación del arrendamiento antes del plazo acordado contractualmente. No puede afirmarse que se trata de perjuicios eventuales o inciertos. Stipcianos tenía derecho a la tenencia del inmueble por un plazo que sólo expiraba el 1º de mayo de 1947 pagando un canon mensual de $ 210.00. Al terminar el contrato con la Diócesis, apenas transcurrido un año de la duración del arrendamiento, se vió precisado a pagar un canon mensual de $ 400.00. Para la determinación de los perjuicios recibidos debía contemplarse necesariamente no sólo la situación existente a la época de la demanda, sino la derivada en el futuro por todo el tiempo que ha debido durar el contrato incumplido.

No puede aceptarse que el Tribunal por tal razón violara la ley en forma directa o en forma indirecta al través de una errónea apreciación de las pruebas.

Por lo tanto, se rechaza este último cargo.

V — Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 20 de mayo de 1952, objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Echandía. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez. — José Hernández Arbeláez. — Ernesto Melendro, Secretario.

NO SE ACCEDE A ACLARAR UNA SENTENCIA. — ES IMPROCEDENTE LA ACLARACION DE LA SENTENCIA DE LA CORTE, CUANDO ESTA DENIEGA LA CASACION

Es improcedente la solicitud de aclaración cuando la sentencia de la Corte no casa la recurrida, porque entonces no se puede decir que dicta fallo sobre el fondo del pleito, sino que se limita a declarar infundado el recurso propuesto.

---

(1) La sentencia a que se refiere la presente aclaración, aparece publicada en la **Gaceta Judicial** Nº 2142 de junio del presente año, pags. 774 y siguientes.

El Relator

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a primero de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

En el anterior memorial pide el doctor Eliécer Pinilla que se aclare el fallo de fecha tres de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictado por la Corte, en el cual se resolvió no casar la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio de Isabel Zabala y otros contra los herederos de Félix Artunduaga. Dice el peticionario que el fallo debe aclararse en el sentido de expresar "si afecta la universalidad herencial de Félix Artunduaga, es decir a todos los que sean reconocidos como herederos en dicha sucesión, o solamente a los herederos que fueron demandados".

La solicitud es improcedente, pues, como lo ha dicho la Corte en varias ocasiones, para que haya lugar a la aclaración prevista en el artículo 482 del Código Judicial, es condición previa indispensable que se haya proferido una sentencia, y es obvio que cuando la Corte no casa la recurrida, no se puede decir que dicta fallo sobre el fondo del pleito sino que se limita a declarar infundado el recurso propuesto. La facultad de aclaración no existe sino en relación con los propios fallos, no con el de un Tribunal cuando la Corte se abstiene de casarlo.

Por lo expuesto, no se accede a la solicitud de aclaración de que se trata.

Notifíquese.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro L., Secretario.



LOS HECHOS A QUE PUEDE EXTENDERSE LA INVESTIGACION DEL JUEZ DURANTE UNA INSPECCION OCULARSON SOLAMENTE AQUELLOS A QUE SE CONTRAE ESA DILIGENCIA, Y POR CONSIGUIENTE NO PUEDEN RECIBIRSE DURANTE ELLA PRUEBAS TENDIENTES A DEMOSTRAR OTROS HECHOS, NI APRECIARSE LAS QUE, CONTRAVINIENDO LO DICHO, HAYAN SIDO PRACTICADAS

1—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba testimonial, y para que la Corte en casación pueda modificar esa apreciación porque en ella se incurrió en error de hecho, se requiere, entre otras cosas, que él sea manifiesto o evidente.

2—Si conforme al artículo 728 del Código Judicial, en el acto de la diligencia de una inspección ocular puede el Juez hacer una investigación de los hechos que juzgue necesario para ilustrarse, tales hechos son aquellos a que se contrae la diligencia de inspección ocular y no otros, pues de lo contrario, quedarían burladas las estrictas normas sobre términos probatorios.

Y no obra en contra de lo dicho lo dispuesto por el artículo 597 del mismo Código, el cual ordena que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso..." ..2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes....", porque esto debe entenderse de los elementos allegados a ellos regularmente, dado que la inspección ocular es un acto de mero reconocimiento de los hechos o cosas que se tengan a la vista, con o sin intervención de peritos y testigos, no para acreditar cosas de otra índole.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a tres de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

María Cayetana Zapata (o Herrera como pretende serlo), el 13 de marzo de 1952, ante el Juez del Circuito de Jericó, demandó a los "herederos o representantes supuestos sucesores o contradictorios legítimos del finado Jesús Herrera H., parte ésta formada por las siguientes personas: Germán Herrera, mayor de edad y vecino de Pueblorrico, Ant.; Julia Herrera, mayor de edad y que estuvo en Pueblorrico, actualmente en Urrao; a éstos personalmente, y a Fidelina, Valerio, Prudenciana, María de la Paz, Daniel Horacio, Jesusa, María del Carmen Henao, mayores de edad y vecinas de San Vicente (a éstos en representación de su finada madre Claudina Herrera (hermana del finado); a Clara Rosa, María Virgelina, Froilán, Daniel, Ana Judith, Luz Marina Herrera, mayores de edad y vecinas de Santuario (como hijos de Nacianceno Herrera H., hermano del finado Jesús Herrera), a Clara Herminia, Antonio y Salvador Echavarría, mayores de edad y vecinos de Caicedonia, en representación de la finada Antonina Herrera, la que falleció y fué hermana del finado Jesús Herrera, para que citados y oídos como representantes del ya mentado finado Jesús Herrera, y como presuntos herederos, en sentencia que cause ejecutoria por su despacho se declare:

"A)—Que la señora Cayetana Zapata o Herrera, mayor de edad y vecina de Pueblorrico, es hija de Jesús Herrera H., nacida de las relaciones sexuales habidas entre éste y la señora María Zapata, por lo cual es hija natural;

"B)—Que en su carácter de tal tiene los derechos civiles que las leyes actuales reconocen a los hijos naturales respecto de sus padres, en la forma como esas mismas leyes lo indican;

"C)—Que el fallo que reconozca la filiación demandada tiene efectos **erga omnes**;

"D).—Que se ordene, por oficio, al señor Cura Párroco y al señor Notario de Pueblorrico Ant., la inscripción al margen de la partida de nacimiento o bautismal correspondiente el reconocimiento judicial que haga o se haga por medio del fallo;

"F)— **(sic)**. Que se condene en costas a los demandados si se oponen a esta acción.

"Subsidiariamente. Que María Cayetana Zapata o Herrera, es o fué hija natural de Jesús Herrera H., ya finado, y que como tal tiene derecho a heredar en la forma que las leyes actuales lo indican, al señor Herrera, y que el fallo que ponga fin a este juicio se inscriba en los libros sobre estado civil tanto de la parroquia como de la Notaría del Distrito de Pueblorrico. Todo con la subsiguiente condenación en costas a la parte demandada si presenta oposición a esta acción" (C. 1º, ff. 2 v. y 3).

El Juzgado puso fin al juicio, en primera instancia por medio de la sentencia que dictó el 12 de febrero de 1.953 cuya parte resolutiva dice así:

"1º—Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, por falta de legitimación para obrar en la causa, y, consecuencialmente, se absuelve a los demandados, de las condiciones civiles anotadas, de los cargos formulados contra ellos en el libelo.

"2º—Se condena en costas a la parte actora" **(Ibidem,** f. 65).

El Juzgado, pues, se limitó apenas a decir que no se hallaba establecido el carácter de herederos del presunto padre respecto de algunos de los demandados.

Llevado el asunto al Tribunal Superior de Medellín, éste, por sentencia proferida el 7 de octubre del mismo año, falló el juicio en segunda instancia por estas palabras:

"No es el caso de hacer y no se hacen las declaratorias solicitadas en la demanda. Consecuencialmente, se absuelve a los demandados de las súplicas del libelo. Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandante.

"Queda así reemplazado el fallo de primer grado.

"Costas del recurso a cargo del mismo demandante" (C. 2º, f. 18).

La sentencia acusada

Esta principia por anotar que no se presentó la partida de nacimiento de la demandante; pero que ésta y los demás hechos básicos de la demanda fueron suplidos con la prueba testimonial.

Del examen hecho sobre las declaraciones de los testigos anota, en síntesis, que:

Carmen Agudelo se limitó a decir que Jesús Herrera y Ana María Zapata si no vivían bajo un mismo techa eran vecinos, que aquél visitaba a ésta con frecuencia y que aunque era de vida muy económica atendía a María Cayetana, ayudaba económicamente a la madre de ésta y que no recordaba en qué tiempo existieron relaciones sexuales entre aquéllos.

Genoveva Zapata declaró que Herrera manifestaba que Cayetana era su hija natural; que en sus últimos años manifestaba Herrera su deseo de que le asistiera; que mientras Herrera y Ana María Zapata vivieron en Pueblorrico mantuvieron relaciones sexuales, y que no recuerda en qué año ocurrieron tales cosas.

Carlina Zapata de Restrepo, expuso que por decires callejeros y porque el mismo Herrera se lo contó, que Herrera mantuvo relaciones sexuales con la dicha Zapata y que Cayetana era hija de ambos.

Justo Pastor Alvarez, expresó que conoció a Herrera y que conoce a Cayetana su hija natural, que aquél se opuso a que ésta se casara, que la tuvo en sus fincas, que si no le constaba que le diera ropas sí que le hacía regalos.

Jesús Antonio Ruiz, dijo que Jesús Herrera le manifestó alguna vez que Cayetana era su hija natural y deseaba le correspondiera algo en sus bienes.

María de los Angeles Zapata manifestó que Herrera y la Zapata tuvieron relaciones sexuales y que de ellas nació Cayetana, pero que no vivieron bajo el mismo techo; y

Luis Horacio Espinosa afirmó que Herrera manifestó en varias ocasiones que Cayetana era su hija.

A vuelta de esta relación de testimonios encaminados a probar la filiación natural de Cayetana Zapata y de hacer algunas observaciones sobre el parentesco de algunos de los demandados con el difunto Herrera, a quien se le atribuye la paternidad de la Zapata, a vuelta de todo esto, el Tribunal encuentra que ésta no ha demostrado hallarse en ninguno de los casos contemplados por los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en lo que ella funda su derecho.

También tuvo en cuenta el sentenciador, una inspección ocular destinada a probar que las habitaciones en Pueblorrico de la madre de Cayetana y de Herrera, estaban situadas a poca distancia la una de la otra. Además, en esa inspección, se presentaron unas partidas del estado civil de parientes de éste; se ratificaron declaraciones de varios testigos, que éstos ampliaron, y se recibieron las de otras personas llevadas ad hoc por la parte actora.

La casación

La demanda de casación, difusa sobremodo, acusa la sentencia por violación de un haz o catálogo de artículos de los Códigos Civil y Judicial, y de la Ley 45 de 1936, textos que se citan al pie del examen que de cada declaración hace la parte recurrente, y que la Corte enumera de una vez en pro de la claridad y del método; y tras de ello, expresa la demanda que tales violaciones provinieron de errónea apreciación de las pruebas con ella presentadas.

Véase la lista: Código Judicial, artículos 520, art. 2º (sic), 593, 596, 597, 601, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 668, 693, 695, 705, 715, 722, 724, 727, 728; Código Civil, 395, 398, 399, 401, 403, 404, 1.008, 1.009, 1.031 y ss., 1.321 y ss.; Ley 45 de 1.936, 1º, 2º, 4º y 6º.

Divide el personero de la recurrente la parte acusativa del fallo en tres capítulos que por su orden considera la Corte.

Primero.—Dice la demanda en el primer acápite de ese capítulo, que acusa el fallo "por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial aportada por la parte actora, manifiestos y visibles en los autos con lo cual violó manifiestamente la ley", con cita del catálogo preinserto de textos de los Códigos Civil y Judicial y de la Ley 45 de 1936; todo ello revolviendo lo atinente a errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba consistente en varias declaraciones de testigos.

Sobre lo cual se observa:

a). Cuanto al error de derecho, que no aparece acreditado en la estimación hecha por el Tribunal de las declaraciones de los testigos que se citan por el recurrente; los errores atribuídos a tales declaraciones serían más bien de hecho. De derecho serían, si v. g. el Tribunal hubiese dicho que con declaraciones de testigos, no se puede probar el hecho de las relaciones, sexuales, o que los testigos o algunos de ellos podían declarar sin prestar el juramento de rúbrica etc.

b). Cuanto al pretendido error de hecho cometido en la apreciación de las declaraciones de los testigos que llevaran al Tribunal a violar tantos textos de los Códigos Civil y Judicial, cabe hacer una distinción entre aquellas que fueron recibidas con citación de la parte contraria y las que se recibieron en una inspección ocular sorpresivamente, sin esa formalidad.

Sobre estas últimas se harán las observaciones conducentes al tratarse de la prueba de esa inspección ocular.

Y sobre las primeras, recibidas correctamente, se observa que, para la Corte, la apreciación que de tales testimonios se hizo por el Tribunal, no es evidentemente errónea, aunque pudiera serlo en menor grado, dada la técnica jurídica aceptada tradicionalmente sobre la soberanía de que gozan en la materia los Tribunales de segunda instancia.

La Corte, pues, no puede hacer otra cosa en la materia que prohijar estos conceptos de la sentencia acusada:

"Los testigos del proceso afirman simplemente el hecho de haber existido relaciones sexuales entre Herrera H. y la Zapata. Pero sobre la estabilidad de estas relaciones esos declarantes no pudieron afirmar nada en concreto. Herrera y la Zapata no hicieron nunca vida conyugal, no vivieron bajo un mismo techo, ni hay prueba alguna que permita concluir, que aunque no vivieron en una misma casa, sí llevaron relaciones sexuales estables, de manera notoria. Todo indica que los deponentes se enteraron de que esas relaciones existieron, por comentarios, o rumores, o parece que por manifestaciones de la misma Zapata, según lo expresa alguno de los deponentes.

"Pero hay más: no se probó en qué época precisa empezaron tales relaciones entre Herrera y la Zapata, pues muchos deponentes llegan hasta manifestar que ignoran completamente, o que no recuerdan la época en que aquéllo ocurrió. Y la ley es sumamente exigente a este respecto. Es preciso establecer que el hijo natural nació después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron".

Por esto "concluye la Sala que no está demostrado el caso del ordinal 4º del artículo 4º citado" (de la Ley 45 de 1.936).

Y luégo, cuanto a la posesión notoria del es-

tado de hija natural atribuído a Cayetana, dice el misma fallo acusado:

"Con arreglo al art. 398 del C. C., para que la posesión notoria de estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado diez años continuos por lo menos.

"Se trata de decidir si conforme a la prueba, de autos aparece que Jesús Herrera H. haya proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de María Cayetana Zapata, de manera permanente, constante y regular, acreditado esto con hechos ostensibles y públicos, tal como lo exige la ley y como terminantemente considera la jurisprudencia patria que debe establecerse.

"Ninguno de los declarantes de la primera instancia se produce en términos que lleven al fallador a concluir que Herrera H. hubiera proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de María Cayetana Zapata. Apenas hablan de hechos aislados como el haberle dado en alguna ocasión ropa y drogas, y de haberle llevado a vivir, después de casada, a una finca suya.

También hacen alusión a la oposición que se dice hubo por parte de Herrera al proyecto de matrimonio de María Cayetana con Pedro Herrera, matrimonio que al fin se verificó, dizque por haber accedido dicho Herrera. Pero de estos hechos no puede afirmarse que realmente María Cayetana Zapata tenga el carácter que invoca. O, al menos, debe sentarse que frente a las exigencias de la ley no puede sacarse tal conclusión. El hecho de que en Pueblorrico sea voz general la pretendida filiación natural de la Zapata, al decir de los testigos, tampoco es base para concluir que ella tenga el carácter de hija natural de Herrera. Porque esa voz general o pública ha de estar fundamentada en hechos concretos y determinados, que en los autos no aparecen establecidos con todos los requisitos de la ley".

Segundo

Se acusa el fallo recurrido "por error de hecho y de derecho al dejar de apreciar el valor de la inspección ocular, de la prueba testimonial aportada en tal inspección y todos y cada uno de los documentos agregados a los autos en tal acto judicial y el dictamen de peritos, errores manifiestos y visibles en los autos que llevaron a la Corporación a violar directamente la ley, conforme al artículo 520, inciso 2º del C. J. y haber infringido los artículos 593 del Código Judicial" y los demás comprendidos en el catálogo preinserto en este fallo.

Fúndase la acusación, en síntesis, en que el Tribunal denegó el valor que tienen las declaraciones de testigos tomadas en el acto de la inspección, olvidándose del principio general sobre pruebas que les da valor, sin que pueda decirse, como lo expresa el Tribunal, que a las partes no se les pueden admitir actuaciones sorpresivas, dado que ellas sabían que se iba a practicar la diligencia, y que en ella se podían presentar pruebas, como lo dice el artículo 597 del Código Judicial.

Sobre lo cual la Corte observa :

1º—Que a la prueba de inspección ocular —naturalmente exótica para demostrar que un sujeto es hijo de otro—, no se le puede dar más extensión que la que ella misma comporta: el examen y reconocimiento de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate con expresión clara en el auto por el que se decrete de los puntos materia de la diligencia (C. J., aa. 724 ss.).

2º—Que en el caso actual esa determinación la contraparte del empleo de los medios de que se concretó, según lo pedido, o sea,

"a). La identificación de la finca donde vivió el finado Jesús Herrera;

"b). La identificación de la casa que ocupaba María Zapata, por el tiempo en que tuvo las relaciones ilícitas con el finado Jesús Herrera;

"c). La distancia entre una y otra casa;

"d). Que se deje muy bien establecido por los peritos, después de oir la lectura y exposición de las declaraciones de los testigos: Adolfo Sánchez (ff. 40v. y 41; Galo Zapata (f. 44 v.); Leonor Restrepo (f. 46 v.); Carmen Herrera (f. 51 v.); y Genoveva Zapata (f. 55 v.), si realmente esos testigos estaban capacitados para imponerse, sin duda alguna acerca de las relaciones amorosas y estables entre Jesús Herrera y María Zapata, padres naturales de María Cayetana Zapata o Herrera".

3º—Que, consiguientemente, las declaraciones tomadas por el Juez Municipal de Pueblorrico a Carmen Agudelo, Justo Pastor Alvarez y Joaquín María Díaz A., fueron tomadas sin citación de parte, para que ésta pudiese tacharlas o repreguntarlas.

4º—Que como acertadamente lo asienta el Tribunal, si en el acto de la diligencia de una inspección ocular puede el Juez hacer una investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos que juzgue necesario para ilustrarse, conforme al artículo 728 del Código Judicial, tales hechos "son aquellos a que se contrae la diligencia de inspección ocular y no a otros, pues de lo contrario quedarían burladas las estrictas nor-

mas sobre términos probatorios", como documentos privados, instrumentos públicos, partidas del estado civil y muchas otras que en ocasiones ni siquiera pudieron ser presentadas dentro de los términos legales, algo propio para privar a la contraparte del empleo de los medios de que goza dentro de una tramitación legal para hacer la defensa de sus derechos, lo que equivaldría, según la sentencia acusada "a aceptar como correctas actuaciones sorpresivas";y

5º—Que no obra en contra de lo dicho lo dispuesto por el artículo 597 del Código Judicial, el cual ordena que "para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: ...2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes....", porque esto debe entenderse de los elementos allegados a ellos regularmente, dado que la inspección ocular es un acto de **mero reconocimiento de los hechos o cosas** que se tengan a la vista, con o sin intervención de peritos y testigos, no para acreditar cosas de otra índole como la existencia de relaciones pretéritas sexuales entre dos sujetos, que se prueban por confesión, o por testigos, o por cartas u otros documentos fehacientes, no por inspecciones oculares, salvo que se trate de probar lo atinente a las condiciones del presunto padre para la procreación.

De lo que se sigue rectamente que el Tribunal no cometió error de derecho en haber estimado carentes de valor jurídico las declaraciones de los citados testigos Carmen Agudelo, Justo Pastor Alvarez y Joaquín María Díaz A., que fueron interrogados sin previa citación de la parte demandada.

c). Y cuanto al dictamen pericial por cuya no apreciación se acusa el fallo basta observar que de existir entre las casas que respectivamente habitaban Herrera y la Zapata estos o aquellos metros de distancia, no se desprende que existieran relaciones sexuales estables entre ellos, pues si en verdad es más fácil que se ayunten vecinos que no vecinos y que los vean pasar las gentes que por esos lugares atraviesen, no se deduce necesariamente la existencia de relaciones sexuales entre aquéllos.

La inspección ocular y el dictamen pericial de que se trata, no prueban nada cuanto a la existencia de tales relaciones sexuales entre personas que vivan cada cual por su cuenta en su respectiva casa. Para lo único que pueden servir es para establecer que los testigos que han declarado en el proceso gozaban de facilidad para fisgar la entrada y salida de sus habitaciones de dichos Herrera y Zapata, pero aún siendo esto así, tales declaraciones fueron desestimadas por el Tribunal con razones más o menos acertadas, en ejercicio de una potestad de apreciación que le confiere la ley y que la Corte tiene que respetar por no ser tal apreciación **evidentemente desacertada.**

Tercero.—Bajo este título, el capítulo final de la demanda de casación, o hace en realidad cargo especial contra el fallo recurrido. En él se limita la parte recurrente a resumir, por las mismas u otras palabras, las acusaciones hechas contra la sentencia en los Capítulos Primero y segundo: error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas testimonial, de inspección ocular y la pericial, errores de los cuales deriva la violación del mencionado catálogo de artículos de los Códigos Civil y Judicial y de la Ley 45 de 1936 sin hacer las especificaciones atinentes a la manera como tales textos sufrieron semejante quebranto.

A la topa tolondro, a carga cerrada, sin lógicas discriminaciones, refiriéndose a las declaraciones de testigos interrogados sobre los mismos hechos, dice la demanda de casación en varios de sus pasos, cosas como éstas:

"Erró, en consecuencia, de hecho el Honorable Tribunal al desconocerle a esta declaración su valor real y negarle capacidad suficiente ante la Ley y la jurisprudencia para demostrar la filiación natural. Error éste que lo llevó a errar en derecho al apreciar deficientemente la prueba y desconocer la realidad y validez que la Ley, en sus artículos 593....".

"Erró, en consecuencia, en la apreciación de la declaración de Adolfo Sánchez ,el H. Tribunal, de hecho y de derecho y esos errores lo llevaron a violar las disposiciones legales transcritas" (las del catálogo).

"Erró, de hecho y de derecho al no apreciar en su real fondo y contenido esta declaración y al darle un sentido distinto al que la Ley le otorga, pues fuera de ser una directa demostración de los estados dichos (relaciones sexuales y posesión notoria del estado de hija de Cayetana) representa un indicio seguro y aceptable legalmente en favor de lo afirmado por la actora".

"Erró de hecho, en sus apreciaciones, el H. Tribunal, aplicó en forma indebida y por falta de apreciación de esta declaración en su totalidad y en el fondo real, por lo cual erró en el derecho y violó todas y cada una de las disposicio-

nes invocadas en el estudio de las otras declaraciones, dejando de reconocer el derecho a la filiación invocada".

"En síntesis: el H. Tribunal Superior de Medellín apreció, apenas en parte, los testimonios analizados, pues sólo hizo hincapié en frases aisladas, incoherentes y dejó el lleno de la exposición sin examinar, con lo cual cometió el error de hecho y de derecho consistente en la apreciación parcial del testimonio y en la **falta de apreciación** de otros testimonios. Con ello llegó al error de derecho desconociendo la paternidad natural de María Cayetana Zapata o Herrera y la real existencia de las relaciones sexuales sostenidas entre Jesús Herrera y María Zapata, de las cuales nació María Cayetana".

"La apreciación que hace el Honorable Tribunal Superior de Medellín en el fallo que acuso del artículo 728 del C .J. cuando dice: "....De acuerdo con la disposición transcrita, en el acto de la diligencia de inspección ocular puede el Juez hacer investigaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. Pero de tales **hechos** únicamente son aquéllos a que se contrae la diligencia de inspección ocular, y no a otros....". Y esos hechos, le replicamos, son precisamente los **relacionados con la filiación natural que se solicita.** De suerte que la apreciación es errada en el hecho y en el derecho y por lo tanto infringió directamente la ley y la interpretó erróneamente".

"Acuso, por último, la sentencia pronunciada el 7 de octubre de 1953, en el juicio ordinario de filiación natural de María Cayetana Zapata o Herrera contra presuntos herederos de Jesús Herrera, con base en el motivo indicado en el artículo 520, inciso 1º del Código Judicial, por ser tal sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de la ley, por error en la interpretación de la misma y por haberla aplicado erradamente, violando así los artículos: 520..".

Nada, en suma, de lo que exige la ley para que proceda un recurso de casación. Si en algunos apartes se puede hacer gimnasia intelectual para hacer viable la demanda desde el punto de vista de su forma, en el fondo, como en cada una de las partes examinadas, el recurso de casación de que se trata carece de los elementos necesarios para prosperar.

Y así 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 acusada.

Las costas corren a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RENOVACION O PRORROGA TACITA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. INTERPRETACION DEL ARTICULO 2014 DEL CODIGO CIVIL.—VIOLACION DE LEY SUSTANTIVA COMO CAUSAL DE CASACION. DISTINTAS HIPOTESIS PREVISTAS POR EL ORDINAL 1º DEL ART. 520 DEL CODIGO JUDICIAL

1—Nuestro Código Civil, apartándose en esta materia de otras legislaciones como la francesa, sienta como regla que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario no debe entenderse como una renovación del contrato. Sólo por excepción acepta la renovación o prórroga tácita que en la tecnología tradicional se conoce más comúnmente con el nombre de tácita reconducción. Esta tiene cabida cuando se trata de una cosa inmueble y las partes han manifestado por un hecho inequívoco su intención de perseverar en el arriendo. Hecho inequívoco es, según el texto, que el arrendatario pague, con el beneplácito del arrendador, el canon correspondiente a cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del contrato. Esta tácita reconducción se funda, pues, en una presunción legal de que las partes han querido, en ese caso, prorrogar el contrato. Pero es claro que semejante presunción sólo tiende a suplir la voluntad expresa de las partes y sólo cabe en el silencio de ellas. Si las partes expresamente convienen en prorrogar el término del arriendo, no hay tal presunción ni hay, evidentemente, prórroga tácita o presunta; si, por el contrario, ellas manifiestan expresamente su voluntad de no prorrogar, entonces tampoco habrá lugar a la presunción, o, más exactamente, ella quedaría destruída por esa expresa manifestación de voluntad en contrario. En suma: sobre la voluntad tácita o presunta prevalece la voluntad expresa.

2—El ordinal primero del artículo 520 del C. J., prevé dos hipótesis claramente distintas. Una de ellas se refiere al caso en que el sentenciador haya tenido erróneamente como probado el hecho y en que, COMO CONSECUENCIA DE ESE ERROR, haya violado una norma legal sustantiva. La indebida o errónea apreciación de la prueba debe ser, además, causada por error de derecho o por error de hecho vidente. La otra hipótesis del ordinal primero del artículo 520 del C. J., es la de que el error del tribunal no se refiera a la apreciación de la prueba del hecho, sino a la operación racional que consiste en sacar del hecho que se tiene como probado, las consecuencias jurídicas que de él se desprenden. En este caso se viola la norma sustantiva no como consecuencia de una mala apreciación de las pruebas, sino directa e inmediatamente, es decir, por defecto en la apreciación jurídica del hecho, sea por no aplicarle el precepto legal dentro del cual está comprendido o previsto; sea por aplicarle una norma que no le es aplicable porque en ella no está comprendido el hecho de que se trata; sea por entender mal el sentido de esa norma y, con esa errónea interpretación, aplicarla al hecho. Tales son los tres casos de infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación que prevé dicho primer ordinal del artículo 520 del C. J., en su primer inciso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio cinco de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía)

Gustavo y Alfonso Borda V., vecinos de Bogotá, demandaron a la señora Elisa Dávila de Peña y a la sociedad colectiva de comercio denominada "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza", de la misma vecindad, para que se decrete la resolución del contrato de arrendamiento celebrado el 1º de noviembre de 1939, entre dicha sociedad, como arrendadora, y los demandantes, como arrendatarios, y que tuvo por objeto el local marcado con el número 22-34 de la carrera 7ª de esta ciudad, determinado por sus linderos. La ac-

ción se funda en que los arrendadores no cumplieron sus obligaciones porque solicitaron y obtuvieron el lanzamiento de los arrendatarios causándoles perjuicios por los cuales piden indemnización, de conformidad con el artículo 1546 del C. C.

Entre los hechos aseverados por los demandantes como fundamento de la demanda están los siguientes, que se trascriben:

"2º—Habiendo sido arrendado el local en referencia a nosotros y estando vigente el aludido contrato de arrendamiento, la embajada norteamericana, residente en esta ciudad de Bogotá, que funcionaba en la parte alta del local dicho, propuso contrato de arrendamiento al representante o administradores de la sociedad colectiva de comercio "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza", del local que se nos tenía arrendado, con ánimo de ensanchar sus dependencias.

"3º—La oferta de arrendamiento hecha por los agentes de la embajada norteamericana, residente en esta ciudad, del local arrendado a nosotros por la parte demandada, se hizo por mayor precio de arrendamiento mensual del que nosotros los arrendatarios veníamos pagando.

"4º—En presencia de la oferta de mayor canon de arrendamiento hecha por los agentes de la embajada norteamericana residente en esta ciudad, la sociedad colectiva de comercio "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza", estando en vigor el contrato de arrendamiento celebrado con nosotros y pagando cumplidamente los cánones mensuales del local, instauró contra los arrendatarios, que lo somos Gustavo Borda y Alfonso Borda, ante el Juzgado 3º Civil Municipal de esta ciudad, juicio de lanzamiento con el ánimo de hacerse a toda costa a la tenencia del local arrendado.

"5º—La señora Elisa Dávila de Peña autorizó a los representantes de la sociedad colectiva de comercio "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza", para que entablaran contra nosotros el lanzamiento a que hemos hecho referencia.

"6º—como demandados nos opusimos, ejercitamos ante el juzgado que conocía del juicio de lanzamiento ya dicho los medios de defensa indispensables, defensa y medios que resultaron eficaces jurídicamente pero sin finalidad práctica, ante la orden de lanzamiento dada por el señor juez 3º civil municipal de esta ciudad.

"7º—El juzgado aludido, por hechos inexplicables e interpretando a su antojo las normas legales pertinentes que reglamentan la materia, decretó el lanzamiento de nosotros, como arrendatarios del local que ocupábamos con justo título, representado en el contrato de fecha 1º de enero de 1939, lanzamiento que se practicó por el señor Inspector 7º municipal, comisionado al efecto, el día 28 de diciembre de 1942.

"8º—El día del lanzamiento, practicado por el inspector dicho, y en presencia de éste, expusimos: "...que ante el hecho cumplido de la orden de lanzamiento impartida por el juzgado 3º civil municipal de Bogotá y para evitarnos perjuicios superiores, entregábamos el local, entrega que no era voluntaria sino forzada por las circunstancias...". Así mismo dejamos constancia expresa de lo antijurídica e ilegal que era la sentencia que ordenó nuestro lanzamiento del local Nº 22-34 de la carrera 7ª de esta ciudad, pues dicha sentencia se profirió en notoria rebeldía con otra demanda del juzgado 7º civil municipal de Bogotá, sentencia esta última que, declaró extinguida la obligación del pago del canon de arrendamiento del local arrendado por nosotros, referente al mes de septiembre del año correspondiente; que la demanda para obtener la restitución de dicho local fue instaurada el día 13 del mes de septiembre; que la oferta de pago por consignación de dicho mes le había sido notificada al representante legal de la entidad demandante el día 10 de septiembre; y que considerábamos que el lanzamiento era ilegal; que con él se nos habían ocasionado graves perjuicios; que instauraríamos a la persona o personas que dieron motivo de él las acciones correspondientes; dejando constancia expresa, además, de que la sentencia estaba apelada así como también el auto que había negado de plano la aceptación de la excepción de pleito pendiente, propuesta con oportunidad ante el Juez de la primera instancia.

"9º—Considerando nosotros que el lanzamiento, decretado por el señor juez 3º civil municipal de esta ciudad y verificado por el señor Inspector 7º municipal, del local que les habíamos tomado en arrendamiento a la sociedad nombrada "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza", era no solamente ilegal sino injusta, interpusimos contra ella recurso de apelación para ante el Superior, recurso que por reparto le tocó conocer al juzgado 3º del circuito en lo civil de esta ciudad.

"10º—El superior, o sea el Juzgado 4º en lo civil de este circuito, estimó que la sentencia proferida por el señor a quo, que ordenó el lanzamiento de nosotros del local que ocupábamos tomado en arrendamiento a la sociedad "Caro &

Díaz Plaza" y que tiene fecha 25 de noviembre de 1942, era ilegal.

"11º—Antes se había presentado en el juicio de lanzamiento, a que tantas veces nos hemos referido, la excepción de pleito pendiente, excepción ésta que también fue negada por el juez a quo, pero, apelado el auto que lo negaba, el superior dispuso que sí debía aceptarse y por proveído de fecha 15 de mayo de 1943 se adicionó el auto decurrido en el sentido de que "el hecho propuesto como excepción dilatoria se tenga en cuenta para fallarlo en el fondo del pleito".

"12º—Devuelto el expediente al juzgado de la primera instancia, por sentencia de fecha 20 de septiembre de 1943 el juzgado en referencia, en esta ocasión siendo Juez el señor doctor Francisco Martínez M., falló el juicio de lanzamiento instaurado por la sociedad colectiva de comercio "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza" así: "...1º No es el caso de decretar el lanzamiento pedido en la demanda. 2º Vuelvan las cosas al mismo estado en que estaban antes de verificarse el lanzamiento y, en consecuencia, restitúyase a los demandados señores Bordas el local Nº 22-34 de la carrera 7ª de esta ciudad, comprendido dentro de los linderos expresados en la demanda. 3º Para la práctica de la diligencia de restitución comisiónase ampliamente al señor inspector municipal del barrio respectivo. Líbrese despacho con los insertos del caso. 4º Suspéndase el derecho de retención de que trata el art. 2000 del C. C., invocado en la demanda. 5º No se hace especial condenación en costas".

"13º—Tanto demandantes como demandados interpusimos recurso de apelación contra el fallo aludido en el hecho anterior; los demandados, debido a que no se había condenado en costas, recurso que desató definidamente la controversia, en la forma siguiente: "1º Declarar que no es el caso de decretar el lanzamiento solicitado en la demanda. 2º No es el caso de ordenar la restitución del inmueble a los arrendatarios; 3º Ordenar la devolución de la suma consignada por los demandados para hacer oposición en el juicio; y 4º Condenar a la parte actora en las costas del juicio".

A su turno, la sociedad demandada alegó en su defensa los siguientes hechos:

"a). La sociedad que represento dió en arrendamiento, según consta en documento privado de fecha 1º de enero de 1939, a los señores Gustavo Borda y Alfonso Borda, el local número 22-34 de la carrera 7ª de esta ciudad, determinado en dicho documento y en la petición primera de la demanda.

"b). El término de duración de dicho contrato expiró el 31 de diciembre de 1939.

"c). Mediante prórrogas tácitas los señores Bordas continuaron como arrendatarios del citado local.

"ch). La última de tales prórrogas tácitas venció el 30 de junio de 1942.

"d). Si se acepta la tesis expuesta en la sentencia que revocó la de lanzamiento, tesis que no comparto, habría que admitir que hubo una nueva prórroga tácita que venció el 30 de septiembre de 1942.

"e). Los señores Bordas sólo fueron privados del goce del citado local el 28 de diciembre de 1942, día en que el señor inspector 7º municipal practicó la diligencia de lanzamiento ordenada en sentencia proferida por el juez 3º civil municipal.

"f). El juicio en que se dictó la sentencia anterior se había iniciado el 11 de septiembre de 1942 y desde el 10 de junio del mismo año la sociedad que represento había pedido la entrega.

"g). Los perjuicios que hayan podido sufrir los demandantes, si es que acreditan que los sufrieron, no tuvieron por causa la turbación en el goce del local arrendado durante el término del contrato".

En el fallo de primera instancia el juez 1º civil del circuito de Bogotá absolvió de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda a la señora Elisa Dávila de Peña, "por ineptitud sustantiva de la demanda" en lo que a ella se refiere. Además, declaró terminado judicialmente el contrato por incumplimiento de las obligaciones de la entidad demandada y condenó a dicha sociedad a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales causados por el incumplimiento. Señaló en ochocientos pesos ($ 800.00) la cuantía de los perjuicios morales a cuyo pago condenó a la sociedad demandada y la condenó también en las costas del juicio.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó, en segunda instancia, la sentencia del juez, y condenó a la sociedad demandada en las costas de la instancia. Interpuesto el recurso de casación por la parte demandada, la Corte procede a fallar sobre él, previas las consideraciones que siguen:

CARGOS A LA SENTENCIA

Este es el resumen de los cargos hechos a la sentencia recurrida:

Primero. El tribunal violó los artículos 1494, 1602, 2008 y 2014 del C. C., por infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida. Los violó también como consecuencia de no haber aplicado las cláusulas del contrato;

Segundo. Infringió los mismos textos por haber interpretado mal el contrato de arrendamiento por causa de errores de hecho y errores de derecho;

Tercero. Violó los artículos 1618 a 1624 del C. C.. por no haberlos aplicado en la interpretación de dicho contrato de arrendamiento;

Cuarto. Infringió los artículos 1604, 1613, 1614, 1615 y 1616 del C. C., al condenar a los demandados al pago de los perjuicios pedidos en la demanda;

Quinto. Violó el artículo 1546 del C. C., por aplicación indebida o como consecuencia de errores de derecho o de hecho; y

Sexto. El fallo es incongruente porque los demandantes intentaron la acción tendiente a resolver el contrato y no a terminarlo y el tribunal decretó la terminación y no la resolución.

EXAMEN DE LOS CARGOS

Se ejercita en este juicio la acción resolutoria del contrato con indemnización de perjuicios (artículo 1546 C. C.). El tribunal juzga que el pacto fue infringido por la compañía arrendadora por los siguientes conceptos:

1º Por haber demandado y obtenido judicialmente la desocupación del local antes de vencerse la última prórroga tácita del arriendo, que comprende el trimestre corrido entre el treinta de junio y el treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (art. 2014 C. C.).

2º Por haberse negado la compañía arrendadora a recibir los cánones correspondientes a dicha prórroga, pues estos pagos fueron hechos por consignación (arts. 1656 y siguientes C. C.).

3º Por haber dirigido dicha compañía a los arrendatarios las cartas fechadas el diez y el veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en que les exige la entrega del local dentro del término de treinta días, habiéndose estipulado el término de sesenta días para el desahucio.

Respecto de la primera de éstas que el tribunal califica de infracciones del contrato, se ha formulado el primer cargo a la sentencia recurrida. Este cargo se concreta así:

Como término de la duración del arrendamiento se estipuló el de un año, que expiró el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y nueve. Con posterioridad a esta fecha el contrato se había venido prorrogando tácitamente hasta el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y dos. Hasta aquí están de acuerdo ambas partes. El disenso versa, en esta materia, sobre la prórroga tácita de treinta de junio al treinta de septiembre de dicho año, que los arrendatarios afirman y los arrendadores niegan. Aquéllos sostienen que esa prórroga se produjo y que, por tanto, al demandar el lanzamiento el once de septiembre, faltaron los arrendadores a su obligación contractual de no perturbarlos en el goce del local arrendado; pero los arrendadores niegan tal prórroga y elegan que, al aceptar su existencia, el tribunal violó por interpretación errónea y aplicación indebida el artículo 2014 del C. C. Dice así este texto:

"Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier "otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato".

"Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera".

"Con todo, si la cosa fuera raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo, que el de tres meses en los predios urbanos y el necesario para utilizar las labores principales y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera".

Como se ve, nuestro código civil, apartándose en esta materia de otras legislaciones como la francesa, sienta como regla que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario no debe entenderse como una renovación del contrato. Sólo por excepción acepta la renovación o prórroga tácita que en la tecnología tradicional se conoce más co-

múnmente con el nombre de **tácita reconducción.** Esta tiene cabida cuando se trata de una cosa inmueble y las partes han manifestado por un hecho inequívoco su intención de perseverar en el arriendo. Hecho inequívoco es, según el texto, que el arrendatario pague, con el beneplácito del arrendador, el canon correspondiente a cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del contrato. Esta tácita reconducción se funda, pues, en una presunción legal de que las partes han querido, en ese caso, prorrogar el contrato. Pero es claro que semejante presunción sólo tiende a suplir la voluntad expresa de las partes y sólo cabe en el silencio de ellas. Si las partes expresamente convienen en prorrogar el término del arriendo, no hay tal presunción ni hay, evidentemente, prórroga tácita o presunta; si, por el contrario, ellas manifiestan expresamente su voluntad de no prorrogar, entonces tampoco habrá lugar a la presunción, o, más exactamente, ella quedará destruída por esa expresa manifestación de voluntad en contrario. En suma: sobre la voluntad tácita o presunta prevalece la voluntad expresa.

Ahora bien: las partes están de acuerdo en que los cánones correspondientes al trimestre que venció el treinta de septiembre fueron pagados por consignación. Los arrendatarios, sin embargo, alegan que la sociedad arrendadora recibió las sumas consignadas, indicando mediante ese hecho su beneplácito al pago. A su turno aquella sociedad, que es la parte recurrente, sostiene que no hubo tal beneplácito porque —hecho que admite también la parte opositora— al recibir las cantidades materia de la consignación, el arrendador dejó expresa constancia de que esa aceptación o recibo del pago no implicaba prórroga del contrato. La decisión sobre este punto depende del sentido que se le dé al artículo 2014 del C. C., es a saber, de que se considere que él establece una presunción legal de la voluntad de prorrogar el contrato, presunción que se desvanece por la voluntad expresada en contrario; o de que se juzgue que la prórroga fundada en la aquiescencia del arrendador al pago hecho por el arrendatario no se apoya en una presunción legal, sino que el artículo 2014 establece que, **en el caso del pago y por el hecho del pago,** se forma o constituye una relación jurídica entre arrendador y arrendatario **para cuya formación la ley no considera necesario que haya un acuerdo de voluntades de las partes acerca de la constitución de esa relación o vínculo.** Pero a semejante interpretación no se podría llegar sin violentar las expresiones usadas por el texto que se comenta cuando exige que el arrendador dé su **beneplácito** al pago que haga el arrendatario y cuando considera este hecho como **manifestación inequívoca de la intención de prorrogar el contrato.** Siendo esto así, parece evidente que, al dejar el arrendador expresa constancia de que al recibir el pago de lo consignado no lo hacía con intención de aceptar la prórroga, dejó sin fundamento la presunción de su consentimiento en esa prórroga, que es la base de la tácita reconducción.

Se ha dicho que la aceptación de este pago no podía ser sino pura y simple y que la salvedad dejada por el arrendador no produjo ningún efecto, pues si tal se admitiera, se desvirtuarían los fines del pago por consignación que es aquel que se hace contra la voluntad del acreedor y cuyo resultado, según el artículo 1663 del C. C., es extinguir la obligación. Esta tesis es manifiestamente errónea porque confunde los efectos del pago por consignación relativamente a la obligación del arrendatario que se extingue con él, con sus efectos respecto de la prórroga o reconducción tácita. En el caso de este pleito la aceptación de la consignación extinguió, sin duda, la obligación de los arrendatarios de pagar los cánones, y sobre ese poder extintivo no tiene efecto alguno la salvedad con que recibieron el pago los arrendadores ni aún parece que semejante salvedad estuviera encaminada a destruírlo. Pero esa manifestación sí influye, desvaneciéndola, sobre la presunción de que las partes estaban de acuerdo en prorrogar el contrato, pues el consentimiento tácito, como atrás se vió, no puede prevalecer contra el disentimiento expreso del arrendador. Por tanto, con aquella salvedad se quitó al hecho del pago y de su aceptación el carácter de manifestación inequívoca, —como la califica la ley— de la intención de prorrogar el arrendamiento.

El tribunal acepta que, mediante el fenómeno de la tácita reconducción previsto por el artículo 2014 del C. C., se operó la prórroga del treinta de junio al treinta de septiembre, cuando dice:

"El contrato y la ley imponían a los arrendadores la obligación de librar a los arrendatarios de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada durante la vigencia del contrato: tampoco la cumplieron, porque intentaron contra éstos acciones de lanzamiento cuando legalmente no podían hacerlo, como se deja visto, puesto que

los arrendatarios no habían dado motivo alguno para que los privaran en ese momento del local arrendado, ya que cuando ambos juicios se promovieron, el término no había expirado por razón de las prórrogas tácitas mencionadas, ni tampoco habían incurrido en mora en el pago del precio, porque precisamente está demostrado que ante la renuencia de los arrendadores para recibirlo tuvieron que iniciar sendos pagos por consignación de las mensualidades de la última prórroga. Aunque prácticamente la verdadera perturbación en el goce de la cosa arrendada vino a cumplirse en diciembre de 1942, es decir, con posterioridad al vencimiento de la última prórroga (30 de septiembre), debe tenerse en cuenta al efecto la fecha de la presentación de la demanda (11 de septiembre) con que se inició el juicio que culminó en el lanzamiento, porque es principio de derecho que toda sentencia mira precisamente al momento en que se inicia el juicio y no a aquel en que se profiere. Así, tanto el pronunciamiento de la sentencia de lanzamiento como la diligencia consiguiente se llevaron a cabo ya expirada la última prórroga del contrato (julio 1º a 30 de septiembre de 1942), pero como ambos eran consecuencia de la acción intentada en la demanda que se presentó dentro de la vigencia de la misma, es este el momento que debe tenerse en cuenta para juzgar y apreciar el hecho que ocasionó los perjuicios cuya indemnización se demanda, lo mismo que la modalidad que en cuanto a la duración del contrato se excepcionó en un principio".

Pero, de acuerdo con lo que se deja expuesto, la afirmación del tribunal de que la demanda de lanzamiento se presentó dentro de la vigencia de la última prórroga, se funda en una interpretación errónea del citado artículo 2014 del C. C. Este cargo está, pues, fundado. Sin embargo, puesto que el tribunal decretó la terminación del contrato y el resarcimiento de perjuicios por otros motivos, necesario será ver si éstos quedan en pié como soporte del fallo recurrido y no obstante encontrarse fundado el cargo que se ha venido examinando.

La sentencia recurrida considera, en efecto, que la sociedad arrendadora faltó a sus obligaciones contractuales al negarse a recibir los cánones de arrendamiento correspondientes al trimestre corrido del treinta de junio al treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, obligando a los arrendatarios a pagar por consignación. He aquí las palabras del tribunal:

"Los arrendadores estaban igualmente obligados (de acuerdo con la doctrina, puesto que en nuestro derecho no existe la misma disposición que en otras legislaciones impone al acreedor la obligación de recibir la prestación que se le debe durante la vigencia del contrato, y ya se dijo que ésta sólo expiró al vencimiento de la última prórroga tácita) a recibir mensualmente el pago del precio; esta obligación durante los últimos tres meses fue también incumplida por los arrendadores, toda vez que se halla demostrado que los arrendatarios tuvieron que recurrir al pago por consignación que es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de repugnancia o no comparencia del arrendador a recibirla (art. 1657 C. C.)".

Habiendo sido atacada la sentencia por haber considerado el tribunal que los arrendadores habían prestado su aquiescencia o beneplácito a los pagos hechos por los arrendatarios con posterioridad al treinta de junio, y estando justificado este cargo según las razones que se expusieron atrás, de esas mismas razones resulta que era potestativo de los arrendadores el aceptar o no dichos pagos. Al negarse a aceptarlos, no violaron, pues, ningún derecho contractual de los arrendatarios sino que ejercitaron uno que tenían ellos —los arrendadores— en virtud del contrato y de la ley. No subsiste, pues, base para considerar infringida la convención por el expresado concepto, habiéndose reconocido que prosperara el primer cargo a la sentencia.

Sin embargo, el tribunal afirma que la infracción del contrato, reconocida en la sentencia, consistió no sólo en haber pedido y obtenido la parte arrendadora el lanzamiento de los arrendatarios estando en curso una prórroga tácita, sino también en haberlo hecho sin respetar el término de sesenta días convenido para el desahucio.

Así se expresa el tribunal:

"La Organización Fiduciaria adujo como pretexto para pedirles a los Bordas la entrega de la finca arrendada, que la embajada americana la quería para mayor seguridad de sus oficinas situadas en el resto del inmueble (V. carta junio 10). Sin embargo, esa razón era inexacta como lo reconoció días más tarde en una nueva carta (junio 23) y como el tiempo se encargó de demostrarlo, toda vez que la citada entidad **no ocupó** el local referido. En el fondo, lo que al parecer perseguía la sociedad arrendadora era obtener mayor lucro con el arrendamiento del local, para cuyo efecto celebró un nuevo contrato con

unos comerciantes polacos (V. decls. Rubeinstein (fls. 11 y 37 C. Nº 4), que establecieron un almacén de muebles similar al que tenían los Bordas (V. Preg. 9ª posiciones, C. Nº 4 fl. 14v.) aprovechando que el local ya estaba acreditado para ese género de comercio. Porque está también demostrado con la confesión del Sr. Díaz Plaza (posiciones, preg. fin.) y con las declaraciones de los testigos Luis Alberto Vega (C. Nº 4 fl. 11), Jorge Tobar (fl. 12), Carlos A. Vargas (fl. 18) y León Neira (fl. 21) que los hermanos Bordas fueron los primeros en ocupar ese local cuando aún no estaba terminado el Teatro Colombia y por ende, ese sector de la carrera 7ª no tenía el carácter comercial que hoy tiene. Los actuales inquilinos tomaron el citado local sabiendo el destino que le tenían dado los Bordas, pusieron un negocio similar (como lo depone Jaime Rubinstein fl. 11), luego se beneficiaron del trabajo y de las actividades de los actores que acreditaron el sitio y habituaron al público a encontrar muebles en él.

"Si el móvil que indujo a Caro & Díaz Plaza a proceder con los hermanos Bordas en la forma como lo hizo, era simplemente obtener un mayor lucro, nada más fácil que haber convenido con ellos en un aumento del precio mensual del arrendamiento. Ante la oferta de los judíos (y aún de la embajada en caso de que hubiera sido cierto), en desarrollo del universal e inmutable principio de la buena fe que debe regir toda relación contractual, la Organización Fiduciaria ha debido ponerla en conocimiento de sus "valiosos clientes" para ver si se allanaban a pagar el mismo precio ofrecido, o dè nó, con la anticipación prevista en la cláusula final del documento, pedirles la desocupación del local. Pero el procedimiento que adoptaron fue ilegal e injusto, comprometió gravemente su responsabilidad contractual y les infirió a los hermanos Bordas perjuicios de toda especie que están en la ineludible obligación de indemnizar".

Aparece, pues, de lo trascrito, que, aun cuando resulte que el lanzamiento no fue pedido durante una prórroga tácita de las que prevé el artículo 2014 C. C., siempre constituyó, para el tribunal, una violación del contrato que trae aparejada la indemnización de perjuicios, porque se pidió y se obtuvo en contravención a lo estipulado en el contrato según el cual, de acuerdo con la interpretación aceptada por el tribunal, los arrendadores tenían las siguientes obligaciones:

a) la de avisar a los arrendatarios de cualquier oferta de arrendamiento por canon más alto, con sesenta días de anticipación; o

b) la de avisar a los arrendatarios, con sesenta días de anticipación, su voluntad de no persistir en el arriendo.

El juez de primera instancia, a cuya interpretación del contrato se refiere el tribunal dice, sobre esta materia, lo siguiente:

"El contrato de arrendamiento por el local 22-34 de la carrera 7ª esta ciudad se celebró el 1º de enero de 1939 por el término de un año, habiendo previsto las partes la posibilidad de que fuera prorrogado tácita o expresamente en la cláusula 13ª del documento que dice: "Los arrendatarios se obligan a estampillar las prórrogas tácitas de este documento y las expresas si las hubiere y pagarán al arrendador una multa de $ 30.00 por omitir tal obligación".

"Además, según la cláusula 7ª "Al vencimiento de este contrato si los arrendatarios quisieren hacerlo cesar, darán aviso al arrendador por escrito de su determinación con un mes de anticipación y permitirán que la finca sea visitada para su posterior arrendamiento; pero si no dieren aviso o estorbaren la visita, estaban obligados a pagar el valor del arrendamiento del mes siguiente al del vencimiento, sin que tal pago o el de cualquiera otra mensualidad subsiguiente al vencimiento implique prórroga tácita en los términos del artículo 2014 del C. C.".

"Por último, de acuerdo con la cláusula adicional escrita en máquina que aparece al final del documento, "los arrendadores se obligan a dar aviso a los arrendatarios de la modificación en el canon de arrendamiento o a pedir la entrega de la finca con sesenta (60) días de anticipación".

"... ... ...

"De acuerdo con las normas de interpretación que se dejan expuestas, aplicadas a las cláusulas 1ª, 7ª, 9ª y 13ª y final del documento citado, se concluye que, dada la naturaleza misma de la cosa materia del arrendamiento (local de comercio), el objeto social de la entidad demandada (arrendar y administrar los bienes consignados por sus clientes) y las referidas estipulaciones contractuales, el plazo o duración del contrato no estaba forzosamente sujeto a los doce meses pactados en la cláusula primera

"Si se hubiera tratado, v.gr., del arrendamiento de una casa de habitación que eventualmente necesitara la propietaria para habitarla, es claro que el criterio a seguir para la correcta interpre-

tación del contrato, sería diferente del caso que se contempla, en que el contrato tendía exclusivamente a procurar una buena rentabilidad de la finca. Así, pues, mientras los arrendatarios cumplieran a cabalidad todas sus obligaciones contractuales, principalmente las de pagar el precio estipulado y de conservar el local en el mismo buen estado en que lo habían recibido (arts. 1996, 2000, 2029 C. C.), no había motivo lógico alguno para que los arrendadores pretendieran terminar el contrato y cambiar de inquilinos.

"Y no se diga que ésta es una interpretación arbitraria y acomodaticia del contrato celebrado entre los Borda y Caro & Díaz Plaza, porque todas las cláusulas atrás mencionadas indican la manera evidente que tal era la voluntad de las partes. La primera que trata del plazo, se limita a indicar el de doce meses sin establecer condición o modalidad alguna que dificultara su prórroga; la séptima imponía a los arrendatarios la obligación de avisar con un mes de anticipación su deseo de no perseverar en el contrato y de permitir que durante ese término la finca fuera visitada para su posterior arrendamiento. El incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones acarreaba para los inquilinos la obligación de pagar el precio del mes subsiguiente a la expiración del término pactado. La parte final de la cláusula en referencia es francamente contradictoria con el texto restante, ya que comienza por contemplar el evento de que los arrendatarios quisieran hacer cesar el contrato y termina diciendo que el pago del precio correspondiente al mes subsiguiente al del vencimiento del plazo, estipulado a manera de pena por el incumplimiento de las dos obligaciones citadas (falta de aviso previo a los arrendadores o inconvenientes a los presuntos arrendatarios para visitar la finca) no implicaba prórroga tácita del mismo. Si se prevé el caso de que los arrendatarios no quieran perseverar en el contrato, mal puede involucrarse una estipulación que mira precisamente al caso contrario, es decir, al evento contemplado por el inciso 3º del art. 2014 del C. C. Ante esta contradicción existente entre los términos de una misma cláusula del documento que incide forzosamente en la ambigüedad del contrato, debe aplicarse la norma del art. 1624, en el sentido de aplicarla en favor de los arrendatarios y en contra de la Organización Fiduciaria, ya que el documento debe considerarse como extendido por ella. A simple vista se verifica que se trata de un texto impreso para la entidad citada y por consiguiente se impone la interpretación restrictiva de las cláusulas redactadas en su exclusivo beneficio. Así, debe entenderse que era poco menos que potestativo para los arrendatarios perseverar en el contrato, pues de lo contrario carecería de sentido la frase inicial que dice: "Al vencimiento de este contrato si los arrendatarios quisieren hacerlo cesar..." y, según el art. 1620 del C. C., debe preferirse el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producirlo.

"No solamente se contempló la posibilidad de que hubiera prórrogas expresas o tácitas del contrato (cl. 13) sino que se impuso a los arrendatarios la obligación de satisfacer los requisitos fiscales respectivos, bajo pena de $ 30.00; y, finalmente, los arrendadores se obligaron a dar aviso previo de **sesenta días,** en caso de modificación del precio de $ 210.00 mensuales estipulado en la cláusula 2ª, o de tener que pedir la restitución de la finca. No puede ponerse en duda que sin el consentimiento de los arrendatarios era legalmente imposible la modificación unilateral de la renta pactada por parte de los arrendadores y que si "llegado el día de la restitución (1º de enero de 1940) no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera" según el art. 2014, inc., 2º del C. C., luego el término de sesenta días previsto en dicha cláusula carecía de objeto dentro de la vigencia del contrato inicial.

"De acuerdo con una de las principales normas de interpretación de los contratos, "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno" (art. 1620 cit.). Se ha visto que la cláusula escrita en máquina que aparece al fin del documento no podía producir efecto alguno durante el plazo estipulado, luego forzosamente debe concluírse que dicha cláusula debía regir una vez expirado ese plazo y también por consiguiente, que las partes contemplaron y previeron que el contrato era susceptible de ser renovado y prorrogado casi indefinidamente, dada la índole misma de su objeto y siempre que los arrendatarios cumplieran fielmente con sus obligaciones".

Esta interpretación del contrato ha sido atacada en casación pero puede darse como exacta, para el efecto de ver si, aún considerándola justa, la sentencia debe ser casada.

Entendiendo así el contrato, la compañía arrendadora no podía exigir la devolución del local

por el solo hecho de la expiración del término de un año estipulado para la duración del arriendo. Se necesitaba, además, que hubiera un motivo racional para exigirla que, desde luego, podía consistir en la falta de cumplimiento, por parte de los arrendatarios, de sus obligaciones contractuales. Quiere esto decir —siempre dentro de la dicha interpretación que la parte arrendadora no podía exigir la entrega del local en ninguna época mientras los arrendatarios pagaran los cánones y cumplieran las demás obligaciones a su cargo? Evidentemente no lo entiende así el tribunal, pues acepta que, después de vencido el término estipulado, la parte arrendadora podía hacer cesar el arriendo dando aviso a los arrendatarios de tal intento con una anticipación de sesenta días.

Ahora bien: la parte recurrente, la arrendadora, sostiene que las cartas dirigidas por ella a los arrendatarios, con fechas diez y veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, tienen el valor de ese aviso anticipado de sesenta días, pues la demanda judicial para la entrega del local fue introducida el once de septiembre subsiguiente, es decir, después de vencido aquel término.

Sin embargo, de los apartes trascritos arriba, tomados de los fallos de las instancias, resulta que el sentenciador consideró que la parte arrendadora había incumplido su obligación de avisar a los arrendatarios, sesenta días antes, de su intención de terminar el contrato, no porque no hubiera dejado correr ese término antes de demandar judicialmente la entrega del local, sino porque, en la carta fechada el diez de junio, exigió a los arrendatarios que le hicieran esa entrega en el término de treinta días. Esta tesis ha sido atacada en la demanda de casación, en los siguientes términos (Capítulo tercero — segundo cargo —B— folio 12 vuelto y 13—cuaderno de casación):

"El tribunal cometió otro error de derecho en la interpretación de los ya mencionados desahucios, dados por la parte que represento a los señores Bordas. El error consiste en que no dedujo de tales pruebas el mérito legal que ellas tienen, o sea, una manifestación de voluntad tendiente, según las cláusulas del contrato analizado, a poner fin al arrendamiento. Consideró que el primer aviso no debe tenerse en cuenta por haberse pedido en él a los arrendatarios que entregaran el local dentro de treinta días. Lo fundamental en esa comunicación es la manifestación de voluntad de poner fin a dicho contrato, no el término, que es puramente accidental, ya que los demandantes podían, basándose en el mismo contrato, haber dicho que lo entregaban pero dentro de los sesenta días, que es lo que han debido hacer. A la segunda comunicación de desahucio ni el tribunal ni el juez **a quo** le hacen observación alguna ,ya que en ella no se fijó el plazo de la entrega, que naturalmente debía interpretarse, de conformidad con el contrato, en sesenta días".

Y más adelante (Capítulo sexto —Quinto cargo— folios 18 —vuelto y 19— cuaderno de casación) agrega el recurrente:

"El tribunal violó en la citada sentencia por indebida aplicación el artículo 1546 del C. C., al haberlo aplicado no siendo el caso o como consecuencia de los errores de derecho y evidentes de hecho que antes he analizado y que lo indujeron a deducir que mi representada había incumplido lo pactado y, que por lo tanto los demandantes tenían derecho a obtener perjuicios".

Al estudiar estos cargos saltan a la vista las impropiedades de lenguaje (tecnológicos) con que está formulado. Porque, atendiendo a las alegaciones en que se funda, aparece claramente que lo que el recurrente sostiene no es que el tribunal apreciara mal las cartas en referencia como medios de probar el hecho del aviso dado por la compañía arrendadora a los arrendatarios, sino en que no dió a este aviso —que reconoce como probado— las consecuencias jurídicas que tiene, de acuerdo con el contrato y con la ley sustantiva. No se trata, pues, de un caso de violación de la norma a través de una errónea apreciación de la prueba; lo que el recurrente alega es, en realidad, la violación, por aplicación indebida, del artículo 1546 del C. C.

Porque es necesario tener presente la clara distinción que hay entre las dos hipótesis previstas en el ordinal primero del artículo 520 del C. J. Una de ellas se refiere al caso en que el sentenciador haya tenido erróneamente como probado el hecho y en que, **como consecuencia de ese error,** haya violado una normal legal sustantiva. La indebida o errónea apreciación de la prueba debe ser, además, causada por error de derecho o por error de hecho evidente. La otra hipótesis del ordinal primero del artículo 520 del C. J., es la de que el error del tribunal no se refiera a la apreciación de la prueba del hecho, sino a la operación racional que consiste en sacar del hecho, que se tiene como probada, las consecuencias jurídicas que de él se desprenden. En este caso se viola la norma sustantiva no como

consecuencia de una mala apreciación de las pruebas, sino directa e inmediatamente, es decir, por defecto en la apreciación jurídica del hecho, sea por no aplicarle el precepto legal dentro del cual está comprendido o previsto; sea por aplicarle una norma que no le es aplicable porque en ella no está comprendido el hecho de que se trata; sea por entender mal el sentido de esa norma, y, con esa errónea interpretación, aplicarla al hecho. Tales son los tres casos de infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación que prevé dicho primer ordinal del artículo 520 del C. J., en su inciso primero.

En el caso de este pleito el tribunal consideró como una infracción del contrato el hecho —que ambas partes han reconocido como real— de que la compañía arrendadora, en la carta del diez de junio, pidió a los arrendatarios que entregaran el local en el término de treinta días. Según el tribunal la infracción del contrato por el arrendador consistió en esto: en haber dicho en esa carta que los arrendatarios a quienes iba dirigida debían entregar el local arrendado en el plazo de treinta días y no en el de sesenta, que se había estipulado como término del desahucio. Pero como —según lo reconocen también ambas partes— el arrendador no demandó la entrega judicialmente treinta días sino noventa días después de enviada dicha carta, es decir, el once de septiembre subsiguiente, fundada en este hecho alega la parte arrendadora, en casación, que ella no faltó a la referida obligación contractual de desahuciar a los arrendadores con sesenta días de anticipación y que, al entender el tribunal que sí había faltado a ella y fundar en tal interpretación su sentencia condenatoria, violó, por aplicación indebida, el artículo 1546 del C. C.

Para resolver la cuestión así suscitada debe tenerse en cuenta que el derecho de los arrendatarios a los sesenta días de desahucio tiene el sentido de que, durante ese tiempo, ellos podían continuar disfrutando, en los mismos términos estipulados en el contrato, del local arrendado. Y la verdad es que así continuaron, puesto que la demanda no se introdujo sino el once de septiembre. Y solamente con esta demanda y no con la simple solicitud de entrega hecha en la carta, vinieron a ser perturbados los arrendatarios en el goce de la cosa arrendada.

Porque para que dicha solicitud o exigencia de entrega pudiera considerarse como perturbación violatoria de las estipulaciones contractuales se necesitaría que hubiera sido lesiva, por algún concepto, del patrimonio de los arrendatarios; y es evidente que el hecho lesivo no fue en el caso de este pleito la carta o las cartas en que el arrendador pidió el local, sino la demanda judicial y su natural secuela. Por apremiantes que fueran los términos de la dicha carta, ésta no fue causa de menoscabo en el goce del local por los arrendatarios. Este menoscabo fue causado por el lanzamiento o desocupación del inmueble, que a su vez tuvo su origen en la demanda judicial y no en las cartas. Y como éstas fueron dirigidas con más de sesenta días de anticipación, no puede decirse que con ellas se infringiera la cláusula contractual que señalaba a la compañía arrendadora ese término para el desahucio.

En efecto, qué alcance jurídico puede dársele a la exigencia hecha en la carta del diez de junio de que el local fuera entregado en el término de treinta días? El de una propuesta o policitación de la compañía arrendadora, respecto de la cual los arrendatarios podían adoptar una de estas dos actitudes: o acceder voluntariamente a ella, lo que hubiera significado que aceptaban renunciar a una estipulación contractual hecha en su favor: o negarse a entregar el local en ese término, lo que tuvo el significado de que los arrendatarios hacían uso de un derecho al permanecer en él no treinta sino sesenta días, ya que la compañía arrendadora no tenía acción para exigir la entrega sino sesenta días después del aviso dado en la carta. Y, en efecto, sólo después de transcurrido este último término introdujo la demanda. Lo que quiere decir que no violó el contrato ni con esa demanda ni con las cartas que fueron su antecedente.

De lo expuesto se deduce que sí es un cargo fundado el que hace el recurrente a la sentencia objeto de este recurso, cuando afirma que el tribunal interpretó erróneamente el artículo 1546 del C. C., al entender que las cartas dirigidas por la compañía arrendadora a los arrendatarios el diez y el veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos constituyen incumplimiento de la obligación de dicha parte de no turbar a los arrendatarios en el goce de la cosa arrendada.

En resumen resulta que, al decretar la terminación del contrato y la indemnización de perjuicios a cargo de la compañía arrendadora, el tribunal violó, por indebida aplicación, los artículos 1546 y 2014 del C. C.; y que, a consecuencia de estas infracciones de las normas jurídicas sustantivas, la sentencia debe ser casada, porque su parte resolutiva queda sin soporte legal algu-

no; para absolver, en cambio, a la compañía demandada de los cargos de la demanda.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce (12) de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), y que ha sido objeto de este recurso, y en su lugar absuelve de los cargos de la demanda a la sociedad colectiva de comercio domiciliada en Bogotá, denominada "Organización Fiduciaria Caro & Díaz Plaza".—Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. —CUANDO EL JUICIO SE SIGUE CONTRA LOS SUCESORES UNIVERSALES DEL PRESUNTO PADRE, NO ES NECESARIO QUE LA CARTA U OTRO ESCRITO EMANADO DE ESTE HAYA SIDO RECONOCIDO POR EL MISMO, PARA QUE PUEDA SER TENIDO COMO PRUEBA

1—Para que una carta u otro escrito emanado del presunto padre y que contenga una confesión inequívoca de paternidad, pueda ser tenido como prueba de tal hecho, conforme al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y en juicio sobre filiación natural, no es necesario que esté reconocido por su autor cuando el juicio se sigue contra los sucesores universales del pretenso padre.

2—La prueba de cotejo de letras o firmas es procedente sólo cuando "por la parte a quien perjudique se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento" (art. 653 del C. J.). Por consiguiente, si se ha operado un reconocimiento tácito del documento, no hay lugar a practicar el cotejo, y si así se hizo, el resultado de éste no puede prevalecer sobre ese reconocimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a cinco de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez)

El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia definitiva proferida el treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, confirmó la del Juez del Circuito de Cúcuta que lleva fecha siete de mayo inmediatamente anterior, por medio de la cual se absolvió a Susana Ordóñez Valdivieso, hermana superviviente de Julio Ordóñez Valdivieso, y a "los demás supuestos herederos" de éste (voces de la demanda), en la acción judicial que Emperatriz Moyano de García les entabló con el fin de que se la declarara hija natural del expresado Julio "para todos los efectos civiles señalados por las leyes".

La actora adujo en su libelo, como hechos sustantorios principales, los previstos en los ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, que en concreto y para el pleito de que se trata son estos, en su orden: 1º Haber confesado Julio Ordóñez Valdivieso, de manera inequívoca, en carta autógrafa de 2 de noviembre de 1949, dirigida a la demandante, y que ella acompaña a la demanda, ser su padre; 2º Haber nacido la mencionada Emperatriz en Sardinata el 7 de febrero de 1.924 de la unión extramatrimonial de Florinda Moyano y de Julio Ordóñez Valdivieso, cuando entre estas dos personas existía relaciones sexuales, estables y notorias, que habíanse iniciado "desde el año de mil novecientos veintidós, o años anteriores" y que por la época de la concepción se mantuvieron continuamente; y 3º La posesión notoria del estado civil de hija natural de Ordóñez Valdivieso que tiene la demandante, por el trato, crianza y educación que éste le dió, así como por haber provisto al matrimonio de ella, actos todos éstos de conocimiento público en su población natal y realizados en más de diez años por el presunto padre.

Consta la oposición del curador **ad-litem** que hubo de darse a la demandada Susana Ordóñez Valdivieso y a los demás herederos innominadamente citados al juicio, quien al contestar el libelo negó "todos y cada uno de los hechos, así como el derecho" invocado.

En la demanda de casación formulada por la señora Moyano de García, mediante apoderado, se hacen contra la sentencia del Tribunal los cargos que van a considerarse, ya que la tramitación del recurso llegó a su término.

Cargo 1º—Violación **directa** (sic) de los artículos 404, 1.155 del Código Civil, 2º, 4º (ordinal 3º) y 7º de la Ley 45 de 1.936 "por manifiesto error de derecho, en el cual incurrió el fallador al apreciar erróneamente la prueba de filiación natural contenida en la confesión inequívoca de paternidad hecha por el padre de la actora en la carta que fue aducida, habiendo dejado de aplicar en el estudio de dicha carta los mencionados preceptos".

Tal error lo deduce el recurrente en relación con este paso de la sentencia, transcrito por él: "La carta no está reconocida por el autor en vi-

da; y es apenas natural que ese requisito no se puede llenar por los herederos, como que entonces, en cierto modo, la confesión inequívoca no derivaría del supuesto padre". Si esta tesis fuera exacta, agrega el recurrente, tendríase que la acción de filiación natural sólo sería viable en vida del pretenso padre, ya que resultaría absolutamente inoperante el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45, en caso de escritos no reconocidos por él que tengan el contenido que este ordinal señala, y que se aduzcan en juicios **post-mortem**, del pretenso padre.

Por otra parte, continúa la prueba de cotejo grafológico, que no es plena, no destruye el mérito de aquella confesión epistolar. Sin embargo, el Tribunal orientó su decisión sacando deducciones desfavorables del dictamen pericial de dicha índole, y ello a pesar de qûe los expertos, al comparar los caracteres gráficos de la firma de Ordóñez Valdivieso puesta al pie de la carta acompañada a la demanda con los que ostentan otras firmas suyas tenidas a la vista, emitieron el parecer, no objetado, de ser auténtica la que autoriza la carta aducida en este juicio. Por todo lo cual el sentenciador desoyó las voces de los artículos 637, 645 y 649 del Código Judicial, que señalan la fuerza probatoria de los documentos privados y los medios de restársela.

Cargo 2º—Violación directa (sic) de los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1.936 y 397 del Código Civil por cuanto no fueron aplicados debidamente en la valoración de la prueba testimonial que presentó la actora sobre posesión notoria de su estado de hija natural de don Julio Ordóñez V., 'habiendo incurrido el fallador en **error de derecho** por apreciación errónea de dichos preceptos".

Al respecto dice el recurrente, en síntesis, lo siguiente: a) No es uno mismo el concepto de posesión notoria de estado cuando él se refiere a un estado civil legítimo que cuando atañe a uno que no lo es, como el de hijo natural: la posesión notoria en el primer caso debe entenderse cumplida en los términos del artículo 397 del Código Civil; en el segundo, como lo enseña el artículo 6º de la ley 45, que fija condiciones distintas de aquel otro. b) La diferencia conceptual de los dos preceptos aparece clara, con vista al artículo 7º de la ley últimamente mencionada, en el cual no se dice que el artículo 397 se aplica a la filiación natural junto con los demás de la misma obra que por disposición del art. 7º se declaran pertinentes en estos juicios declarativos.

..Cargo 3º—Violación indirectamente del art. 4º -numeral 5º- de la ley 45 de 1936, por 'error de hecho'. En este punto dice el recurrente lo que sigue, pero sin sujetarse a la técnica de la casación, la que exige puntualizar los cargos con el señalamiento preciso de las pruebas mal apreciadas y del concepto en que lo hayan sido, si de tal especie de infracción se trata: "La Corte tiene a su disposición el expediente para estudiar cada uno de los testimonios. Siendo tántos es imposible transcribirlos..... Los testigos afirman variados hechos sobre la subsistencia, educación y establecimiento de la actora como hija natural de don Julio Ordóñez V. No es jurídico, pero ni siquiera humano, que todos los testigos concuerden en circuntancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos que refieren, pues sería necesario que los testigos hubieran vivido en comunidad con la actora y sus padres. Esta prueba es imposible de conseguir". En concepto del recurrente, b a s t a la reputación del vecindario de que una persona es hija natural de otra, fundada esa opinión en el **tractatus**, para que los testimonios que así lo digan formen la prueba suficiente en que haya de basarse la declaratoria judicial de filiación natural.

Pasando por alto el yerro del entendido en que incurre el demandante al calificar de violación **directa** de la ley sustantiva la que resulta, por modo indirecto, de manifiestos errores de hecho y de error de derecho, —en los cuales sólo es posible incidir al apreciar las pruebas, no aquella ley considerada en sí misma— y teniendo en cuenta el artículo 538 del Código Judicial, a cuya virtud si la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas, no considera las restantes, infirma el fallo acusado y dicta en su lugar la resolución que corresponda, ésta sentencia se concretará al estudio del primero de los cargos expuestos, que por sí sólo es bastante para casar la recurrida y para revocar la de primera instancia, como se verá en seguida.

La carta de que se trata, dirigida a Emperatriz de García el 2 de noviembre de 1.949 por Julio Ordóñez V., tiene este encabezamiento: "Recordada hija", y contiene, entre otras manifestaciones, las siguientes: "Reciba mi cariñoso saludo y mis deseos por su bienestar y buena salud de Ud. y su esposo, como del retoño, de quien, me manifiesta, será bautizado en los días siguientes a fecha (sic) de su apreciable carta.. ....No ofreciéndose más por el momento, en espera de sus nuevas, órdenes y noticias, me des-

pido, con un cariño para el nene— Su padre, Julio Ordóñez V.".

Junto con esta carta y como anexo a la demanda, aparece la copia de la partida de nacimiento de Emperatriz Moyano, nacida de Florinda Moyano el 7 de febrero de 1924. Este documento contiene, además, la copia de una nota marginal autorizada por el párroco que lo expide, en que se dice: "Emperatriz Moyano contrajo matrimonio con Luis García, en la parroquia de San Antonio de Cúcuta, el 24 de octubre de 1948. Conste, Luis Fidel Pinzón Pbro".

Sobre el particular se **considera:**

1º—"Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, dice el artículo 4º de la ley 45 de 1.936: .....3º Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

Con vista del ordinal transcrito, —uno de los preceptos que aquí se consideran violados por error de derecho en la apreciación de dicha carta— la Corte expuso en sentencia de 9 de marzo de 1.949:

"El reconocimiento (de hijo natural) puede hacerse voluntaria y espontáneamente por el padre en escritura pública, en testamento, en el acta de nacimiento o por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, esto es, en este último caso, por confesión judicial. La paternidad y consiguientemente la filiación en cualquiera de estos casos de reconocimiento consta de pleno derecho, es prueba plena preconstituída del estado civil. En cambio, cuando la paternidad consta en carta u otro escrito privado del pretendido padre, se trata de una confesión extrajudicial que aunque en el fondo equivale al reconocimiento, por su naturaleza original tiene que ser calificada por el Juez en la sentencia con que finalice el juicio ordinario para deducir si da o nó base de certidumbre para la declaración jurisdiccional de paternidad ya en cuanto debe ser una confesión escrita, emanada del pretenso padre y precisa e inequívoca, esto es, concebida en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria .El caso del numeral 3º en estudio constituye una ampliación de los medios de prueba en esta clase de acciones sobre estado civil con la admisión de la prueba literal privada, improcedente en el régimen anterior a la ley 45, de tal manera que para el análisis y justiprecio de su mérito es preciso dar aplicación a las normas y principios de derecho probatorio en materia de confesión extrajudicial y documentos privados. Si fuera exigible, para la eficacia y conducencia de la confesión escrita de paternidad, como lo pretende el recurrente, la nota o diligencia de presentación personal por el padre ante el Juez, o se requiere que el escrito contentivo de la confesión inequívoca de paternidad fuera legalmente registrado o reconocido por el confesante, dejaría de estarse en la situación del numeral 3º del artículo 4º citado para estar frente a una confesión judicial desplazando de esta manera la cuestión de la paternidad natural de su declaración por el Juez hacia el reconocimiento espontáneo y formal por el padre, que haría inútil la intervención judicial cuando la ley ha descrito y reglamentado esas dos situaciones como inconfundibles desde el punto de vista de la prueba del estado civil." (G. J. Nº 2070, página 609).

En otro aparte del mismo fallo, relativo al mismo ordinal —la Corte agregó: "Como la confesión escrita que exige la ley, como fundamento para la declaración judicial de paternidad natural tiene que ser inequívoca, el juicio estimativo de esta prueba se reduce en verdad al establecimiento de su autenticidad, es decir, la certeza de su autor, su verdadera procedencia del padre confesante. Si la prueba es plena a este respecto, la declaración de paternidad procede puesto que en punto a confesión no puede haber duda. Si la emanación paternal no se acredita completamente la declaración judicial no tiene base. Es en este sentido, legal y probatoriamente exacto, no en el de documento auténtico de los artículos 1758 del C. C. y 632 del C. J., como el Tribunal estudió y dedujo la autenticidad del memorial dirigido por Federico Rodríguez al Juez Municipal de Samacá: la conclusión del fallo en este punto de autenticidad no se ataca dentro del significado y alcance que le dió el Tribunal, sino en el desacertado concepto, ya rebatido, de haberse omitido solemnidades que la ley no impone en el aludido escrito contentivo de la confesión" (Ib., página 610).

De que se sigue que el Tribunal de Pamplona incurrió en error de derecho al negar valor probatorio a la carta en mención por la creencia de que para tener tal mérito debiera estar reconocida por su autor, no necesitándose tal formalidad en juicios de esta naturaleza, cuando se siguen contra los sucesores universales del pretenso padre. Por ende, indirectamente infringió la disposición sutantiva comentada, y, por reflejo, las demás que se citan en este cargo, con excepción del art. 404 del C. C., que se refiere a una situación procesal no ocurrida en este juicio.

No está de más observar que únicamente debido a la equivocada estimación de la tarifa legal de pruebas en el punto comentado, llegó el sentenciador a considerar ineficaz la carta ya aludida; porque en cuanto a su contenido conceptual y al mismo tenor literal de sus frases, el Tribunal no pudo menos de admitir la conducencia de la prueba, en estos términos de redacción nada ejemplar: "Existe, en semejantes expresiones ("Recordada hija", "Su padre") tan clara manifestación de un hecho exclusivo de un resultado (sic); en la comunicación social esas frases únicamente encuentran aplicación para predicar los vínculos de la paternidad y de la filiación, que no es concebible ni hay razón de suponerles sentido figurado alguno, que nadie las use respecto de quien no le ha recibido la vida. Por manera que desde este punto de vista, cabría hacer la declaración de estado solicitada, tanto más cuanto se tiene un escrito que encierra la confesión" (rayas de la Corte).

2º—Piensa el sentenciador que por la ausencia de reconocimiento de la carta de parte de quien la suscribió y, además, porque el dictamen grafológico solicitado por la actora es apenas prueba incompleta (que a lo sumo suministra indicios más o menos graves o vehementes según concurran las circunstancias de distinto valor enumeradas por el artículo 656 del Código Judicial), el cotejo de firmas realizado no demuestra plenamente que el documento-confesión de 2 de noviembre de 1.949 haya provenido realmente del sujeto a quien se atribuye, y esto a pesar de que las conclusiones de los peritos afirman esa procedencia. En todo lo cual hay innegables errores de derecho, que someramente se ponen de resalto a continuación:

La legislación procesal civil admite cinco modos de reconocimiento de un documento privado: 1º El reconocimiento expreso (artículos 639 a 642 del Código Judicial); 2º El reconocimiento tácito, que resulta de haber obrado el documento en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, sin que lo hayan objetado, o redarguido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad (Art. 645 ibidem) La jurisprudencia ha dicho, dando toda su amplitud al precepto, que la parte contra la cual se produce un documento privado no revestido de autenticidad, no está siempre obligada a tacharlo de falso, para evitar que se consume el reconocimiento tácito, "pues a este fin le basta que —como la ley lo permite— lo objete, desconozca o rechace en cualquier forma que signifique su propósito de no reconocerlo": (G. J. LXVIII, página 107, sentencia de 23 de septiembre de 1.950); 3º El reconocimiento ficto (artículo 643 ibidem); 4º El reconocimiento por inscripción resultante de la que sobreviene a la protocolización notarial del documento privado; y 5º El reconocimiento por atestación de juez o de notario, a que se refiere el artículo 646 ibidem.

En el caso de autos se está en presencia de un reconocimiento tácito de la carta suscrita por Julio Ordóñez Valdivieso, la que se presentó contra la parte demandada, sin que ésta la hubiera objetado, desconocido, rechazado, puesto en duda, ni redarguido de falsa para que la actora probara su autenticidad.

Al dejar de ver este reconocimiento tácito, el sentenciador infringió el artículo 645 citado, que no contiene excepciones. Y al atenerse principalmente a la prueba incompleta de cotejo de firmas, aportadas por la demandante, el Tribunal se abstuvo de tener en cuenta por un lado, el artículo 653 del Código Judicial, que estatuye sobre la admisibilidad y procedencia de la prueba aludida en los siguientes términos: "Puede pedirse el cotejo de letras o de firmas, siempre que, por la parte a quien perjudique, se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento"; y, por otra, convencido acertadamente de la endeblez de esta prueba, —cuya prevalencia sobre el reconocimiento tácito admite ilegalmente— dedujo, sin embargo, que la carta no era auténtica: cuando la lógica y la ley le imponían concluír que el dictamen grafológico es, en este caso, inoperante desde un doble punto de vista: a) porque él, como está dicho, no surgió como consecuencia de las actividades procesales previstas en el demandado por el art. 653, y b). porque aún teniéndolo en cuenta si a juicio del fallador el indicio o los indicios suministrados por el examen grafológico en referencia son de nulo o de escaso mérito probatorio, como así fueron estimados, lo ineludible era declarar su innocuidad en frente del reconocimiento tácito operado, más nunca destruír esta plena prueba con aquella otra, de tan débil poder de convicción.

Por estos nuevos errores de derecho, el Tribunal de Pamplona llegó a quebrantar también las mismas disposiciones sustantivas ya mencionadas.

Las razones expuestas fundamentan, a la vez, la sentencia de instancia que esta Superioridad ha de proferir. Y como, por otra parte, nada hay que objetar en cuanto a presupuestos procesales y la prueba de la acción deducida en juicio se

halla satisfactoriamente acreditada respecto del artículo 4º, numeral 3º, de la ley 45 de 1936, 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 el día treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y dos por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio sobre filiación natural instaurado por Emperatriz Moyano de García contra Susana Ordóñez Valdivieso y demás herederos de Julio Ordóñez Valdivieso ;revoca la de primera instancia, dictada por el Juez de Circuito de Cúcuta el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, y en su lugar declara:.

Emperatriz Moyano de García, nacida en Sardinata y allí mismo bautizada el quince de junio de mil novecientos veinticuatro, es hija natural de Julio Ordóñez Valdivieso para todos los efectos civiles reconocidos por la ley.

Dése cumplimiento al artículo 33, inciso 2º del Decreto reglamentario Nº 1.003 de 1.939.

Sin costas en las instancias ni en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre.—Alfonso Márquez Páez. Con salvamento de voto, **Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro** L., Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADORODRIGUEZ PIÑERES

El suscrito Magistrado salva su voto respecto a este fallo por las mismas razones que expuso en otro juicio en el cual, como en éste, se violaron, en su concepto, los artículos 401 a 404 del Código Civil y el 7º de la Ley 45 de 1.936.

Conforme a estos textos, claros si los hay, fallos en que se discuta la paternidad de un sujeto respecto a otro, deben seguirse contra **legítimo contradictor**, que en el caso actual, era el presunto padre únicamente, no contra sus herederos.

Sólo en un caso excepcional, que como tal, confirma la regla, puede, no digo seguirse, sino proseguirse juicio sobre filiación contra herederos de ese contradictor legítimo: el de ocurrir la muerte de éste luego de trabada la litis y antes de ser pronunciada sentencia, a tenor de lo prevenido en la artículo 404 de dicho código.

El requisito de que los juicios sobre investigación de la paternidad se sigan contra un **contradictor legítimo,** es una institución de orden público tendiente a qué punto de tanta importancia se siga precisamente contra la persona misma a la que se le atribuye, dado que es la única, en la casi totalidad de los casos, que puede tener las pruebas que destruyan las aducidas en su contra.

Bello, al redactar el proyecto del Código Civil Chileno, supo darse cata de la magnitud del problema al establecer ese requisito como valla contra maniobras de baja ley que llevaran a turbar el sosiego de los hogares.

Ese requisito no es, pues, cosa vana de que pueda prescindirse **ad libitum**; es, por el contrario, un ordenamiento tendiente a establecer una defensa de la honra y bienes de quienes han dejado el mundo de los vivos y que por ello no pueden defenderse: una valla contra maniobras que socavan la paz de las familias, valla que es menester solidificar y no dejar a merced de la demagogia.

Tal requisito, sabiamente establecido por el Código Civil contra desaguisados semejantes, no puede dejarse de lado, o ignorarse y mucho menos socavarse con interpretaciones legales tendientes a sostener que puede conciliarse el respeto debido a texto expreso de la ley que distingue, de manera perspicua, que en solo un caso puede pleitearse contra herederos del contradictor legítimo: el ya citado de que **éste haya muerto** después de trabada la litis.

Los autores del proyecto de lo que luégo fué y es la Ley 45 de 1936, si por un lado copiaron la ley francesa sobre filiación natural, quitándole artículos que ojalá reproduzca el legislador; esos autores, digo, no advirtieron que había un texto que exigía, para la validez del juicio sobre filiación, que se siguieran con la intervención de un contradictor legítimo; que si no hubieran incurrido en tal olvido, habrían podido, o derogar los textos del Código que hacían tal exigencia, o simplemente haberlos modificado de esta manera:

El 402, en su ordinal 2º diciendo **contradictor legítimo, o sus herederos;** y

El inciso segundo del artículo 403 dejándolo así: Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberán **el padre o sus herederos** intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

Ello no se hizo, y mientras no se repare tamaña omisión, no se puede, sin violar los artículos 402 y 403 del Código Civil, prescindir de la intervención del manoseado contradictor legítimo.

Contra textos claros y precisos, nada vale la dialéctica; con ésta, por muy bien manejada como lo ha sido por mis compañeros, no se enmienda el olvido en que incurrió el legislador de 1936.

La Corte no legisla, ni repara olvidos, sólo juzga. Sobre sus hombros no puede echarse la carga que pesa sobre el Congreso.

Eso es todo y nada más.

Mis colegas me perdonarán lo dicho en este salvamento: mucho es el respeto que tengo a su sabiduría y a su prestancia moral, lo cual no es parte a impedir que someramente exponga la razón de mi discrepancia con ellos en esta ocasión.

Fecha **ut supra.**

Eduardo Rodríguez Piñeres

PARA QUE PROSPERE LA CASACION POR VIOLACION DE LEY SUSTANTIVA, LA DEMANDA DEBE INDICAR Y DEMOSTRAR POR CUAL O CUALES EXTREMOS SE PERPETRO LA VIOLACION

La sola lista de textos legales, por sí misma no sirve en casación; es menester, para que haya demanda de casación, que por ésta se diga por cuál o cuáles extremos se perpetró la violación de los textos pertinentes, sin formar largos catálogos de artículos, que entorpecen, más que apoyan, las correspondientes acusaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a seis de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Isaías Ortiz fue casado con Mercedes Tejada y de su unión matrimonial nació un hijo a quien dieron el nombre de Julio.

No consta claramente, si por sentencia eclesiástica, o de hecho, los cónyuges se separaron, y si esa separación fué causa, o más bien efecto de que el primero pasara a convivir durante un lapso de catorce años, con Rosa Navia Dominguez quien de primero vivía con él, según expresión de la misma en posiciones que absolvió, "como una criada", pero en realidad pasando a ser su concubina, como se transparenta a través del proceso, y que, según la demanda, atendió a Ortiz "con ejemplar (?) abnegación, en todas sus necesidades, proveyendo con dinero de su exclusiva propiedad a la alimentación, vestido, drogas, médico y todos los gastos que durante los citados catorce años ocasionó el enfermo".

Don Isaías al cabo de ese tiempo falleció; su mortuoria se abrió y contra ella pretendió y pretende la Navia Dominguez tener derecho al reembolso de sumas gastadas por ella en el cuidado de aquél en su larga enfermedad de cinco años de duración y en mejoras hechas por ella en bienes de propiedad del finado, por lo cual promovió demanda contra la sucesión intestada de dicho don Isaías (no contra la sociedad conyugal ilíquida Ortiz-Tejada, cual debió haberlo hecho) representada por "sus únicos herederos, la señora **Mercedes Tejada** y **Julián** o **Julio Ortiz Tejada**", para que se le cubriera la cantidad de $ 29.000.00, o la que se probara como debida a su favor.

A la demanda acompañó la actora comprobantes de pagos hechos por ella, unos por su cuenta, otros por la de Ortiz, y los demás por gastos de última enfermedad y del entierro de éste.

Corrido el traslado de la demanda —a cuyas peticiones se opusieron los demandados, quienes propusieron las excepciones de "carencia de derecho, inexistencia de las obligaciones que se demandan y petición de modo indebido", y tramitada que fué la primera instancia del juicio— el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, puso fin a éste con la sentencia que en su parte resolutiva dice así:

"Primero.—**No son procedentes** las excepciones perentorias propuestas;

"Segundo.—La señora **Rosa Navia Dominguez** de las condiciones civiles antes determinadas, **es dueña** y poseedora de las mejoras que aparecen especificadas en los hechos 9º y 10º del libelo;

"Tercero.—Como consecuencia de la anterior declaración, la demandante **tiene derecho a retener** las expresadas mejoras hasta tanto la sucesión de Isaías Ortiz le pague el valor de las dichas mejoras el cual está determinado, o le asegure su importe;

"Cuarto.—**condénase** a la sucesión de **Isaías Ortiz,** representada por su viuda y su hijo legítimo Julián o Julio Ortiz Tejada al pago del valor de la alimentación, gastos de enfermedad y entierro que aparecen hechos por la demandante en favor de la persona del señor Isaías Ortiz, cuyo monto aparece fijado en la cantidad de siete mil seiscientos diez y siete pesos ($ 7.617.00);

"Quinto.—**Se absuelve** a la entidad demandada del pago de los veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) de que habla el punto 4º de la demanda por no aparecer la prueba de ese postulado; y,

"Sexto.—La sucesión demandada deberá pagar las costas del presente juicio."

Apelada que ella fué para ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, éste falló la controversia así:

"**Refórmanse** los puntos 2º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 17 de octubre del año postrero, proferida por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Palmira, y que ha sido objeto del recurso de alzada, en los siguientes términos:

"**Primero.**—Los puntos 2º y 3º quedarán así: La señora Rosa Navia Dominguez, de las condiciones civiles ya conocidas, es dueña y poseedora de una tapia de ladrillo y cemento, levantada por ella a sus expensas, en el inmueble de propiedad de la sucesión del causante, señor Isaías Ortíz, inmueble determinado por el actor en el hecho 10º de su demanda. Consecuencialmente, la señora Rosa Navia Domínguez D., tiene derecho a retener el inmueble de propiedad de la sucesión del causante señor Isaías Ortiz, en donde se encuentra la aludida mejora, hasta tanto la sucesión del señor I. Ortíz, representada por sus herederos, le pague su valor o sea la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) moneda legal, o le asegure su importe.

"**Segundo.**—El punto 4º quedará así: **condénase** a la sucesión del señor Isaías Ortíz, representada por sus herederos, Mercedes Tejada y Julio Ortíz Tejada, a pagar a la señora Rosa Navia D., la suma de cuatro mil cuatrocientos cuarenta pesos ($ 4.440.00) moneda legal, suma pagada por dicha señora en beneficio del Sr. Isaías Ortíz.

"En lo demás, se confirma la providencia apelada.

"Sin costas en esta instancia".

Esta sentencia fué consentida por la parte actora y recurrida para ante la Corte por la opositora.

La casación

El recurrente, sin ceñirse al método característico de una demanda de casación, que no es un alegato de bien probado, inmetódicamente, hace contra la sentencia varios cargos que la Corte pasa a estudiar para juzgar sobre ellos en seguida.

Cargo primero.

Se formula así:

"La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

"En efecto, la sentencia condena a la sucesión de Isaías Ortíz representada por sus herederos **Mercedes Tejada v. de Ortíz y Julio Ortíz Tejajada.** El Tribunal no apreció la providencia pronunciada por el Juzgado en el juicio de sucesión de Isaías Ortíz, por medio de la cual se reconoció a Mercedes Tejada v. de Ortíz interesada en dicho juicio como cónyuge supérstite, y a Julio o Julián Ortíz como heredero del mismo Ortíz en su calidad de **hijo legítimo suyo;** providencia que fué acompañada a este juicio ordinario para establecer la personería sustantiva de la parte demandada.

"Según esta prueba, Mercedes Tejada v. de Ortíz, no es **heredera** del causante Isaías Ortíz, por existir su hijo legítimo Julio o Julián Ortíz.

"Al no tener en cuenta o no apreciar aquella prueba, la sentencia violó el **artículo 85 de la** Ley 153 de 1887, pues según este precepto, los primeros llamados a la sucesión intestada del difunto son los hijos legítimos, luégo sus ascendientes, y así sucesivamente, siendo la cónyuge llamada a falta de aquéllos y de los hijos naturales. Violó los artículos 1.239 y 1.240 del C. Civil, según los cuales la legítima es la cuota de bienes que la Ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Y los legitimarios son los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima; los ascendientes legítimos; los hijos naturales y en último lugar los padres naturales.

"Violó el Art. 18 de la Ley 45 de 1.936 porque los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales.

"Y violó los artículos 19, 20 y 21 de la misma Ley 45 citada, porque según estas disposiciones, en ningún caso en que el difunto deje descendencia legítima le sucede su cónyuge.

"La sentencia del Tribunal, pues, al condenar a la sucesión del señor Isaías Ortíz, representada por la cónyuge supérstite Mercedes Tejada v. de Ortíz como heredera, quebrantó todos aquellos preceptos sustantivos de la ley".

Sobre lo cual observa la Corte:

1º—Que, a la verdad, entrando en el fondo, como atrás se observó, la demanda, rectamente debió ser dirigida, no contra la sucesión de Isaías Ortíz representada por Mercedes Tejada de Ortíz, su cónyuge sobreviviente, y Julio Ortíz su heredero, sino contra la sociedad conyugal ilí-

quida Ortíz-Tejada, representada por dichas personas.

2º—Que, esto no obstante, la inclusión del nombre de Mercedes Tejada de Ortíz como representante en parte de la sucesión de Isaías Ortíz, no quiere decir que tal sucesión no estuviera representada, y muy bien representada, por Julio Ortíz, único hijo legítimo del causante de la sucesión, con quien válidamente se ha seguido el juicio, sin observación ninguna en contrario de parte de ninguno de los contendores.

3º—Que, por tanto, en lo atinente a este juicio, no se puede decir, para la prosperidad del recurso, que el Tribunal dejara de apreciar la prueba consistente en el auto del Juzgado en el juicio de sucesión de Isaías Ortíz, por el cual se reconoció a la Tejada como cónyuge sobreviviente de don Isaías Ortíz y que por tal motivo hubiera quebrantado el artículo 85 de la Ley 153 de 1887, que no llama a suceder al difunto a la cónyuge sobreviviente cuando hay hijos legítimos de por medio, ni tampoco el 18 de la Ley 45 de 1936, ni los artículos 1239 y 1240 del Código Civil atinentes a las legítimas establecidas a favor de los descendientes legítimos o naturales del causante, y mucho menos los artículos 19, 20 y 21 de la citada Ley 45, referente a los hijos de la segunda naturaleza, artículos que el recurrente considera violados por el fallo acusado.

4º—Que, por último, observa la Corte, que el Tribunal cometió una flagrante herejía jurídica al mentar a la señora Mercedes Tejada de Ortíz como heredera de Isaías Ortíz, siendo apenas su cónyuge sobreviviente, y estando la herencia suficientemente representada por el hijo legítimo Julio Ortíz Tejada, como antes se dijo; en esta forma rectifica la Corte, el error en que incurrió el Tribunal, pero se abstendrá de casar la sentencia por las razones que se expusieron atrás.

Cargo segundo.

Lo hace el recurrente en estos términos:

"La sentencia del Tribunal, al condenar a la sucesión de Isaías Ortíz a pagar la tapia de ladrillo y cemento y conceder el derecho de retención por esta causa, apreció erróneamente, con error de hecho y de derecho, la prueba en que se fundó".

Para fundar este cargo, el recurrente examina el haz de testimonios recibidos atañederos a la existencia, propiedad y monto de mejoras hechas por la Navia en varios de los inmuebles del difunto, cuyo valor estimó ésta en la cantidad de $ 4.000.00.

De tal examen se deduce que, evidentemente, la Navia no probó que, todas esas mejoras hubieran sido hechas por ella, con su dinero y el Tribunal así lo reconoce. Pero no en absoluto sino reduciendo ese punto de las mejoras a lo que realmente se probó, por lo que se vé claro que él no erró en la apreciación de la prueba testimonial, al rebajar las aspiraciones de la Navia, al muro o tapia en uno de los inmuebles de que hablan algunos de los testigos y que los peritos en diligencia de inspección avaluaron en suma que representa aproximadamente la décima parte de la reclamada por la demandante.

Por ello, con razón, dijo esto el Tribunal en la sentencia acusada:

"En verdad no existe en los autos prueba fehaciente para el reconocimiento de todas las mejoras que se dice hizo la señora Navia Domínguez en el inmueble determinado en el numeral 10º de la demanda con que se inició este proceso. En efecto: el testigo señor Guillermo Holguín Villalobos, en su declaración que obra a folios 15 del cuaderno 3 del expediente, dice que únicamente ha visto como mejoras en el inmueble a que se ha hecho mérito, "una tapia de papelillo y yo personalmente hice unas reparaciones en los tejados como "goteras", que me fueron pagadas por la señora Navia. El testigo, señor Virgilio Ruiz Lenis, en su declaración que obra a fls. 10 del mismo cuaderno, manifiesta que la señora Navia contrató con el señor Alfonso Cabal la construcción de una tapia en la casa de la Calle 20 con Carrera 12 a 16 de Palmira, quien a su vez contrató al testigo señor Ruiz para trabajar en la obra y que fué la señora Navia quien pagó al señor Cabal el valor de ese trabajo. El único otro testigo que habla de mejoras hechas en la casa antes indicada, es el señor Rafael Martínez Vargas, quien en declaración que obra a fls. 17 vuelto del cuaderno 3º dice que le consta que en tal inmueble "hicieron un orinal, un lavadero, baño y crecieron (sic) una pieza más hacia el Norte, pieza destinada a guardar herramienta..Como ha podido observarse, el testigo Martínez Vargas no dice quién hizo las mejoras enumeradas por él, como tampoco quién las pagó. Así mismo, es de observarse que no habla del muro o tapia a que se refieren los testigos Ruiz, Lenis y Holguín Villalobos, por donde se vé que lo único que se ha acreditado es que la señora Navia construyó a sus

expensas, en el inmueble de que se trata, la tapia o muro de ladrillo de que hablan los testigos Holguín Villalobos y Ruiz Lenis. Ahora bien: fue con base en las declaraciones de los tres testigos citados primeramente que se practicó, con intervención de peritos, la diligencia de inspección ocular de fecha 28 de julio del año de 1.952; en este acto los peritos avaluaron separadamente las mejoras de que hablan los tres testigos citados antes. Y el señor Juez que practicó la diligencia dice haber encontrado en el inmueble ya referenciado tales mejoras; mas, aunque dicho funcionario haya constatado la existencia de ellas, no quiere ello decir que el actor haya probado que fue la señora Navia quien las construyó a sus expensas. De todo esto, como ya se ha visto, sólo se ha acreditado que ella construyó en el inmueble de que se trata una tapia o muro de ladrillo que, entre otras cosas, los señores peritos avaluaron en la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) moneda legal. Ahora bien: si lo visto por el Sr. Juez en la aludida diligencia y lo avaluado en ella por los señores peritos no se ha acreditado que fuera construído a expensas de la demandante, señora Navia, mal puede condenarse a la sucesión del señor Isaías Ortíz al pago de esas mejoras a la demandante y por ello que sólo sea procedente, en este respecto, declarar que la señora Navia Domínguez es dueña y poseedora sólo de una de las mejoras que aparecen especificadas en los hechos 9º y 10º del libelo inicial, o sea del muro de ladrillo y cemento construído a sus expensas, y consecuencialmente declarar que tiene derecho a retener el inmueble en donde se encuentra la aludida mejora, hasta tanto se le pague o se le asegure su importe".

De lo que se concluye que el Tribunal sentenciador no erró en el campo del derecho, ni en el de hecho evidente en la apreciación de la prueba de los testimonios de Holguín Villalobos y Ruiz Lenis.

Sobre esa base no procede la acusación por el extremo de haber sido violados los artículos 697 del Código Judicial y la consecuencial de los designados con los números 1155, 1411, 1.494, 1.626 y 1.757 del Civil.

No el primero, porque además de los testigos citados hubo otro, como lo nota el Tribunal en el paso preinserto;y no los otros, por improcedentes y por no haberse formulado el cargo cual debiera, esto es, diciendo **por dónde** y **por qué** habían sido violados: la sola lista de textos legales, por sí misma —que no pocos litigantes hacen a granel, sin darse cata de lo que es la casación—, no sirve para nada en esta materia; es menester, para que haya demanda de casación, se repite, que por ésta se diga por cuál o cuáles extremos se perpetró la violación de los textos pertinentes, sin formar largos catálogos de artículos que entorpecen, más que apoyan, las correspondientes acusaciones.

Cargo tercero.

Se le hace a la sentencia el de haberse cometido en ésta una serie de desaguisados para tener como de propiedad de la Navia los dineros que ella empleó en pagar los gastos de última enfermedad y de exequias de Don Isaías, sin tener en cuenta que aquélla en posiciones h u b i e s e dicho que la casa era del señor Ortíz y ella era como una criada; ni las declaraciones de Rafael Martínez, Juan de la Rosa Saldarriga, Ernesto Sarasty y Gabriel Henao quienes dijeron que la mentada Navia no sólo atendía los asuntos domésticos, sino que se entendía con peones y capataces y con negocios del galpón (enramada) de un tejar, y que en los menesteres de éste y venta de los productos intervenía la misma quien recibía los precios y que en las declaraciones de la renta figuraba el nombre de Ortíz y no el de la Navia; todo lo cual indicaba que el dinero que producían estos negocios era de aquél y no de ésta, que no tenía en realidad dinero propio, pues en la pretendida posesión del dinero por la Navia, le faltaban los elementos del **corpus** y el **animus. (Sic)**

De todo lo cual deduce la demanda de casación que la sentencia violó los artículos 661 y 662 del Código Judicial que establecen los requisitos que deben llenar las presunciones; los artículos 66 y 1.768 del Civil, por indebida aplicación al caso; el 762 del mismo por indebida aplicación, y los artículos 1.016 y 2.495 del mismo Código aplicándolos indebidamente, lo mismo que los artículos 1.155, 1.411, 1.494, 1.626 y 1.757 de la misma obra, también por aplicación indebida, "pues no es el caso de deducir aquí gastos de enfermedad y funerales para pagarlos a la actora que no ha demostrado haberlos hecho con dineros de su propiedad", y el artículo 2495 "por la razón antes apuntada, y porque no se trata de un caso en que se discuta preferencia de créditos", al decir del recurrente, que así concluye el largo catálogo de textos.

Todo lo cual, en concepto de la Corte, carece de sólido asiento, dado que del hecho que una mujer hubiera principiado por ser una servidora a manera de criada, no se deduce que al cabo

de catorce años de vida, la que pasó a ser "compañera", que ahora se dice de la que se amanceba, no pudiera acumular dineros viviendo con un hombre rico que naturalmente la amaba y a la que le confió la administración de sus bienes, por hallarse enfermo, no le hubiera remunerado esos y otros servicios con algo de lo que tenía: dinero, que ella empleara en parte para el pago de gastos de última enfermedad y de entierro de su compañero de vida común.

El Tribunal, a vuelta de exponer con razón que no podía cargarse a la sucesión de Ortíz y a favor de la Navia, todo lo que ella dice haber gastado en pro de aquél, expresa lo siguiente que razonablemente es acertado:

"Sin embargo, otras pruebas sí justifican en parte la aludida condenación, como en seguida pasa a verse: el actor presentó con su demanda varios recibos para establecer con ellos algunos gastos hechos por la señora Navia Domínguez, particularmente los causados por la enfermedad y expensas funerarias del señor Isaías Ortíz. Mas, todos esos recibos, no fueron reconocidos por sus firmantes en la oportunidad debida. Esa formalidad sólo se cumplió con los que obran a folios 2, 4, 5, 10 y 12 del expediente. Los otorgantes de éstos últimos recibos manifiestan que los dineros que ellos recibieron fueron pagados por la señora Rosa Navia Domínguez, y explican su causa. Ahora bien: esos dineros así pagados por la demándante fueron entregados por ella para cubrir los gastos ocasionados por la última enfermedad y por los funerales del señor Isaías Ortiz. Por lo tanto, habiendo sido entregados esos dineros por la señora Navia, debe presumirse, salvo prueba en contrario, que eran de su propiedad. No importa para presumirlo así, que el nombrado causante tuviera bienes de fortuna, como en contrario alega el señor apoderado de la parte demandada, pues si ella entregó esos dineros era porque los poseía, y esto hace que se presuma que era dueña de ellos, salvo que la parte contraria demuestre lo contrario, lo que aquí en verdad no ha acontecido. En este sentido, la parte demandada sólo ha acreditado que el señor Ortíz tenía bienes y que dejó inmuebles por un valor aproximado de cuarenta y un mil pesos, y trató además de probar que la señora Navia Domínguez fué mujer pobre hace quince años, lo que no puede indicar que en la actualidad la dicha señora continúe en el mismo estado de pobreza.

"Establecido que la señora Navia Domínguez pagó los dineros de que hablan los citados recibos, los que son imputables como ya se vió, a gastos de enfermedad y funerales del Sr. Isaías Ortíz, la sucesión del nombrado causante debe restituírlos, no sólo porque el gasto está acreditado como hecho con dineros de la señora Navia Domínguez, sino también porque en toda sucesión por causa de muerte, según el artículo. 1.106 **(Sic)** del Código Civil, antes de llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, debe deducirse del acervo o masa de bienes que el causante haya dejado, las deudas hereditarias, entre las cuales, según la jurisprudencia, deben figurar los gastos imputables a la última enfermedad y a los funerales del causante..... "Lo dicho hasta aquí, en cuanto a gastos hechos por la señora Rosa Navia Domínguez justifica una condenación para la parte demandada, en cuantía de cuatro mil cuatrocientos cuarenta pesos ($ 4.440..00) moneda legal, o sea el total de las sumas pagadas por la señora Navia Domínguez, de que dan cuenta los recibos acompañados al libelo inicial y reconocidos oportunamente por sus otorgantes. A esta suma habrá pues de rebajarse la que indicó el señor Juez del conocimiento en el punto 4º de la parte resolutiva de la sentencia que de él se revisa".

Así, la suma total de $ 29.000.00 demandada por la actora, queda reducida a la de $ 4.440.00, que le reconoció con razón el Tribunal Superior de Cali.

Visto lo cual, 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 acusada.

Sin costas, por haber obtenido el recurrente una rectificación doctrinaria.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernestos Melendro Lugo, Secretario.

NO ES NECESARIO QUE EL CONSAGUINEO DEL PRETENSO PADRE HAYA ACEPTADO LA HERENCIA DE ESTE PARA QUE CONTRA EL PUEDA EJERCERSE LA ACCION DE FILIACION NATURAL

Cuando se busca acreditar el estado civil de hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posición jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia.

Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Por sentencia de 28 de septiembre de 1951 el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó en todas sus partes la de primera instancia, de fecha 16 de octubre de 1950, en que el Juez 7º de este Circuito hizo las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que Blanca María Martín Herrera de Ballesteros, o simplemente Blanca Martín de Ballesteros, Rosaura Martín Herrera de Villamizar, o simplemente Rosaura Martín de Villamizar, Cecilia Martín Herrera, Georgina Martín Herrera y Elena Martín Herrera, son hijas naturales del señor Carlos Martín Gómez, quien falleció el día siete de enero de mil novecientos cuarenta y seis, en el Municipio de Bogotá.

"Segundo.—Que, en consecuencia, las personas a quienes se refiere la anterior declaración de filiación natural, tienen todos los derechos patrimoniales y de otro orden que por disposición de la ley van anexas a dicho estado civil, respecto del mencionado señor Carlos Martín Gómez o de su sucesión. Y

"Tercero.—No se hace condenación en costas".

Surtido el trámite correspondiente al recurso de casación interpuesto por el demandado, se procede ahora a proferir sentencia.

Se invoca la causal 1ª establecida por el artículo 520 del Código Judicial 'por error de hecho evidente en la apreciación de los autos, y por errónea interpretación y violación directa de la ley" —dice la demanda—.

Primer cargo

El cargo aducido por error de hecho evidente se concreta a sostener que el Tribunal desestimó los términos de la demanda al considerar la acción incoada como de naturaleza personalísima, que no conlleva necesariamente interés patrimonial, de la que es sujeto pasivo el heredero, personalmente, en virtud de los vínculos de la sangre, y no la herencia como universalidad de bienes, cuando la intención del libelo y el querer de los demandantes aparece claro en el sentido de demandar a la sucesión ilíquida de su presunto padre Carlos Martín Gómez para que mediante declaración de ser sus hijos naturales se les reconociera derecho de participar en la respectiva herencia, y citaron al juicio al señor Alejandro Martín, "por el interés que le supusieron en esa sucesión, para que se le obligara a compartirla con ellas" —dice el recurrente—. Y de ahí deduce que en realidad se demandó al acervo herencial del señor Carlos Martín Gómez, representado ese acervo por el señor Alejandro Martín Trujillo.

Se detiene en seguida a examinar el texto de la demanda cuando se encamina a que "con citación y audiencia del señor Alejandro Martín Trujillo.....como único representante de la sucesión ilíquida del señor Carlos Martín Gómez, a la cual señalo como parte demandada"; y cuando solicita como segunda declaración que, en consecuencia, las personas a quienes se refiere el pe-

dimento sobre filiación natural, "tienen todos los derechos patrimoniales y de otro orden que por disposición de la ley van anexas a dicho estado civil, respecto del mencionado señor Carlos Martín Gómez o de su sucesión".

Y concluye el recurrente esta acusación así:

"Es patente o de toda evidencia, el error de hecho que cometió el Tribunal en la estimación de la demanda del juicio o al desestimar sus términos por una y otra razón, cuando sostuvo en el fallo que la demandada no fue la sucesión ilíquida del señor Carlos Martín Gómez, representada por su único heredero Alejandro Martín Trujillo, sino que el demandado fue éste, personalmente, aunque en su calidad de heredero y continuador de la persona de aquél; y al sostener que en la contienda se debatían no más la simple acción de estado de la filiación natural de las demandantes, y no también una acción patrimonial de petición general de herencia. Con ese error de hecho evidente el Tribunal quebrantó los artículos 1.008, 1.013, 1.282, 1.290, 1.298 y 1.299 del Código Civil y el artículo 4º de la ley 45 de 1936".

Se considera:

A fin de esclarecer la naturaleza jurídica de la acción comprobatoria del carácter de hijo natural, parece conveniente el examen de postulados previos que conducen a la solución del problema debatido.

En la humanidad existe la tendencia natural a perpetuarse en la prole, por lo que el matrimonio legítimo constituye la base insustituible, no sólo para la organización de la familia en la vida civilizada de los pueblos, sino también como soporte primordial del régimen hereditario.

En el derecho moderno, como sucedía ya en las antiguas civilizaciones, se parte de bases seguras para la determinación de la paternidad dentro de la familia legítima, lo cual destaca la importancia de la institución matrimonial; pues si la maternidad es susceptible de prueba directa en razón de que su presencia se exterioriza por signos varios y se revela en el nacimiento, la paternidad, por el contrario, es de naturaleza esotérica.

Construída la norma invariable acerca de los períodos máximo y mínimo de la gestación y consagrado el matrimonio como institución social, dos presunciones entran en juego:

a)—La primera, de carácter concluyente—**juris et de jure**— según la cual la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, y desde la media noche en que principie el día del nacimiento (art. 92 C. C.) y

b)—La segunda simplemente legal —**juris tantum**— en el sentido de que el matrimonio revela la paternidad **"pater is est quem nuptiae demonstrant"**. (arts. 213 y 214 C. C.).

Y si el padre, expresa o tácitamente, reconoce como suyo al hijo nacido durante el matrimonio, entonces, la presunción de paternidad cobra fuerza concluyente, en cuanto ya ninguna persona está admitida a la demostración contraria. Mas si el padre no ha hecho ese reconocimiento, tanto él como las personas con interés actual en ello están facultadas para impugnar la paternidad, pero no más que dentro del ámbito circunscrito que por motivos de orden público está señalado en la regulación jurídica al respecto.

Establecida la natural preeminencia de la familia legítima, existe sin embargo la necesidad de contemplar la procreación extramatrimonial, que se presenta como hecho sociológico a través de todos los tiempos y que exige también regulación jurídica, en acatamiento a los principios supremos de justicia y equidad.

Entonces el régimen legal se endereza a encontrar la certidumbre de la filiación y, en cuanto al padre, por medios que puedan reemplazar satisfactoria y razonablemente la presunción **"pater is est quem nuptiae demostrant"**.

Tanto la paternidad legítima como la paternidad natural fundan un estado civil, con todos sus atributos y consecuencias así en el campo extrapatrimonial como en el campo estrictamente patrimonial. Y está en la índole misma de la cuestión, que el estado civil se configure como el imponderable eficiente de donde dimanan todos los efectos que la organización jurídica reconoce.

Corresponde así el estado civil a una cualidad inalienable del ser, que por su naturaleza no es susceptible de precio en el mercado, por comparación con otra clase de bienes. No es objeto posible de transacción alguna, ni cabe nunca ser renunciado.

Muerto el supuesto padre, surge pues ante todo la necesidad de establecer si en el juicio incoado por el pretenso hijo natural se discute primaria y principalmente una cuestión de contenido patrimonial exclusivo, susceptible de equivalencia pecuniaria, o si el asunto por su propia esencia obedece fundamentalmente a cuestiones

imponderables, anexas al orden público primario de la sociedad, y que sólo por vía de consecuencia están en capacidad de proyectarse al campo económico, por cuanto el estado civil comporta atributos patrimoniales.

Los hechos constitutivos de la filiación dependen del cumplimiento de leyes que convienen a la naturaleza humana, la cual no varía por efecto de lo que en concreto sean las reglas positivas de la legislación. Esto demuestra que una vez realizados tales hechos constitutivos de la filiación, se colocan por encima del querer humano y se imponen a la voluntad del legislador, apenas llamado, como entre nosotros sucede, a regular sus efectos sobre la base de determinados presupuestos. Si están comprobados, la resolución judicial que califica los medios y los halla concluyentes, se limita en sustancia a declarar lo que ya existía. No lo declarará en el caso contrario.

O sea, que la acción de estado civil es fundamentalmente declarativa, aunque de allí emanen consecuencias de orden vario, que son los efectos propios del mismo estado.

Si la acción de paternidad es, pues, declarativa si se apoya en hechos de parentesco natural que dependen, no de creaciones artificiales, sino de motivos atinentes a la existencia de la sociedad; si todo ello no hace relación directa e inmediata a la materialidad concreta del patrimonio o de la herencia, es el caso de admitir que la filiación y el estado consecuencial están en primer término y sirven precisamente de causa y fundamento al derecho hereditario.

Dentro de esta prelación se encuentra ante todo la necesidad de establecer el estado civil, de contenido imponderable, y sólo después el derecho hereditario, en sentido estricto, de contenido puramente material.

Y así, cuando se busca acreditar el estado civil de hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posición jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia. No porque en nuestro derecho exista la categoría del heredero necesario, sino porque ya consumados los hechos de donde arranca la filiación natural, escapan a la voluntad de los hombres, como escapa también a la voluntad humana el parentesco de la sangre y la consecuencial vocación hereditaria dentro de nuestro régimen jurídico.

Esta es precisamente la situación de necesidad en que se encuentra el continuador legal por la sangre del padre fallecido, ante la acción del pretenso hijo natural que demanda su estado civil, por más que se trate de heredero voluntario y, por lo mismo, libre para aceptar o repudiar la herencia, considerada puramente como universalidad material de bienes. El no haberla aceptado todavía no le despoja ciertamente de los vínculos de la sangre con el difunto, lo cual conlleva la continuación de su personalidad para los efectos extrapatrimoniales; máxime cuando no se trata de derechos sino propiamente de deberes legales fundados en las nociones de familia y parentesco, que se imponen a la voluntad, que no son susceptibles de renuncia, que la muerte misma no puede extinguir, y menos cuando hay intereses superiores, de trascendencia social, allí vinculados.

El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arrancan de normas éticas muy claras, situadas en planos superiores y que imperan sobre el querer del llamado a heredar por la sangre, esto es el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia.

Es tan cierto lo que antecede como que si, en el campo de la filiación legítima, el hijo no acepta la herencia de su padre, no por ello se despoja de su estado civil, ni pierde el parentesco con la familia de su progenitor.

Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil queda encaminarse eficazmente contra el heredero.

En el campo doctrinal hay variedad de opiniones al respecto, principalmente cuando se trata de saber si es viable la acción contra el heredero que repudia la herencia.

En Planiol y Ripert (T. 2º, Nº 921, págs. 724 y 725) se lee:

"Después del fallecimiento del padre puede ejercitarse la acción contra sus herederos; ya que el precepto no establece reserva alguna sobre este punto, debemos aplicar el derecho común. Cierto es que en el trascurso de los traba-

jos preparatorios se dijo que la acción es 'personal' en cuanto se refiere al demandado y que no puede ser iniciada después de su muerte; pero esa opinión debe ser considerada como personal para su titular puesto que fue replicado por varios oradores en el debate en el Senado. En lo que sí hay unanimidad entre los comentaristas de la ley es en cuanto a decidir que la acción puede ejercitarse contra los herederos después de la muerte del padre. Igual solución ha sido admitida. Pero surgió una gran dificultad cuando todos los herederos del padre han renunciado a su sucesión. Por el carácter extrapatrimonial de la acción no puede ser demandado el curador (administrador legal) de la herencia vacante. Deberá entonces resolverse que la acción queda y que los parientes del padre difunto gozan así de un medio cómodo de separar de su familia a un hijo natural, cuando el padre haya muerto sin recursos? Parece que debe resolverse que la renuncia de los herederos no impide que se les demande cuando se trata de herederos cercanos, tales como descendientes, porque la renuncia de la herencia no rompe los lazos de familia, y puede dejar subsistente el interés de los herederos renunciantes a defender el nombre que llevan o cuando menos la honra de esa familia".

Por su parte Josserand (Cours de Droit Civil Positif Francais —Deuxieme edition— 1932. T. 1º, Nº 1224 B, pág. 641), expresa:

"**Contra quién se ejerce la acción.—En principio,** debe serlo contra el padre, quien juega, en ese evento, el papel de demandado; **después de su muerte,** se admite que puede serlo contra sus **herederos,** por lo menos si ellos aceptan su sucesión; en el caso de que ellos renuncien, se ha sostenido y ello ha sido admitido por algunas jurisdicciones que ellos pueden aún así ser demandados por el hijo, y ello por razón del carácter extrapatrimonial de la acción. Nosotros pensamos más bien que la acción entonces se extingue: un heredero que renuncia en manera alguna representa al difunto".

Por cuanto la ley colombiana es más realista y amplia que la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, es el caso de acoger la doctrina de Planiol y Ripert, con mayor razón en la hipótesis de que el heredero no aparece como renunciante a la herencia, sino que apenas no se ha traído la prueba de su aceptación.

En el caso de autos la demanda se dirigió contra el señor Alejandro Martín Trujillo, como hijo natural del señor Carlos Martín Gómez según escritura pública de reconocimiento, número 4193 de 15 de octubre de 1945, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá; y el primer punto de la parte petitoria se refiere en forma indubitable a la declaración del estado civil de hijos naturales para los integrantes de la parte actora; en tanto que la segunda súplica se expresa en el sentido de "que en consecuencia, las personas a quienes se refiere la anterior declaración de filiación natural, tienen todos los derechos patrimoniales, y de otro orden que por disposición de la ley van anexos a dicho estado civil, respecto del mencionado señor Carlos Martín Gómez o de su sucesión".

Y si aparece que la resolución del Tribunal acogió, como ya lo había hecho el juzgador de primera instancia, esas dos súplicas de la demanda, que distinguen y separan lo principal de lo accesorio en las declaraciones concernientes al estado civil, no alcanza a descubrirse el error, menos aún por modo evidente, en que incidiera la providencia acusada.

Pudo el libelo inicial estar más ceñido a la técnica y decir con toda precisión el carácter del demandado como sujeto pasivo de la litis, en vez de emplear a ese respecto términos demasiado amplios quizás; pero tal deficiencia no llegaba a desvirtuar la naturaleza del juicio ni su contenido, ni ahora en casación demuestra el error de hecho evidente que se alega.

Por lo que no es admisible la acusación.

Segundo cargo

En referencia a la misma causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, invoca el recurrente errónea interpretación de los artículos 1008, 1013 y 1155 del Código Civil, así como también el desconocimiento o violación directa de los artículos 1282, 1289, 1290, 1298 y 1299 ibidem, y 4º de la Ley 45 de 1936.

Alega a este propósito que las acciones de estado civil están fundadas en mero interés patrimonial y que la filiación de los hijos naturales, judicialmente declarada, se ha convertido en vocación hereditaria aun en concurrencia con los hijos legítimos; que por ello puede entenderse que la responsabilidad por tales acciones de filiación natural se trasmite a los herederos, pero que como en Colombia no existe el heredero necesario, la representación pasiva de la heren-

cia como demandada no se tiene por la mera delación, sino cuando el heredero acepta, momento en que ya hay responsable de las obligaciones y acciones contra la herencia. Y concreta en estos términos su pensamiento:

"Así tenemos que el heredero responde de las acciones patrimoniales contra la herencia, porque se ha vinculado a ella aceptándola; y responde de la acción de filiación natural, por la paternidad que se impute al causante, pero sólo por el interés patrimonial hereditario que determina esa acción de filiación".

Conceptúa que la acción de puro estado civil se indentifica con la paternidad misma, que es de naturaleza personalísima frente al padre, como único y exclusivo responsable de los hechos en que se funda, y puesto que estima absurdo pretender que los herederos asuman esa responsabilidad.

De todo lo cual desprende que como el señor Alejandro Martín Trujillo no ha recogido ni aceptado herencia alguna de su padre, no puede ser sujeto de la acción sobre que versa el presente juicio.

Se considera:

Si el estado civil de las personas se limitara exclusivamente al contenido pragmático enunciado en la demanda de casación, podría hallarse que en cualquier caso antes de aceptar la herencia el heredero no es sujeto pasivo de la acción encaminada a comprobar la filiación natural con respecto al causante. Pero como según quedó visto en el estudio del primer cargo, hay antes que todo en el estado civil elementos de orden imponderable en que la sociedad se halla interesada; que sólo por vía de consecuencia de allí arrancan las proyecciones económicas que el mismo estado civil comporta, y que ello no proviene de creaciones artificiales sino que se desprende de la naturaleza misma de las cosas, basta lo expuesto para esclarecer que la segunda acusación tampoco puede prosperar.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que ha sido objeto del recurso

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra. Con salvamento de voto, José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE J. GOMEZ R.

Debo salvar el voto en este negocio apartándome del concepto de mis ilustrados y respetados colegas, debido a que sigo considerando que no subsiste la acción de filiación muerto el presunto padre. Me abstengo de exponer razones, por ser ellas muy conocidas y constar en los fallos de la Corporación, correspondientes a la doctrina anterior, o sea la de que con la muerte del padre caduca la acción.

Ya dentro de la jurisprudencia actual, me parecen lógicas las conclusiones del interesante fallo, cuya doctrina se pronuncia por la primera vez, fallo que yo votaría, si compartiera la tesis de fondo de la sentencia.

Quiero, sin embargo, hacer algunas consideraciones en torno al ejercicio de la acción, después del fallecimiento del presunto progenitor.

La indefinida duración de la acción, esto es, la supervivencia de la misma, como es de conocimiento público, no ha logrado el rescate de su naturalidad a la inmensa población colombiana que carece de filiación reconocida, porque del derecho a investigarla no ha hecho uso sino un ínfimo porcentaje que no llega al dos por mil. Pero, en cambio ello ha estimulado no pocos fraudes para fingir hijos naturales donde no hay sino herencias cuantiosas. No es comparable el bien conseguido con la acción imprescriptible, con el mal acarreado a los fueros de la verdad y de la justicia. Es preferible compeler al ejercicio de la acción, en vida del presunto padre, que alargarlo para después de sus días. Lo primero es organización en bien de la familia legítima y natural; orden social que busca la definición de los problemas, así patrimoniales como extrapatrimoniales, en plazos fijos; lealtad en la lucha entre el hijo que reclama legítimamente un derecho y quien personalmente dió o no dió origen a ese derecho. Lo demás es desorganización, desbarajuste, caos, debido a la presencia indefinida de los problemas tocantes a la filiación natural, a la investigación de la paternidad, de esta suerte encomendados, al tiempo, con toda su secuela de graves inconvenientes, cuando por su propia naturaleza y su fin (definir un estado civil), muerto el presunto padre, el transcurso de treinta, cincuenta o más años, pone en dificultades serias a quien impetra el reconocimiento judicial de su naturalidad, para probar los hechos en que la funda, sobre todo si son: violación, rapto, seducción y relaciones estables y notorias en el tiempo de la concepción solamente o poco más; y a los sucesores del supuesto padre para contradecir la pretensión, con mucha frecuencia basada en una prueba falsa. Ese largo tiempo mata los recuerdos, borra los hechos, debilita o aniquila la posibilidad de hacer lucir la verdad, y todo ello estimula, por lo mismo, los procesos de los hijos nacidos de la necesidad de una fortuna.

No es menester, para hacer justicia, consagrar acciones poco menos que perdurables. Ni fermentar su ejercicio en caldos de confusión y de apetitos que no conducen sino al dolo. Jamás se dijo que se niega un derecho porque la ley le marca tiempo a la acción que lo protege. La prescripción, con su sentido histórico, universal y perpetuo, vive contando a los derechos y a las acciones los días de su duración. Eso es disciplina, equilibrio, equidad, orden social, sucesivo y permanente corte de cuentas entre los hombres, para llevar tranquilidad a los espíritus y seguridad a los patrimonios. A más de esto, en el caso de la investigación de la paternidad natural, se mezcla un factor importantísimo, cual es el carácter propio y personal del hecho de la paternidad, que sólo habilita al padre, a su autor, para responder eficazmente, con conocimiento de causa.

Nuestra ley 45 de 1936 copió de la ley francesa de 12 de noviembre de 1912, y lo que no copió fue porque lo reformó tratando de expedir una ley mejor. Dicha ley reclama algunas reformas y aclaraciones que la hagan más justa, más justa para los hijos naturales y más justa para los presuntos padres, y más adecuada a un medio como el nuestro, en que al hijo no le importa el reconocimiento legal de su naturalidad, ni en vida del padre ni muerto el padre, porque —repito— el porcentaje de demandas de filiación no alcanza al dos por mil en la enorme masa humana nuestra nacida fuera de la unión conyugal. Fallecido el padre importa sí a quienes se han es-

pecializado en esta llamada "industria de los hijos naturales".

La organización de la acción en vida del padre obligaría a las madres, primero, y después a los hijos, a pensar en que tienen un instrumento eficaz, de múltiples proyecciones, que deben hacer valer oportunamente: obligaría también a los hombres a ver que una mayor responsabilidad gravita sobre ellos, sabedores de que no será después de su muerte cuando se trate de investigar en su conducta todo lo relacionado con los hijos habidos fuera de matrimonio. En estas materias, como en ninguna otra, no son los extremos en donde se asienta lo justo. Ni la negación de la acción de investigación, como antes sucedía en Francia y en Colombia y sucede hoy en Rusia, ni la vigencia perpetua de la misma, ejercitable contra el padre y contra sus sucesores, sin límite en el tiempo.

No considero fuera de lugar hacer una referencia al proyecto que acaba de formular la Comisión Revisora del Código Civil sobre el ejercicio de la acción de que se trata. Dice así:

"(Para subrogar los artículos 10 y 12 de la ley 45 de 1936):

"La acción de investigación de la paternidad natural está sometida a las siguientes reglas:

"1ª El hijo, por medio de su representante legal, podrá ejercerla dentro de los cinco años siguientes a su nacimiento, a menos que el concubinato haya continuado, o el pretenso padre esté atendiendo al sostenimiento o educación del hijo. En estos casos el término se contará a partir de la cesación del concubinato o del sostenimiento o educación del hijo.

"2ª Cuando la acción no se ejerza dentro del término señalado en la regla anterior, podrá serlo directamente por el hijo o por su representante legal, si fuere incapaz, dentro de los dos años siguientes a la mayor edad.

"3ª La acción debe ejercerse en vida del padre, a menos que el hijo haya nacido después de su muerte, y que el fallecimiento haya ocurrido antes de cumplirse el término de que trata la regla primera, en cuyos casos podrá dirigirse contra los herederos, hasta la expiración de dicho término.

"Los herederos representan al padre que fallece después de notificada la demanda.

"4ª Cuando el juicio se promueva contra los herederos, la acción se adelantará con emplazamiento de quienes se crean con derecho a intervenir en él; y

"5ª Los términos aquí señalados son de caducidad; y los fallos que en estos juicios se pronuncien tienen siempre efectos respecto de todos".

La regla primera señala un primer término (los cinco años siguientes al nacimiento); pero, como sería contraria a la naturaleza de los sentimientos humanos, que se ejerciera pendientes las relaciones entre los padres o hallándose el padre atendiendo o educando al hijo, dicho lapso no corre sino después de concluídas las relaciones o los cuidados del padre.

La segunda conserva la acción a favor del hijo mayor, durante dos años, si la madre o su representante legal no la ejercieron en el primer período.

La tercera hace sobrevivir la acción cuando el hijo nace después de la muerte del padre o ésta sobreviene durante el primer período, o ya notificada al padre la demanda.

La cuarta consagra el sistema de emplazamientos para cuando la acción se dirija contra los herederos, y según la quinta, toda sentencia que declare una paternidad natural producirá efectos **erga omnes.**

Parece que con una enmienda como la expresada, se lograría un estatuto más equitativo para todos.

José J. Gómez R.

Bogotá, julio 7 de de 1954.

LO RELACIONADO CON LA CONDENACION EN COSTAS EN LAS INSTANCIAS NO PUEDE SER MATERIA DEL RECURSO DE CASACION

1—El tribunal es soberano en la apreciación de los elementos demostrativos de la buena o mala fe, y para que tal apreciación pueda ser modificada en casación, se requiere que el recurrente alegue y demuestre un manifiesto error de hecho en el fallo o uno determinado y preciso de derecho.

2—La absolución o condena en costas en un fallo de instancia no ha sido admitida por la jurisprudencia de la Corte como materia de casación, según puede verse en numerosos fallos.

3—Cuando por error se sigue por la vía ordinaria un juicio que habría debido adelantarse por una especial, tal cosa no constituye excepción perentoria, porque no elimina o destruye la acción o derecho sustantivo que se trata de hacer efectivo, ni extingue la obligación que, en principio, pueda pesar sobre el demandado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a ocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

Por escritura Nº 340 de 20 de abril de 1934 otorgada en Armenia, Rosendo Buitrago adquirió el predio rural "La Florida" ubicado en ese Municipio.

En mayo de 1935 Marco Antonio Buitrago, hijo de Rosendo tomó la administración de dicho inmueble, con cargo de atender a todos los gastos de la percepción de frutos, cultivos &, y obligándose a pasar la mitad líquida de ellos a su padre. Hasta el día del fallecimiento de éste, el 17 de octubre de 1947, Marco Antonio reconoció a Rosendo como dueño, pero (de ésto se queja la parte actora en el juicio), no le pagó a Rosendo la participación en los frutos, ni le prestó atención alguna como hijo, al extremo de que el propietario de la finca, viejo, enfermo y abandonado, tuvo que recurrir al auxilio que le prestara Belisario, otro de sus hijos en cuya casa murió.

Abierto el juicio de sucesión de Rosendo, la demandante en el pleito de que hoy se trata compró a Leopoldo, José Jesús, Cupertina y Hortensia Buitrago, por escritura 1480 de 7 de octubre de 1948 pasada en la Notaría Primera de Armenia, 386 de mayo 27 de 1949 y 131 de 25 de enero anterior (las dos últimas de la Notaría 3ª de Armenia) los derechos de los cedentes en la referida sucesión.

El 10 de agosto de 1949, la misma demandante, que lo es Vitalina Cardona, se hizo propietaria del mencionado inmueble por remate efectuado en el juicio de sucesión de Rosendo.

Pero como Marco Antonio retuviera dicho bien, desconociendo sus obligaciones contractuales con el causante, los interesados, antes de aquel remate, pidieron al Juez que ordenara la entrega de él al albacea y, al practicarse la diligencia, el detentador se opuso con éxito alegando que se le debían varias mejoras que, según lo sostenido por los herederos y luego por la cesionaria, no las había puesto Marco Antonio a sus expensas, sino que varias ya existían y otras habían sido puestas con los frutos que correspondían al causante y con dineros tomados a nombre de él a título de préstamo en la Caja de Crédito Agrario en Armenia. La diligencia a que se alude se practicó el 14 de febrero de 1948.

Sobre estas bases, que son la síntesis de los hechos fundamentales de la demanda, la rematante del inmueble, Vitalina Cardona, inició este juicio ordinario contra Marco Antonio Buitrago en persecución de las siguientes declaraciones:

"a) Que el señor Marco Antonio Buitrago está en la obligación de restituír el inmueble rural especificado y alinderado al numeral segundo de la parte motiva, con todas sus mejoras y anexidades, etc. etc., y previo pago o garantía del precio de las mejoras que el demandado demuestre haber plantado a sus propias expensas, y siempre que con ellas no se hubieren destruído otras mejoras necesarias o útiles existentes con anterioridad en el fundo.

"b) Que el demandado debe restituír a mi mandante el producido total de los frutos civiles y naturales del inmueble percibidos o que se perciban hasta el momento de la restitución y a

partir de la fecha de la muerte de Rosendo Buitrago, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, y todo esto, previo pago al demandado de los salarios que se le adeudaren conforme a la ley o la costumbre, por la administración oficiosa del inmueble en el lapso referido;

"c) Que el demandado debe pagar a mi mandante los perjuicios que le hubiere ocasionado con el establecimiento de mejoras antieconómicas, pues el destino del inmueble era la producción de una simple renta de familia; o que hubiesen sido puestas mediante la destrucción previa de otras mejoras ya existentes, o de rastrojos o barbechos, montes de guadua, etc. etc., necesarios para la misma conservación de la tierra, para evitar su erosión, para amortiguar el golpe de los vientos, para beneficiar las labores y cultivos, ya que se trata de una pequeña parcela agrícola, que dentro de la economía regional, requiere fuera de las sementeras de producción estable, espacio de terreno suficiente para el establecimiento de sementeras de pan coger, pequeña extensión en pastos para las aves de corral y el mantenimiento del ganado que suministre la leche a la familia, lo mismo que del necesario para el acarreo de los frutos, etc. etc.".

El Juez de primera instancia falló así:

"1º—No se declaran probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda".

"2º—Es de la exclusiva propiedad de la demandante señorita Vitalina Cardona, el inmueble rural al cual hace referencia el numeral segundo del libelo de demanda, predio que se halla en posesión del señor Marco Antonio Buitrago, quien está en la obligación de entregarlo o restituír a la demandante, entrega que está condicionada al pago de las mejoras que la actora debe pagar al demandado.

"3º—La demandante está en la obligación de pagar todas las mejoras al demandado, regulación que se hará de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 95 de 1890, y el demandado el valor de los frutos naturales y civiles, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del C. Judicial.

"4º—No se accede a las demás peticiones formuladas.

"5º—Sin costas".

Surtida la apelación de esta providencia, el Tribunal Superior decidió el pleito así:

"Primero.—No están probadas las excepciones propuestas.

"Segundo.—Condénase a Marco Antonio Buitrago, a restituír a la señorita Vitalina Cardona o a quien sus derechos represente, dentro del término legal, el bien raíz particularizado en el hecho Segundo de la demanda y en otros elementos venidos al expediente, con todas sus anexidades, usos y costumbres.

"Tercero.—Condénase igualmente al citado Marco Antonio Buitrago, a pagar a favor de la expresada Vitalina Cardona o a quien sus derechos represente, el valor de los frutos naturales y civiles producidos por las mejoras encontradas por aquél cuando tomó en tenencia el inmueble ameritado, frutos que pagará desde la contestación de la demanda y que se regularán en la forma y términos ordenados por el artículo 553 del C. Judicial y con las bases establecidas en la parte motiva de esta providencia.

"Cuarto.—Condénase a la señorita Vitalina Cardona a pagar al demandado Marco Antonio Buitrago la suma de **dos mil quinientos setenta y seis pesos** ($ 2.576.00) m/cte. por concepto de las mejoras plantadas por éste en la finca materia de la demanda y que fueron debidamente determinadas y avaluadas según queda expresado en la parte motiva de este fallo.

"Quinto.—El valor de los cafetos y casa de habitación etc. de que habla la misma parte motiva y que no pudieron determinarse justipreciarse debidamente en el juicio, será cubierto también por la demandante, en favor del demandado, previa su determinación y liquidación en armonía con lo dispuesto por el art. 10 de la Ley 95 de 1.890 y en la forma y términos claramente especificado en la parte motiva, como ya se dijo.

"Sexto.—Tanto respecto de las mejoras de que habla el aparte Cuarto como las del aparte Quinto, el demandado conserva el derecho de retención hasta que se le pague su valor o se le asegure su importe, a satisfacción".

"Séptimo.—Sin costas".

Demandante y demandado interpusieron el recurso de casación que la Corte considera y decide en la siguiente forma.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE. CAUSAL SEGUNDA. — CAPITULO UNICO.

Se invoca aquí la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, con la alegación de que el fallo recurrido dejó de considerar y decidir una petición de la demanda: la de condena a pagar perjuicios por el establecimiento de unas mejoras antieconómicas e innecesarias, con destruc-

ción de otras que existían, esas sí útiles e indispensables.

Pero ocurre que la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia se pronunció sobre cinco cuestiones distinguidas con los numerales 1º a 5º. La demandante apeló de ese fallo, pero contrayendo el recurso a lo decidido en los numerales 3º y 5º, sin preocuparse del 4º en el que el Juez denegó las demás peticiones formuladas, entre las cuales se contaba la petición en referencia.

El Tribunal dijo:

"....administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, revoca la sentencia apelada....en sus numerales 2º y 3º y confirmándola **en lo demás**, para mejor claridad de este fallo, resuelve:.... "lo transcrito atrás.

En tal virtud, el fallo recurrido no dejó por fuera la cuestión contemplada en el cargo que se examina, qué resulta infundado porque no existe la incongruencia alegada.

CAUSAL PRIMERA. — Art. 520 del C. J.

Primer cargo:

La demandante recurrente acusa también el fallo del Tribunal por violación de los artículos 593, 604, 606, 608, 632, 693 y 697 del Código Judicial, por falta de apreciación de pruebas referentes a algunas mejoras que se estimaron puestas por el demandado y que la demandante debía pagar, concepto éste equivocado por falta de apreciación de los aludidos elementos probatorios, todo lo cual se tradujo en violación, por no haberse aplicado, del estatuto contenido en la ley 100 de 1944, cuyos artículos 4º y 5º regulan lo referente a mejoras en el contrato de aparcería, que era la relación jurídica entre Rosendo Buitrago y su hijo Marco Antonio.

Bien sabido es que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Siendo esto así, y habiéndose perfeccionado el contrato entre los Buitragos (padre e hijo) en mayo de 1935, no podían considerarse incorporadas en él las disposiciones sustantivas de la ley 100 de 1944, que entró a regir el día de su promulgación: 6 de febrero de 1945, es decir, diez años después de celebrado el negocio en referencia, circunstancia que patentiza la ineptitud del cargo, que ahora se contempla, porque la referida ley no tenía ni tiene por qué ser aplicada en este asunto.

Segundo cargo.

Como segunda acusación contra el fallo de segunda instancia, en lo relativo a la causal primera del art. 520 del Código Judicial, la parte demandante recurrente, dice:

"El Tribunal, por haber incurrido en error de derecho en la apreciación del acervo probatorio traído a los autos, condenó a la actora al pago de mejoras, violando así por falta de aplicación la ley 100 de 1944".

Transcribe en seguida el pasaje del fallo que reza:

"Es un hecho evidente, comprobado abundantemente en el juicio, inclusive con su propia confesión, que el señor Marco A. Buitrago ha venido ocupando desde el año de 1935, mes de mayo, el predio especificado en el libelo de demanda; lo es igualmente que al ocuparlo no lo hizo en virtud de un contrato de aparcería, arrendamiento o administración, sino como mero tenedor, reconociendo de parte suya el derecho de propiedad en persona ajena, pues nunca ha declarado que el inmueble le sea propio con derecho de dominio y auncuando al contestar el traslado de la demanda dijo, por medio de apoderado, lo mismo que en posiciones absueltas, que tal inmueble lo había recibido con carácter de administrador **nada se hizo probatoriamente para demostrar esta administración,** razón que obliga desde luégo a descartar en su apreciación esta figura jurídica; es cierto también que la ocupación por parte de Marco A. Buitrago lo fue con pleno conocimiento del señor Rosendo Buitrago y de sus causahabientes, propietario del bien cuando entró a ocuparlo aquél, quien construyó y edificó y mejoró el inmueble a ciencia y paciencia del dueño y de sus herederos, mejoras que consistieron en arreglos de una casa vieja, construcción de una nueva, implantación de café, plátano etc etc".

El recurrente ataca el concepto del Tribunal de que el demandado no era administrador ni aparcero de la finca, sino tenedor u ocupante con asentimiento del dueño Rosendo Buitrago. Que el contrato de aparcería aparece acreditado con la confesión en posiciones absueltas por Marco Antonio y con las declaraciones de varios testigos..

Desde la demanda inicial del juicio hasta la de casación, la actora en el litigio ha sostenido siempre que se trata de contrato de aparcería, que implica simple tenencia, como simple tenencia es la del administrador, o la del ocupante

con o sin asentimiento del dueño, no desconociéndole a éste su calidad de propietario; de manera que en cualquiera de esos casos hay mera tenencia.

Esto es verdad, pero la demandante recurrente no quiere salirse del círculo estrecho de la aparcería, en su empecinamiento de acusar también el fallo recurrido por violación de los artículos 1º, 4º, 5º y 6º de la Ley 100 de 1944, por no haber sido aplicados, olvidando que esas disposiciones no pueden ser reguladoras del contrato celebrado en mayo de 1935 entre Rosendo Buitrago y sus hijo Marco Antonio.

Puede suceder que, como lo sostiene el recurrente, el Tribunal no hubiera apreciado bien las pruebas enderezadas a demostrar la clase de contrato o relación jurídica creada entre los Buitragos (padre e hijo) desde 1935, y que hubiera emitido un concepto, por lo menos confuso, sobre la calidad de aparcero, arrendatario, administrador, ocupante sin ánimo de dueño y simple tenedor, porque en todos ellos concurre el caso de diferentes especies del género tenencia. Esa confusión ha podido conducir al Tribunal al quebrantamiento de alguna norma sustantiva de derecho común sobre prestaciones por mejoras, pero no de la ley 100 de 1944, inaplicable al caso del pleito, por tratarse de un contrato celebrado diez años antes de la vigencia de esa ley.

Como el recurrente no señaló como infringida norma legal alguna sobre la relacionada materia de mejoras, diferente de las contenidas en la ley 100 de 1944, el Cargo no puede prosperar.

Cargo tercero.

Endereza aquí su acusación el recurrente a imputarle al Tribunal "errada apreciación de las pruebas" y "falta de apreciación de algunos elementos procesales", que lo hicieron incurrir en el error de considerar al demandado "como tenedor de buena fe" y concederle los derechos al pago de prestaciones que los artículos 768, 769, 964, 966 y 971 del Código Civil otorgan a los poseedores de buena fe.

Al finalizar el capítulo correspondiente, se concreta el cargo así:

"Por falta de apreciación de las pruebas citadas, y por errónea apreciación de las mismas. en el caso de que la H. Corte considere que sí fueron tomadas en cuenta por el fallador para la calificación de buena fé Error de hecho y de Derecho— el Tribunal violó por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 768, 769, 775, 777,, 964 y 971 del C. Civil, y como consecuencia dejó de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 1602, 1603, 1626, 1627 y 1769 del C. Civil y el estatuto de la Ley 100 de 1944, violaciones que tuvieron incidencia en la parte resolutiva del fallo, al reconocer el carácter o calidad de tenedor de buena fé al demandado para el cumplimiento de las prestaciones civiles de ley. El fallador también violó los preceptos de los artículos 593, 604, 606, 608, 632 y 697 del C. J., y como consecuencia de ello, violó los preceptos sustantivos citados anteriormente".

Todo esto lo apoya el recurrente en contradicciones que le atribuye al demandado: haber reconocido en posiciones y otros actos, que ha sido simple tenedor de la finca y sin embargo en las posiciones rendidas el 19 de julio de 1952 ya se atribuye la calidad de dueño, desconociendo todo dominio de la actora "Como rematadora del inmueble" y como adquirente de derechos herenciales en la sucesión de Rosendo Buitrago; haber dicho que nunca se había ausentado de Armenia desde 1934 y obrar la prueba de que en dos ocasiones estuvo asilado en Sibaté; haber confesado que a la muerte de su padre se hallaba a paz y salvo con él, y sin embargo se ha resistido a restituír la finca; haber desconocido el hecho de que no podía poner mejoras estables de conformidad con la ley 100 de 1944, y reclamar en este juicio pretendidas mejoras de tal clase.

Aún aceptando que todo esto fuera así, no se ha alegado un manifiesto error de hecho ni determinado y preciso error de derecho en el fallo recurrido; siendo de advertir, por una parte, que el Tribunal es soberano en la apreciación de los elementos demostrativos de la buena o mala fe, que la buena fe se presume, y que, particularmente en el presente caso la buena fe inicial en la tenencia y administración del inmueble se acredita con el asentimiento del propio dueño al celebrar el contrato (sea el que fuere) en 1935, y la tenencia posterior al fallecimiento del propietario, ha venido amparada con la providencia que en el juicio de sucesión de Rosendo Buitrago le reconoció a Marco Antonio el derecho de retención como acreedor del valor de mejoras (diligencia de 14 de febrero de 1948, muy anterior a la fecha del remate que le dió a la actora la propiedad de la finca: agosto 10 de 1949).

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que el Cargo que se estudia carece de fundamento.

Cargo cuarto.

Dice el recurrente:

"El fallador condenó al demandado al pago de los frutos civiles y naturales, como tenedor de Buena Fe, pero apenas a partir de la contestación de la demanda, y a los procedentes de las mejoras encontradas por el demandado "cuando tomó la tenencia del inmueble ameritado". Esta resolución errada llevó al fallador a violar la ley, como lo veremos en seguida".

Y desarrolla el cargo combatiendo el siguiente pasaje de la parte motiva de la sentencia recurrida:

"Como el inciso 1º del artículo cuestionado (art. 739 del C. Civil) habla de las prestaciones o indemnizaciones a que está obligado quien haya plantado, edificado o sembrado en suelo ajeno sin el conocimiento, y desde luego se entiende sin el consentimiento del dueño del terreno, que son las mismas definidas en el título de la reivindicación sobre prestaciones mutuas para los poseedores de buena o mala fé; los frutos civiles o naturales **que no está obligado a pagar** quien se halle incluído en el inciso segundo que se estudia, son **aquellos producidos por el edificio,** plantación o sementera, hechos o cultivados por el tenedor u ocupante, **pero no está eximido** y por lo tanto está obligado al pago de aquellos frutos civiles o naturales que haya producido el bien ocupado en **aquella parte** que no ha sido materia de la nueva edificación, plantación o sementera de que es dueño el tenedor u ocupante. Por estos motivos si el señor Marco Antonio Buitrago no tiene que pagar frutos civiles por aquella parte que él edificó o construyó, sí en cambio tiene que pagarlos por aquella parte representada en las mejoras viejas o que encontró en mayo de 1935, en el predio motivo de esta acción restitutoria de recobro....".

Y continúa el recurrente:

"Según el fallador, Marco Antonio Buitrago, en el caso de que prospere la acción por él fallada, y en la forma por él fallada, **tendrá que pagar** frutos civiles y naturales, sobre la parte del inmueble que en 1935 encontró debidamente mejorada y edificada; pero en la parte del inmueble en donde él hubiese puesto edificaciones o sementeras no tiene que pagar frutos civiles. Obsérvese que nada dijo el fallador sobre frutos naturales en esta parte".

El Tribunal no desacertó al no condenar sobre frutos naturales en la parte ocupada por las mejoras que plantó el demandado, porque como tales mejoras se estiman de propiedad del plantador, mientras no se le paguen, los frutos naturales de tales mejoras son de él; y en cuanto a frutos civiles de la porción de tierra ocupada por dichas mejoras, tampoco cabía condena porque ella equivaldría a cobrarle el fruto de las mejoras mismas.

A la inversa, y con el mismo criterio acertado, el Tribunal dice que el tenedor u ocupante "No está eximido, y por tanto está obligado al pago de aquellos frutos **civiles** o **naturales** que haya producido el bien ocupado en aquella parte que no ha sido materia de la nueva edificación, plantación o sementera de que es dueño el tenedor u ocupante", lo cual favorece a la demandante.

Por lo tanto, no ve la Corte que el Tribunal haya infringido los artículos 656, 659, 713 a 719 "exclusive" del Código Civil, que el recurrente señala como violados. En tal virtud, este cargo tampoco puede prosperar.

Ultimo cargo.

Se acusa en este capítulo el fallo del Tribunal como violatorio del artículo 2º del Decreto-Ley Nº 243 de 1951, por falta de aplicación, y que, según el recurrente imponía la condena en costas, de cuyo pago fue absuelto el demandado apelante de la sentencia de primera instancia.

Para desechar este cargo basta observar que la absolución o condena en costas en un fallo de instancia no ha sido admitida como materia de casación, como puede verse, con suficientes razones sobre el particular en muchos fallos de la Corte, como los de agosto 19 de 1935 (Gaceta Judicial Nº 1901 pág. 457), febrero 15 de 1940 (G. J. Nº 1953 pág. 104); julio 18 de 1941 (G. J. Nº 1975, pág. 816), marzo 4 de 1949 (G. J. 2070 pág. 599 a); julio 22 de 1940 (G. J. Nº 1957, página 541) etc.

RECURSO DEL DEMANDADO

Cargos:

a) Se acusa la sentencia por la causal 2ª del art. 520 del C. J., por haberse abstenido el Tribunal de fallar sobre pago de salarios al demandado por la administración **oficiosa** del inmueble después de la muerte del dueño Rosendo Buitrago.

El recurrente se apoya en lo expresado por la demandante en la solicitud distinguida con la letra b) de la parte petitoria de la demanda, pe-

ro, de un lado el Juez se pronunció sobre todas las peticiones en referencia y en la parte final declaró en términos generales que "no se accede a las demás peticiones formuladas", decisión que no fue revocada por el Tribunal.

Por otra parte, la actora no reconoció que se adeudaran salarios al demandado sino que convenía en el "pago al demandado de los salarios que se le adeudarem conforme a la ley o a la costumbre, por la administración oficiosa del inmueble"; y conforme al art. 2308 del Código Civil, en la agencia oficiosa no hay obligación de pagar salario alguno al gerente.

La demandante no habló de posibilidad de pagar salario por el mandato que el recurrente supone conferido por Rosendo a Marco Antonio, relación jurídica que habría terminado con la muerte del primero, sino por la administración oficiosa posterior; pero la demandante no declaró que al demandado se le adeudaban salarios, sino que estaba dispuesta a que se pagaran los que se adeudaren conforme a la ley o la costumbre, cosa distinta.

b) Se acusa también el fallo por violación directa del art. 26 de la constitución, que llevó al Tribunal a trangredir los artículos 195 del Código Judicial. Se hace consistir el cargo en que el artículo 26 de que se trata estatuye que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias de cada juicio, y como en esta controversia se persigue la restitución de cosa que está en poder del demandado en virtud del derecho de retención, ha debido seguirse el procedimiento especial indicado en al artículo 1.115 del C. J. y no el ordinario.

Es verdad que conforme al régimen procesal del Código de 1931, cuando a un asunto se le ha señalado en la ley un trámite especial, debe acudirse a éste y no al ordinario; pero como la demandante afirmó que Marco Antonio Buitrago había asumido la calidad de poseedor después del fallecimiento de Rosendo, y por otro lado en el pleito no se trataba únicamente de la restitución de la finca, sino también de apreciación y condena por frutos, pago de mejoras destruídas &, la demandante propuso el juicio ordinario que sí era procedente para discutir y decidir todas esas cosas, y en este juicio sí se llenaron todas las formas propias de él.

c) Violación del art. 343 del Código Judicial que le ordena al juez resolver sobre toda excepción perentoria que encuentre probada (salvo la de prescripción) aunque no se haya dejado. Y el recurrente considera que es de tal calidad el hecho de haberse adoptado un procedimiento que no era el que debía seguirse.

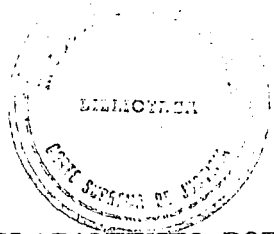
La Corte considera que, aún suponiendo inadecuado el procedimiento de juicio ordinario que se siguió eso no implica excepción perentoria porque no elimina o destruye la acción o derecho sustantivo que se trata de hacer efectivo, ni extingue la obligación que, en principio pueda pesar sobre el demandado.

Por otra parte, ya se vió, al examinarse el Cargo anterior, que en el juicio ordinario propuesto no era inadecuado.

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 recurrida proferida por el Tribunal Superior de Pereira, con fecha 10 de septiembre de 1952, en el juicio ordinario seguido por Vitalina Cardona contra Marco Antonio Buitrago. No se hace condenación en costas del recurso.

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

Luis Felipe Latorre U. — Alfonso Márquez Páez. — Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Srio.



NO HAY NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO PORQUE UN FALLO NO SE NOTIFIQUE O SU NOTIFICACION SEA IRREGULAR

Nada tiene que ver el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial con la notificación de un fallo. Tal disposición dice que constituye nulidad procesal "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", y se refiere, v. gr. a la ausencia del llamamiento o cita que inicialmente debe hacerse a los demandados para que pueda trabarse la LITIS CONTESTATIO; a la falta de citación para sentencia de remate, cuando éste debe hacerse; a la no notificación de los títulos a los herederos cuando se adelante una ejecución después de la muerte del deudor, etc. Ocurre también esta causal en los juicios de jurisdicción voluntaria si se prescinde de llamar a los interesados y demás personas que, como los agentes del Ministerio Público, parientes, etc. deben comparecer a él cuando la ley lo determine.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá a ocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia fechada el tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, confirmó la de primera instancia, del Juez de Circuito de La Palma, por medio de la cual éste funcionario había declarado no probadas las objeciones propuestas por Octavio Real contra la partición verificada en el juicio sucesorio de Librada Real v. de Real y, consecuencialmente, había decretado la aprobación de ese trabajo de liquidación y reparto herencial.

El fundamento de la sentencia confirmativa estriba en que las dos bases de las objeciones (haberse incluído en los inventarios sucesorales bienes ajenos a la causante, y haberse omitido la inclusión, en ellos, de otros bienes que sí eran de su propiedad) son motivos extraños a lo que debe ser la materia de ese debate, a la luz de los artículos 1.388, inciso 2º y 1.391 del Código Civil y del artículo 949 del Código Judicial, y en vista de lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema (G. J. tomo XXV, pág. 127). Además, el sentenciador de Bogotá, teniendo en cuenta otro reparo del recurrente, y en oposición a lo que éste le alegó, halla que el auto por medio del cual el juez de la causa le concedió la apelación en referencia no fue prematuro.

Contra este fallo de segundo grado se alzó en casación Octavio Real para sostener, como sostiene por medio de su apoderado, que tal decisión está viciada por el hecho previsto en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, "consistete en que la actuación surtida en este juicio desde el auto de 12 de septiembre de 1952 (f. 7v. c. Nº 2) en adelante es nula, porque se concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia pronunciada el trece de mayo de 1952, por el Juzgado de La Palma ,sin que hubiera sido notificada legalmente, y entonces se han pretermitido las formalidades de los juicios, que son de orden público, y **ha habido falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas interesadas en el juicio, configurándose así la nulidad indicada en el ordinal 3º del artículo 448 del C. J.**" y desconociéndose, de paso, las enseñanzas de los artículos 307, 308, 309 y 322 de la misma obra.

Se considera:

Consta de autos que el día 13 de mayo de 1952, en que se pronunció la sentencia de primera instancia, también dictó el Juez, en otro cuaderno, una providencia por la cual concedió a Octavio Real el recurso de alzada contra lo resuelto en la diligencia de secuestro de bienes herenciales, pedida por Tulia Real v. de Melo, interesada en el juicio; que tal providencia (concesión de recurso) fue notificada por estado, dos días después (15 de mayo); que con nota de 5 de junio siguiente, fue remitido el negocio al Tribunal para que se surtiera la apelación, y que en la Secretaría de éste se recibió el día 16 del mis-

mo mes, (C. 1º, fls. 72v. a 77). Así mismo aparece de autos esto otro: que el catorce de mayo, día siguiente al pronunciamiento de la sentencia de objeciones a la partición, se notificó personalmente de ella al apoderado de Tulia Real v. de Melo; que se fijó edicto notificatorio de tal sentencia el 30 del mismo mes de mayo, por cinco días, el cual fue desfijado el cinco de junio (fecha ésta en que, se recuerda, libróse oficio remisorio al Tribunal para sutir la apelación contra el auto de 13 de mayo); que, entre tanto, el treinta y uno de mayo, el apoderado de Octavio Real interpuso otro recurso de apelación, contra la sentencia sobre objeciones a la partición, haciendo esta reserva: "Le ruego al señor Juez que tenga en cuenta este recurso que ahora interpongo, cuando sea oportuno"; que este memorial pasó a la mesa del Juez el ocho de septiembre siguiente, con el informe secretarial de hallarse ejecutoriado el auto de 28 de agosto, por el cual se dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal en la alzada contra la resolución que el Juez había dictado en la diligencia de secuestro de bienes, y de hallarse debidamente notificada la sentencia aprobatoria de la partición; y, finalmente, que con fecha doce de septiembre el juez concedió a Octavio Real la apelación contra esta sentencia, de 13 de mayo, que, se repite, declaró no probadas las objeciones y aprobó el trabajo de partición.

Volviendo a la causal 6ª de casación, que se estudia, afirma, en resumen, el recurrente, que se surtió la segunda instancia respecto de la mentada sentencia, sin que hubiera notificación legal de ella, ya que el edicto fijado el 30 de mayo para notificarla, carece de valor puesto que para ese entonces ya hallábase ejecutoriado el auto que otorgó la apelación contra lo resuelto en la diligencia de secuestro de bienes, y, por tanto, tal notificación por edicto es nula.

Sobre lo que se observa:

1º—Nada tiene que ver el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial con la notificación irregular o la falta de notificación de un fallo. Tal disposición dice que constituye nulidad procesal "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", y se refiere, v. gr. a la ausencia del llamamiento o cita que inicialmente debe hacerse a los demandados para que pueda trabarse la litis-contestatio; a la falta de citación para sentencia de remate, cuando éste debe hacerse; a la no notificación de los títulos a los herederos cuando se adelante una ejecución después de la muerte del deudor, etc. Ocurre también esa causal en los juicios de jurisdicción voluntaria si se prescinde de llamar a los interesados y demás personas que, como los agentes del Ministerio Público, parientes, etc. deben comparecer a él cuando la ley lo determine. La finalidad de tal precepto es, en síntesis, evitar que se esterilice o invalide una actuación procesal por adelantarse sin intervención de determinados sujetos cuya presencia es necesaria en el juicio, ya para atender a la defensa de un derecho que se impugna, ya para tutelar otros derechos que requieren esa comparencia porque el orden público en juego así lo exige. Por eso existe el principio general de que una sentencia no perjudica sino a quienes hayan intervenido en el juicio, como partes o interesados.

Siendo, por otra parte, taxativas las nulidades, no pueden extenderse las normas que las erigen a casos que no estén precisamente comprendidos en ellas. Por tanto, la invocación al numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial al caso aquí contemplado no puede ser más descaminada.

2º—Cuando el recurrente habla de que hay nulidad en las actuaciones procesales realizadas por el a-quo después de ejecutoriado el auto que concede una apelación en el efecto suspensivo, está en lo cierto; pero no porque tal caso esté previsto en la comentada disposición, que le es absolutamente extraña, sino a virtud del artículo 147, numeral 1º del referido Código, el cual, con las solas excepciones señaladas en el artículo 501, dice que entonces apenas se suspende la jurisdicción del inferior. Por ende, a partir de esa ejecutoria, y mientras no desaparezca la suspensión jurisdiccional, toda actuación de aquél es nula al tenor del numeral 1º del artículo 448 ibidem, que no fue invocado en el recurso extraordinario.

Desde luégo, y esto lo reconoce el Tribunal, la notificación por edicto de la sentencia de 13 mayo de 1952, ocurrida entre el 30 de ese mes y el 5 de junio siguiente, es inválida porque a la sazón ya estaba suspendida la jurisdicción del Juez de la causa, como consecuencia de la ejecutoria de la otra providencia fechada aquel día, en que se había concedido la apelación contra el auto o resolución dictada en la diligencia de secuestro. Pero tal invalidez no prevalece sobre estos hechos, que brillan en el proceso: 1º Haberse notificado personalmente uno de los dos interesados en el juicio (Tulia Real v. de Melo), al día siguiente de proferida la sentencia; 2º Haberse dado el otro (Octavio Real) por sabedor

de ella (art. 321 del C. J.), dentro del término de la suspensión de la jurisdicción del Juez, para que se considerara su recurso" cuando sea oportuno", y 3º Haber concedido el juez la nueva apelación a Octavio Real en la oportunidad señalada por éste, es decir, **después** que cesó la suspensión suya para ejercer jurisdicción en el negocio de que se trata.

Todo lo cual determina el rechazo del cargo.

En fuerza 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 con fecha tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, en el juicio de sucesión de Librada Real v. de Real.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro L., Secretario.



LA PARTE A LA CUAL NO AFECTA UNA CAUSAL DE NULIDAD, NO PUEDE PEDIR LA INFIRMACION DEL FALLO POR TAL MOTIVO

1—Una parte en juicio carece de interés jurídico para pedir la casación del fallo con base en nulidad por ilegitimidad de la personería de su contraparte o por cualquier otra causal que, caso de existir, la nulidad sólo podría afectar a ésta, mas no á quien la invoca.

2—Como ya lo ha dicho la Corte, la infracción a la Ley 69 de 1945, reglamentaria de la abogacía, es irregularidad que tiene sanciones correccionales, pero que no implica nulidad de lo actuado, ni ilegitimidad de la personería.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a trece de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

El 30 de noviembre de 1899 se adjudicó a Jaime Herrera V., la mina "El Tortuguero Continuación", ubicada en el Municipio de Zaragoza, Departamento de Antioquia. (f. 44 cuad. principal).

En el mismo año fue redimida a perpetuidad la mina en referencia, con el pago del impuesto correspondiente a 20 años, conforme a las leyes vigentes a la sazón.

Por escritura Nº 300 de 11 de octubre de 1903 (fs. 99 y 101) otorgada ante el Notario de Remedios, José Joaquín Zea, como apoderado de Jaime Herrera V., vendió a la sociedad extranjera "Fortuna Gold Placer Co.", representada en tal acto por Isidoro Davidov, la mina de que se trata.

Como la sociedad compradora no estaba en condiciones de obrar legalmente en Colombia (circunstancia reconocida en este juicio por las partes contendoras), al fallecer Jaime Herrera, en el activo de los inventarios del juicio de sucesión se incluyó el mencionado inmueble y en la partición se adjudicó a los herederos de aquél, Alfonso, Arturo y Blanca Herrera, conforme a la partición aprobada el 5 de febrero de 1943, debidamente registrada y protocolizada por escritura Nº 22 de 8 de febrero de 1944.

Por otro lado, al morir el señor Davidov, la viuda cedió sus derechos a la sociedad "Cuturú Gold Dredging Co.". (Aunque el título de cesión se cita en el proceso, no obra en éste).

Con esa calidad, de cesionaria de los derechos de la viuda, heredera de Davidov la sociedad últimamente nombrada se presentó al juicio de sucesión de dicho señor y por auto de 15 de abril de 1947 se le dió la posesión efectiva de la herencia, en cuyo haber también se hizo figurar aquella mina.

La sociedad "Cuturú Gold Dredging Co.", denunció como abandonada la misma mina, pero al practicarse la diligencia de posesión a favor de la sociedad denunciante, el señor Alfonso Herrera, sucesor del primitivo dueño, se opuso. Posteriormente sus coasignatarios Arturo y Blanca Herrera coadyuvaron la oposición.

En estas circunstancias la sociedad denunciante, asumió la actitud de actora y propuso la demanda inicial del presente juicio ordinario, en defensa de sus pretendidos derechos y en contra de las pretensiones de la parte opositora.

El Juez de primera instancia falló así :

"**Primero.**—No se hacen las declaraciones impetradas, ni las principales, ni las subsidiarias, en el libelo de demanda que se ha hecho mérito en el curso de esta providencia.

"**Segundo.**—Por cuanto que aparece comprobado que hubo abandono de la acción, o abandono del denuncio, al presentar la demanda cuando ya había transcurrido el término de seis días, fijado para ello por el Juzgado, se declara probada la excepción de inepta demanda;

"**Tercero.**—De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 2º del Decreto Ley Nº 0243 de 1951, reformatorio del artículo 575 del Código Judicial, se condena a la parte actora en costas, las cuales serán tazadas en la debida oportunidad; y,

"**Cuarto.**—En consecuencia de lo dispuesto en el numeral 2º de esta sentencia, se ordena cesar el adelantamiento de toda diligencia tendiente a obtener la posesión de la mina **"Tortugueros Continuación"** de que se trata, y, el archivo del expediente".

Apelada esta providencia, el Tribunal Superior de Medellín confirmó los apartes 1º, 3º y 4º y revocó la decisión contenida en el Nº 2º.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso la compañía demandante el recurso de casación que hoy decide la Corte, mediante las consideraciones que siguen:

Primer cargo

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por la causal primera del art. 520 del Código Judicial, en el concepto de ser violatoria de los artículos 45 de la Ley 292 de 1875 y 3º de la Ley 59 de 1909, referentes a redención de las minas por pago anticipado del impuesto correspondiente a 20 años, porque sin desconocer que el primer propietario de la mina la redimió en 1899, sostiene que ese eslabón inicial de la cadena de títulos se "desprendió" de los siguientes por la venta que el mismo dueño primitivo le hizo a la sociedad "Fortuna Gold Placer Co." en 1903, sin que, para desestimar ese título, se le glose con la observación de que a esa sociedad extranjera no se le había reconocido personería en Colombia de acuerdo con la ley 124 de 1888 inaplicable al caso de aquella sociedad, según el recurrente, por no aparecer probado que se tratara de una sociedad anónima.

Pero cómo es posible que se haga tal reparo ahora, cuando la misma parte que la formula apoyó su demanda, entre otros hechos, en los distinguidos con los numerales 11 y 12 que rezan:

"**Undécimo.**—Es un hecho incuestionable que la legislación nacional ha consagrado a través de todo su desarrollo, la prescripción de ciertas normas que deben observar las sociedades extranjeras que quieran establecerse en el país, y así fue como se dictaron las leyes 62 y 124 de 1888, y los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906 que reglamentaron íntegramente esta materia. Toda sociedad extranjera que no sometiere sus actividades y ejercicio social a tales prescripciones ningún derecho ni amparo le brinda la ley, y antes por el contrario, sus actos carecen de valor y su personalidad viene a ser la de un incapaz.

"**Duodécimo.**—Esto es lo que ha ocurrido con "Fortuna Gold Placer" que no observó las exigencias prescritas en ese entonces para la validez de sus actos, y éstos vinieron a ser ineficaces, y por lo tanto, los bienes que salieron del patrimonio del señor Jaime Herrera V., quedaron en una situación legal no definida ni por las partes ni por actuación judicial alguna".

Con razón el demandado convino en estos hechos y en la consiguiente **ineficacia** del contrato de 11 de octubre de 1903.

Y viene aquí otra inconsecuencia del recurrente:

Si la venta a la sociedad "The Fortuna Gold Placer Co." fuera eficaz, por qué le censura al Tribunal que diga: "No sobra advertir que Isidoro Davidov no adquirió para sí del señor Jaime Herrera, el dominio de la referida mina, sino para una sociedad extranjera que no tuvo vida legal en Colombia, circunstancia ésta última que ambas partes afirman"?

Esto no tiene réplica. Davidov no compró para él. Así las cosas, qué mérito tiene la cesión de derechos de la viuda y la posesión efectiva de la herencia a favor de la Cuturú?

A este respecto es contundente, decisivo, el razonamiento contenido en el siguiente pasaje del fallo recurrido:

"No deja de ser extraño que considerándose la Cuturú Gold Dredging dueña total o parcialmente de la mina "Tortugueros Continuación", no haya instaurado directamente las acciones del caso para obtener la posesión material de la mina, y haya acudido a denunciarla como abandonada, no obstante tener conocimiento de que se trata de una mina redimida a perpetuidad. La compañía tuvo o al menos debió tener conocimiento de esta circunstancia, pues se dice titular de dicha mina.

"Y entonces se presenta en este negocio cualquiera de las siguientes hipótesis:

"1ª—O la mina Tortugueros Continuación es de propiedad de la Cuturú Gold Dredging Company, por razón de la venta que se dice le hizo a esta compañía la señora Raquel de Davidov, quien dizque la adquirió por herencia de Isidoro Dadidov, habiéndola obtenida este causante, según se asevera, por compra a Jaime Herrera V., primitivo adjudicatario.

"2º—O la citada mina es de propiedad de los herederos de Jaime Herrera V., los cuales o algunos de los cuales se han opuesto a la posesión que, por la vía administrativa y como mina aban-

donada, ha pedido para sí dicha entidad Cuturú Gold Dredging Company.

"En el primero de los casos anotados, es decir, dando por sentado que la hipótesis primera sea cierta, nada podría resolverse aquí, porque en el presente litigio sólo cabe decidir si a la compañía demandante ha de dársele o no posesión de la mina Tortugueros Continuación en las diligencias que ha adelantado con miras a que la Gobernación de Antioquia le expida título sobre dicha mina. Ya se dijo que para que pudiera darse la posesión de ese inmueble sería preciso en primer lugar que no se tratara de una mina redimida a perpetuidad, o en segundo lugar, que se hubiera establecido debidamente que por cualquiera de los eventos previstos por la ley, la mina había caído en abandono.

"Si se dá por cierta la segunda hipótesis, es decir, que la mina es de los herederos de Jaime Herrera V., entonces se suma a la circunstancia de no tratarse de una mina abandonada, por estar redimida a perpetuidad, este otro factor de pertenecer dicho inmueble a persona distinta de quien pretende que se le expida por la vía administrativa un título de adjudicación.

"La Compañía insiste en que por razón de la venta que Jaime Herrera V., hizo a la sociedad extranjera Fortuna Gold Placer (la que jamás tuvo existencia en Colombia), los herederos de dicho vendedor carecen de interés para oponerse a la posesión que administrativamente y con miras a la adjudicación ha hecho la sociedad actora. A lo anterior observa la Sala que suponiendo que sea cierto el hecho alegado por el demandante, de carecer la parte demandada de interés jurídico para oponerse a la posesión pedida por la Cuturú Gold Dredging Company, la sola consideración de no tratarse de una mina abandonada, supuesto éste afirmado por la Compañía, hace que su acción no sea viable. Porque no es posible la ocurrencia de una nueva adjudicación, no constando, como no consta, que por alguna circunstancia legalmente procedente haya vuelto la mina al dominio eminente del Estado".

Lo expuesto basta para concluír que no tiene fundamento el cargo que se examina.

Segundo cargo

Se apoya en la causal 6ª del art. 520 del Código Judicial, y se hace consistir en que, no obstante permitir el aparte e) del art. 1º de la Ley 69 de 1945 reglamentaria de la abogacía, oponerse a la posesión de una mina sin la asistencia de un abogado inscrito, como ocurrió en el acto de la oposición hecha por Alfonso Herrera, era indispensable tal asistencia en la acción subsiguiente, o sea, en este caso, en el juicio que sobrevino con la demanda ordinaria, y aunque para entonces ya obraba un poder conferido por Herrera al abogado inscrito Dr. Jaime Velásquez Toro, poder que el Tribunal halló suficiente, tal pieza no sirve porque le faltó la presentación personal.

El cargo es inepto, porque suponiendo que, en principio, la falta de esa formalidad implicara un defecto en la personería, esto afectaría al demandado Herrera, y solamente él podría quejarse.

A este respecto, la Corte ha dicho:

"Enseña el artículo 457 del Código Judicial que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o que no estuvo debidamente representada en juicio, puede pedir, por vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia.

"Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por los motivos indicados, no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad, y no su contraparte.

"Si tal personería se exige para promover el juicio por vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte (Casación julio 6 de 1936. T. XLII, pág. 748, y 2 de mayo de 1941. G. J. Nº 1971, pág. 246)".

"En consecuencia es evidente que el recurrente carece de interés jurídico para invocar en nombre de la parte contraria motivos de nulidad que, de existir, sólo a ésta podría afectar". (Casación —25 noviembre 1946— G. J. Nº 2040. página 442)".

La misma doctrina se encuentra en el fallo de 11 de junio de 1934 (**Gaceta Judicial**, Nº 1895 página 57).

Por otro aspecto, la jurisprudencia tiene ya establecido (véase fallo de Casación de 27 de ma-

yo de 1953. G. J. Nº 2129, pág. 182) que la infracción a la ley 69 de 1945 reglamentaria de la abocía es irregularidad que tiene sanciones correccionales, pero no implica nulidad de lo actuado ni ilegitimidad de la personería.

Y aunque, en principio, equivaliera a lo último, la nulidad estaría subsanada por concurrir en este caso varias de las circunstancias contempladas en el art. 450 del Código Judicial.

Por tanto 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 recurrida proferida por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 17 de septiembre de 1952, en el juicio ordinario seguido por Cuturú Gold Dredging Company contra Jaime Herrera V., y otros.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Devuélvase en oportunidad el expediente al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME.— APRECIACION DE PERITAZGOS

Cuando en un juicio existen dos conceptos plurales de peritos, practicado el uno en la primera, y el otro en la segunda instancia, el tribunal no está obligado a preferir este último por razones de simple orden cronológico. Si en los dos cabe la adopción del promedio, puede escoger el que considere con mejor mérito intrínseco.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a trece de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Julia de la Rosa de Chamorro compró a María Teresa Otero de Zarama un predio denominado **La Floresta**, ubicado en el Corregimiento de Chachaguí del Municipio de Pasto, por medio de escritura pública número 931, otorgada el 5 de agosto de 1949 en la Notaría Segunda del Circuito de ese nombre.

El precio de la venta fue el de $ 25.000-00 en moneda corriente, por cuenta del cual la compradora pagó a la vendedora la suma de $ 20.000-00 de contado. Por los $ 5.000-00 restantes se dió a la compradora plazo para cubrirlos, quedando el inmueble hipotecado a favor de la vendedora para garantizar su pago.

En septiembre del año subsiguiente, la compradora entabló juicio ordinario contra la vendedora para que se decretase la rescisión del contrato por lesión enorme que expresó haber sufrido.

El Juez de la causa, que lo fue el Primero del Circuito de Pasto, accedió a lo pedido dictando sentencia por la que se decretó esto:

"1º—Declarar como en efecto declara, que el contrato que consta en la escritura pública número 931 de 5 de agosto de 1949 y otorgada en la Notaría Nº Segundo de este Circuito y en el cual aparece la señora Julia de la Rosa de Chamorro como compradora del fundo denominado "La Floresta" ubicado en el Corregimiento de Chachaguí, jurisdicción de este Muicipio, a la señora María Teresa Otero de Zarama, se encuentra viciado de lesión enorme.

"2º—Que como consecuencia de encontrarse viciado de lesión enorme, le declara rescindido y por tanto la señora María Teresa Otero de Zarama, devolvería el dinero recibido de la señora Julia de la Rosa de Chamorro, a esta misma, o a quien sus derechos represente.

"3º—Asimismo la señora Julia de la Rosa de Chamorro entregará la finca 'La Floresta' a la señora María Teresa Otero de Zarama, siempre y cuando no hagan ejercicio del derecho de opción consagrado por el artículo 1.948 del C. C., y para cuyo ejercicio se señala el plazo de treinta días a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, sin que se deban intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda; y,

"4º—Como una consecuencia de lo anterior, declárase a la señora Julia de la Rosa de Chamorro, sin obligación de pagar a la señora María Teresa Otero de Zarama, la suma restante del valor recibido por la vendedora al precio estipulado en el correspondiente contrato y se ordena la cancelación del registro de la escritura y del gravamen hipotecario allí mismo conténido" (C. 1º ff. 30 y 30 v.).

Sintiéndose agraviada la demandada, apeló de este fallo para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, el cual lo reformó por estas palabras de la parte resolutiva de la sentencia con la que puso fin a la segunda instancia:

"**Primero.**—Declárase que Julia de la Rosa de Chamorro, como compradora, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa del predio 'La Floresta', celebrado con María Teresa Otero de Zarama, como vendedora, contrato de que da cuenta la escritura novecientos treinta y uno (931) de cinco (5) de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) corrida ante el Notario Número Segundo del Circuito de Pasto y regis-

trada el catorce (14) de septiembre de dicho año, en la Oficina de Registro del mismo Circuito.

"**Segundo.**—En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y por lo tanto se condena a María Teresa Otero de Zarama a devolver a la demandante Julia de la Rosa de Chamorro, o a sus sucesores, el dinero recibido por cuenta del predio. Esta restitución o devolución la hará seis días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento y cumplimiento que el Juez **a quo** debe dictar en virtud de este fallo.

"**Tercero.**—Condénase a la demandante Julia de la Rosa de Chamorro, o a sus sucesores, a restituír o devolver a María Teresa Otero de Zarama dentro del mismo plazo fijado para la devolución del precio recibido, en el numeral anterior, la finca 'La Floresta' purgada de toda hipoteca o derecho real que hubiera constituído aquélla con posterioridad a la enajenación.

"**Cuarto.**—La compradora Julia de la Rosa de Chamorro, debe los frutos naturales y civiles que haya producido 'La Floresta' y la demandada debe los intereses legales del dinero recibido como parte del precio del inmueble, desde la fecha de la demanda. Estas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por reducir el precio de la finca al justo precio señalado en este fallo.

"**Quinto.**—Queda a opción de la vendedora María Teresa Otero de Zarama o consentir en la rescisión decretada o reducir el precio de la finca al justo precio, estimado en la suma de once mil doscientos noventa y cuatro pesos ($ 11.294-00) m. l., restituyendo el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado de una décima parte. La citada vendedora tendrá el plazo de sesenta días, contados desde la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el Juez **a quo** en virtud de este fallo, para devolver o restituír dicho exceso de precio.

"**Sexto.**—Si la demandada María Teresa Otero de Zarama consintiere en la rescisión del contrato, se oficiará por el Juez **a quo**, a la Notaría Nº Segundo y a la Oficina de Registro de Pasto, para la cancelación de la escritura novecientos treinta y uno, ya mencionada y para la cancelación de la inscripción de dicha escritura, pero cuando se hayan hecho las restituciones del caso, conforme a este fallo" (C. 4º, ff. 19 v. y ss.).

Contra esta providencia recurrió en casación la parte demandada, y, llegada a su vez a la Corte, después de la tramitación de Ley, pasa ella a estudiar el asunto para poner fin a la controversia.

La casación

Divide el recurrente su demanda en dos Capítulos, tratando en el primero de la violación de la ley sustantiva como consecuencia de errores de hecho en que, a su juicio, incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas consistentes en los dictámenes periciales, un certificado catastral y las declaraciones de tres testigos, y en el segundo, por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial; todo ello con sobriedad, método y mesura que nó suelen gastar muchos de los que recurren a la Corte en Casación.

A.—Los dictámenes periciales

El recurrente, luego de examinar uno a uno los dictámenes periciales, concluye diciendo que

"El Tribunal cometió, pues, un evidente error de hecho al apreciar los dictámenes y tener en cuenta el avalúo de los peritos Nicolás Jurado, Lucindo Espinosa, Vicente Buendía y Luis F. Chamorro, desechando las exposiciones y el avalúo de los peritos Woodcock y de la Espriella. El fallo ha debido rechazar todos los peritazgos, pero si se consideraba obligado a fijar un precio ha debido tomarlos en su conjunto y no fraccionarlos a su antojo, porque la ley dice que si se ha de hacer la regulación se haga conforme a los mismos dictámenes y no sólo con parte de ellos.

"Y cometió también un evidente error de hecho al apreciar las declaraciones que he citado y el certificado catastral al pretender encontrar en ellas elementos suficientes para suplir el peritazgo, o para completarlo y decidirse así a verificar un promedio arbitrario.

"El Tribunal en vez de haber dado por establecido el hecho generador del derecho a la rescisión por lesión enorme ha debido sacar la conclusión contraria y absolver a la demandada".

En lo cual no le asiste la razón al recurrente; basta al efecto para acreditar que es el Tribunal el que la tiene, con transcribir lo que expresó en su fallo que la Corte copia para fundar su decisión en vez de acudir a nuevos razonamientos:

Dice así aquel Cuerpo:

"Se dijo, que en la primera instancia la actora había pedido que se hiciera avaluar el inmueble por peritos nombrados por las partes y que la diligencia se practicó con la intervención de tres expertos con el siguiente resultado:

"El perito de la demandante avaluó la finca en .....$ 10.560.00

"El de la demandada en 18.970.00

"El tercero en 11.616.00

"De lo cual resulta evidente que no hubo dos conceptos uniformes y que la diferencia entre la cantidad mayor y la menor excede de un cincuenta por ciento de la menor y, por lo tanto, era inaplicable al medio aritmético.

"En esta segunda instancia, se volvió a practicar la prueba pericial y también intervinieron tres peritos con el siguiente resultado:

"Perito de la actora .....$ 9.500.00

"Perito de la demandada 18.638.00

"Perito tercero 12.500.00

"Como en la peritada de primer grado, tampoco concurren dos uniformes, ni es aplicable el medio aritmético porque la diferencia entre la cantidad mayor y la menor sobrepasa del cincuenta por ciento de la menor. En presencia de esta eventualidad, no le queda al juzgador otro camino que el de justipreciar con entera libertad el inmueble valiéndose de los diversos elementos de juicio traídos al proceso, ya que, por otra parte, por haber precluído con el auto de citación para sentencia, todas las oportunidades de producir pruebas, sería extemporáneo ordenar un nuevo avalúo pericial, amén de festinar en exceso ese medio probatorio.

"La escritura Nº 931 que contiene el contrato, materia de la controversia, reza que el objeto de la compraventa fue la finca 'La Floresta' determinada por sus linderos. El instrumento en parte alguna habla de sementeras, casas de habitación, ni mejoras de ninguna clase; lo cual quiere decir que si las había en la finca al celebrarse el contrato, ellas accedían al valor del terreno y no eran materia de avalúos separados e independientes. Por ello, es inaceptable que los peritos hayan avaluado como bienes distintos, una acequia de agua, unos árboles frutales, unas plantaciones de caña brava, unos quintales de café, más de un centenar de quintales de maíz sin desgranar, unas herramientas de labranza, unos bueyes, etc., etc. El objeto sometido al avalúo debe tomarse en conjunto, con todos sus componentes, sin separar sus elementos, por cuanto no es posible, como lo dice acertada jurisprudencia descomponer en sus diversas partes un reloj para estimar una a una sus ruedas y demás elementos y luego sumar los respectivos valores. Precisamente, los diversos componentes de una cosa, unidos e inseparables entre sí determinan su precio y le dan valor. Por lo demás, las mejoras de que hablan los expertos, no tienen en los autos otro punto de referencia de que existían en la finca al celebrarse el contrato, que la manifestación hecha por el apoderado de la demandada en la diligencia de avalúo de la primera instancia.

"Las aguas, las casas, los abrevaderos, los montes, las maderas, los bosques y los prados de una finca o hacienda, son partes integrantes de ella y resulta desacertado estimar su valor avaluando por separado esos diversos componentes como si se tratara de cosas distintas e independientes. Pues ,si haciendo suposiciones abstractas, retirados de la finca todos y cada uno de esos elementos, le quitaríamos su valor apreciable, y ante semejante destrozo y descomposición anárquica de todo cuanto es necesario para la vida humana, sería muy difícil sino imposible saber su justo precio, por cuanto nadie estaría dispuesto a comprar un erial inhabitable". (C. 4º, ff. 16 v. ss.).

"De las pruebas que obran en autos hay algunas extremas que no pueden tenerse en cuenta por la gran diferencia que existe entre ellas y su promediación implicaría el desconocimiento de la presunción legal de error de que se habló en otra parte. Por el contrario otras, tienen bastante afinidad, mucha aproximación unas de otras y adecuadas proporciones para deducir consecuencias jurídicas.

"Al grupo de las primeras pertenecen:

"1º—El concepto pericial del señor Tomás F. de la Espriella que le asigna a la finca un valor de .....$ 18.970

"2º — La peritada del señor Alfonso Woodcock cuyo valor es de 18.638

"3º—El avalúo catastral de 7.000

"Del otro lado se enfilan:

"1º—Experticio de Nicolás Jurado ... 10.560

"2º—Experticio de Lucindo Espinosa 11.616

"3º—Experticio de Vicente Buendía N. 12.500

"4º—Experticio de Luis F. Chamorro 10.500

"Estos últimos valores tienen indiscutible aproximación y no hay lugar a presumir que los expertos cometieron error o que estuvieron desacertados al hacer la regulación numérica. Por lo tanto, promediándolas, no en aplicación del medio aritmético de que habla el art. 721 del C. J., puesto que no concurren los presupuestos lega-

les, sino simplemente para buscar una orientación segura en la regulación que debe hacer el juzgador, se deducirá un guarismo revelador de la equidad y la justicia. Verificadas las debidas operaciones, ese promedio es la cantidad de once mil doscientos noventa y cuatro pesos ($ 11.294.-00) que es la que resiste el más severo análisis en función del valor probatorio de los mejores elementos de juicio". (C. 4º ff. 19 f. y v.).

Hay en la jurisprudencia antecedentes (**Gaceta Judicial,** Tomo L XVI, pág. 371) que glosan el procedimiento de preferir un concepto plural de peritos, sobre otro dictamen también plural, por razones de simple orden cronológico. Si en los dos cabía legalmente la adopción del promedio, se puede escoger el que se considere con mejor mérito intrínseco. Pero si no cabe la adopción forzosa del promedio, el fallador cobra plena libertad para hacer la apreciación, tomando si quiere como elemento ilustrativo, entre otros, el parecer de los peritos que considere mejor fundado, sin sujeción a ningún promedio.

B.—El certificado catastral

Dice el recurrente que el certificado catastral, conforme al cual debe pagar el dueño del inmueble el impuesto directo sobre la base de un avalúo de $ 7.000.00, no debió tomarse en cuenta para estimar el valor del predio, porque avalúos de tal clase se dan en época determinada y no se cambian a la medida del alza de los precios y que en el caso de la litis no se acreditó en qué época fue dado; motivo por el cual no debió tomarse como base para la estimación del bien en el momento de su venta.

Lo que, en concepto de la Corte, carece de asiento, dado que el Tribunal no tuvo en cuenta tal avalúo como única prueba sino como un factor complementario para la estimación que del valor de "La Floresta" se hizo en los dictámenes periciales emitidos en las instancias del juicio, dictámenes que, como se ha visto, fijan precios más altos del dado al predio en el Catastro, pero a úna son inferiores, salvo dos, a la mitad de la suma de $ 25.000,00 por la que se hizo la venta de cuya rescisión se trata en el proceso.

C.—Las declaraciones de tres testigos

Contra el fallo dice el recurrente que éste incurrió en error de hecho al apreciar los testimonios de tres testigos, los señores Eliseo Rodríguez y Ricardo Rosero y el Reverendo Padre Efraím Jurado, sobre precios de fincas situadas en la misma región de aquélla en que está ubicada "La Floresta", de las cuales resulta que el precio por el que ésta fue enajenada es alto sobre modo.

Inane sería el valor de esta prueba, tomada aisladamente; pero no puede negarse que tales declaraciones sí suministraron indicios que el Tribunal tuvo la facultad de apreciar con la soberanía del caso para que la Corte no pueda dejar de reconocerla, según principio fundamental del recurso de casación.

D.—Errores de derecho en la apreciación de la prueba pericial

Por último, se formula acusación contra el fallo recurrido por el extremo de haberse incurrido por quien lo dictó en error de derecho en la apreciación de la prueba pericial al promediar de "los dictámenes periciales de las dos instancias las partes que se le antoja y así suma las cifras señaladas como precio por cada uno de los peritos, Nicolás Jurado, Lucindo Espinosa, Vicente Buendía y Luis F. Chamorro, o sea suma las partidas de $ 10,560, $ 11,616, $ 12,500 y $ 10,500 y el resultado lo divide por cuatro promediando y fijando el medio resultante de $ 11.294 como el precio de La Floresta. Sumar cuatro cantidades señaladas por cuatro peritos y dividir por cuatro es un promedio ilegal, es deducir de los dictámenes periciales un medio aritmético acomodaticio, no hecho conforme a la ley, y dar por tanto a los experticios un valor legal que no tienen".

A lo que se observa que, como se ha repetido lo bastante, dado que había dos peritajes disímiles, el Tribunal no podía, obrando, si se permite la expresión, mecánicamente, escoger uno de los dos y sacar la tercera parte del producto correspondiente. El hizo lo más que pudo para acertar en medio de tantos datos: dos exámenes periciales, un avalúo catastral, tres declaraciones de testigos; y con ello no violó el artículo 721 del Código Judicial, dado que hizo, nada más ni nada menos, que hacer uso de su potestad apreciadora de la prueba pericial.

En resumen y por lo visto en el curso de este fallo, la Corte concluye denegando que se hayan violado ese artículo 721 y los demás mentados en

la demanda de casación: 520 numeral 1º, 662, 696, 697, 722 y 723 del Código Judicial y 1.947 del Código Civil.

Por ello, 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 acusada.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PARA LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO VERBAL, NO SE REQUIERE QUE EL TESTADOR HAYA DESIGNADO ESPECIAL Y EXPRESAMENTE LOS LLAMADOS TESTIGOS INSTRUMENTALES

1—Conforme a reiterada doctrina de la Corte, no hay lugar a la causal segunda de casación, sino a la primera, cuando la sentencia hace la declaración solicitada, sin condenar a más de lo pedido, aunque el tribunal haya apreciado en la sentencia, para fundar su fallo, hechos no invocados en la demanda.

2.—Reafirma la Corte la doctrina sentada en sentencias de casación de 31 de enero de 1947 y 16 de agosto de 1948, conforme a la cual la legitimación en causa es elemento de la acción.

En efecto, considera la Corte que la legitimación para obrar concierne, no al proceso (al cual pertenecen sin lugar a duda la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal), sino a la acción como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado. Los presupuestos procesales son bases necesarias, esenciales del juicio, de la litis ante los jueces, que no tocan en sí con el derecho que se controvierte. Sin ellos, por lo mismo, hay acción pero no hay proceso, no debe haberlo en puridad de verdad, y a que no lo haya sin que se cumplan, tienden las llamadas excepciones dilatorias y las nulidades procesales. De aquí que lo primero que el Juez deba hacer al dictar sentencias, sea comprobar si los presupuestos concurren o nó, porque en el primer caso, podrá y deberá fallar en el fondo la cuestión debatida, en tanto que en el segundo tendrá que abstenerse de hacerlo, y el juicio podrá iniciarse de nuevo.

3—Los hijos legítimos del padre o madre natural del difunto, tienen interés jurídico para demandar la nulidad del testamento que aquél otorgó, cuando él, hijo natural, no dejó padres ni descendencia legítima o natural en el momento de fallecer, porque entonces sus hermanos legítimos o naturales le suceden, según el art. 1050 del C. C. (art. 22 de la Ley 45 de 1936). ....

4—La Corte considera excesivamente rigorista y exegética la tesis de que un testamento abierto no puede mudarse en verbal. Lo que debe establecerse con claridad es qué se entiende por COMENZAR un testamento abierto. Porque si el testador dicta al Notario, en presencia de los testigos, sus disposiciones y en seguida muere, o se las entrega escritas, y al leerlas el Notario o antes de firmar, fallece, no pueden ponerse en duda ni la intención de testar, ni las disposiciones, ni la presencia de los testigos, ni la inminencia del peligro, comprobada por la muerte. Esta conclusión no está prevista en la ley. Pero la lógica predica que lo más solemne comprende lo menos solemne, y el fin primordial de la ley es el de garantizar a los hombres su libertad, la que no puede sufrir mengua por un cambio forzado de formas que no altera ni la intención de testar, ni las declaraciones y disposiciones de última voluntad, expresadas de manera cierta, ni la presencia real de los testigos.

5—En la interpretación de la demanda el juez de instancia goza de la autonomía que le es propia en la interpretación de las pruebas, pues la demanda es una prueba en sentido lato. No tiene sino un límite esa autonomía: el error. Pero no todo error sino el que llega, en materia de hecho, a ser obvio, evidente, cierto, y en materia de derecho, a negar o atribuír a una prueba el valor que tiene o no tiene legalmente, con reflejo tan vivo sobre el fondo del negocio, que por él hubo de torcerse el curso de la justicia.

6—Siendo así que quien tenga interés puede atacar el testamento verbal, la impugnación, que es voz genérica, comprende los diversos campos: de inhabilidad para testar, de infracción de ley relativa a las herencias, de ausencia de formalidades, y de falsedad, y en cuanto a los medios de prueba, no se excluye ninguno, según las reglas generales, así se trate de la testimonial procedente de los testigos instrumentales.

7—No es menester que el testador oral designe especial y exresamente los llamados testigos instrumentales.

Los artículos 1094 y 1095 del C. C. hablan de "testigos instrumentales", y el 1096 de "los testigos que asistieron por vía de solemnidad" al otorgamiento. Además, a tales testigos los llama a declarar el artículo 1095 sobre los puntos expresados en él, y a los DEMAS TESTIGOS sobre los señalados en el 1094, si al Juez le pareciere.

Lo primero que se observa, es pues, que ningún texto impone al testador la obligación de escoger, designar o nombrar especial y expresamente a quienes hayan de presenciar el acto testamentario. La naturaleza del testamento verbal y la necesidad que trata de atender, como las incidencias que pueden sobrevenir en su otorgamiento, no son para que quien se halla en imposibilidad de otorgar testamento más solemne, por considerar que no tiene tiempo o modo de hacerlo, se cuide de investir a determinadas personas del papel de testigos.

8—En el caso de testamento abierto ante Notario, que acaba en verbal, por muerte súbita del testador, el hecho de haber sido llamados para presenciar el primero, en nada obsta para presenciar el segundo legalmente, porque consta sin duda la intención de testar y las declaraciones o disposiciones del testador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte decide sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, fechada el 9 de noviembre de 1.951 y proferida en el juicio ordinario de Clodoveo Londoño y Amelia Londoño de Malagón contra Alfonso del Río Villamil y Miguel Hernando Villamil Cruz.

Antecedentes:

En la demanda que originó este juicio se solicitan varias declaraciones: la de que la señora Elvira Villamil v. de Rodríguez no otorgó el testamento verbal de que dan cuenta las diligencias contenidas en la escritura pública Nº 9 de 9 de septiembre de 1947, de la Notaría 1ª de Chiquinquirá; subsidiariamente, -la de que es nulo dicho testamento; subsidiariamente, la de que es nulo el decreto del Juez 1º Civil del Circuito de Chiquinquirá, de 21 de julio de 1947, por medio del cual se puso por escrito dicho testamento; la consecuencial de que los bienes de la causante deben distribuirse según las reglas de la sucesión intestada, y por último, la de que Elizabeth Villamil, instituída heredera en el referido testamento, es indigna de suceder a la causante.

La sentencia de primera instancia declaró sin valor el testamento; dispuso distribuír los bienes de la causante según las normas que gobiernan la sucesión intestada y negó la declaración de indignidad de Elizabeth Villamil.

La de segunda instancia la confirmó, y contra ella interpuso recurso de casación la parte demandada. El recurso fué admitido y el recurrente formuló su demanda.

Las causales de casación

Cuatro cargos se formulan, basados los tres primeros en la primera y el último en la segunda de las causales contempladas en el artículo 520 del C. J.

Por razón de método la Sala se refiere ante todo al último cargo.

Cuarto cargo.

Se hace consistir "en que el Tribunal adujo como fundamentos de la sentencia anulatoria del testamento causas o motivos de impugnación que no fueron expresamente alegados y propuestos por el demandante como fuentes de la nulidad demandada".

Se considera:

La Corte tiene establecida doctrina reiterada según la cual no hay lugar a la causal segunda de casación, sino a la primera, cuando la sentencia hace la declaración solicitada, sin condenar a más de lo pedido. Dice en sentencia de casación de 23 de julio de 1.933:

"Verdad es que el derecho invocado por el sentenciador para resolver el contrato es distinto del invocado por el demandante, pero la sentencia falló la resolución que fué lo demandado, concordando así lo pedido con lo fallado. Cierto que el sentenciador no debe apreciar hechos no invocados en la demanda para fundar su fallo,

pero ese error del sentenciador no genera la segunda causal, si la sentencia no condena a más de lo pedido, como sucede al presente.

Al respecto ha dicho la Corte: "No es causal de casación de una sentencia el que se encuentre apoyada en hechos que el actor no invocó para fundar la demanda. Si bien es cierto que en una sentencia no se deben apreciar hechos que no han sido objeto de la controversia ello sólo no es motivo para casarla por la segunda de las causales de casación, si la sentencia no condena a más de lo pedido" (G. J. Nº 1895. 482).

En el presente caso fué pedida la nulidad y la nulidad fué declarada. El recurrente afirma que el fallo hizo tal declaración fundándose en causas o motivos no invocados en la demanda. Si fuere así, según la doctrina en referencia, no hay inconsonancia entre lo pedido y lo fallado, esto es, no concurre la causal segunda. El recurrente acusa más adelante el fallo por el mismo motivo, pero con apoyo en la causal primera, y en su oportunidad se estudiará el cargo.

Primer cargo

Por tanto, se desecha el cargo.

Consiste este cargo en la infracción de los artículos 1008 a 1011, 1013, 1014, 1019, 1327 y 1352 del C. C., 2º de la ley 50 de 1.936 y 343 del C. J., "por haber procedido a fallar en el fondo, sin cumplir el previo deber legal de buscar oficiosamente el presupuesto procesal de la legitimación en causa (en veces llamado también personería sustantiva) que de haberlo hecho se habría negado seguramente a sentenciar la controversia por causa de las evidentes fallas que a este respecto ofrecen las dos partes en el litigio".

Se considera:

En verdad, la sentencia no trae estudio previo sobre la legitimación en causa, sin duda porque para el sentenciador no es éste un presupuesto procesal, sino una condición de la acción, que no pide ni admite despacho preliminar sino estudio de fondo. Si la legitimación en causa es elemento del proceso o de la acción, ha sido una de las cuestiones de derecho procesal más debatidas en los últimos tiempos. La doctrina jurisprudencial y de los autores no sólo no ha logrado una sistematización que defina el punto, sino que, por el contrario, lo ha hecho más complejo. La doctrina de la Corte no ha sido uniforme al respecto, pues según las sentencias de casación de 18 de noviembre de 1.937 (XLV. 845 1ª) y 25 de noviembre de 1.938 (XLVII. 416), la legitimación en causa es presupuesto procesal, al paso que de acuerdo con los fallos, también de casación, de 31 de enero de 1.947 (LXI. 712) y 16 de agosto de 1.948 (LXIV. 710), es elemento de la acción.

La Sala sigue esta última teoría porque considera que la legitimación para obrar concierne, no al proceso (al cual pertenecen sin lugar a duda la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal) sino a la acción como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado. Los presupuestos procesales son bases necesarias, esenciales, del juicio, de la litis ante los jueces, que no tocan en sí con el derecho que se controvierte. Sin ellos, por lo mismo hay acción, pero no hay proceso, no debe haberlo en puridad de verdad, y a que no lo haya sin que se cumplan, tienden las llamadas excepciones dilatorias y las nulidades procesales. De aquí que lo primero que el Juez debe hacer al dictar sentencia, sea comprobar si los presupuestos concurren o nó; porque en el primer caso, podrá y deberá fallar en el fondo la cuestión debatida, en tanto que en el segundo tendrá que abstenerse de hacerlo, y el juicio podrá iniciarse de nuevo. Vista la legitimación en causa como elemento procesal, el Juez no puede decidir en el fondo, y el pleito podrá recomenzar, lo cual no se aviene con la naturaleza y las consecuencias que le señala la doctrina, considerada como elemento o condición de la acción.

El cargo, por consiguiente, no procede.

Tampoco procedería en la hipótesis de la tesis del recurso. En efecto:

Respecto de la parte actora afirma el recurrente:

I

"Ni en el libelo inicial del juicio, ni en la sentencia recurrida se hace ninguna alusión ni referencia al interés evidente y actual que deben tener los demandantes Clodoveo y Amelia Londoño para demandar la nulidad absoluta del testamento de Elvira Villamil de Rodríguez, como es esencialmente necesario para legitimar el ejercicio de su acción de acuerdo con el artículo 2º de la ley 50 de 1.936".

El recurrente, según se desprende del párrafo inserto, hace consistir el presupuesto dicho, respecto a la parte actora, en el interés jurídico para demandar la nulidad del testamento. Sin entrar a señalar las diferencias que la doctrina

enseña entre la legitimación en causa y el interés jurídico, la Sala observa que no puede ser en este caso más evidente y actual ese interés para los hermanos Londoño, demandantes.

La calidad de hermanos que Clodoveo y Amelia Londoño tienen respecto de Elvira Villamil de Rodríguez, la causante, resulta de ser los primeros hijos legítimos y la última hija natural de Librada Villamil, según consta en las actas de estado civil de los folios 3, 4, 5 y 6 del cuaderno 1º y 5 del cuaderno 4º Fallecida la hija natural, sin dejar a ninguno de sus padres ni descendencia legítima o natural, le suceden sus hermanos legítimos o naturales, según el artículo 1050 del C. C. (art. 22 de la ley 45 de 1.936). El interés jurídico de los demandantes es cierto y actual, porque invalidado el testamento, recibirían la herencia.

II

En cuanto a la parte demandada, alega el recurrente que "no es posible jurídicamente ventilar el juicio de impugnación por nulidad absoluta del testamento de Elvira Villamil de Rodríguez sin audiencia y presencia procesal de su sucesores y beneficiarios directos de su testamentifacción, pues si con dicha acción se persigue destruír los efectos de ese acto jurídico —amparado probatoriamente por la presunción de autenticidad y validez—, lo lógico y legal es que los herederos, continuadores de la personalidad jurídica de la testadora, intervengan en la controversia de su anulación".

A) Sucede en este caso que Elvira Villamil de Rodríguez murió el 12 de junio de 1.947 (fol. 5 C. 4). En el testamento cuya validez se discute instituyó heredera única universal a Elizabeth Villamil; ésta murió el 27 de abril de 1.948 (f. 2 vt. ib), habiendo otorgado testamento abierto el día 25 de febrero de dicho año, ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá (fl. 23 C. 1º), testamento en el cual designó único heredero a Miguel Hernando Villamil Cruz. Ocurre igualmente que el juicio mortuorio de Elvira Villamil de Rodríguez se abrió en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Chiquinquirá, a solicitud de Elizabeth Villamil, con fundamento en el testamento verbal; y que Miguel Hernando Villamil Cruz, en su carácter de sucesor universal único de Elizabeth Villamil, hizo abrir el juicio de sucesión de ésta en el mismo Juzgado. Estos hechos no han sido controvertidos.

Muerta Elvira Villamil de Rodríguez y legalizada su memoria testamentaria por el Juez, Elizabeth Villamil tuvo el carácter de heredero universal a partir de la delación de la herencia, fenómeno cumplido en este caso al fallecer aquélla, por tratarse de una asignación pura y simple (art. 1033 del C. C.), de modo que el derecho hereditario se radicó en Eilzabeth Villamil, desde entónces, primero condicionalmente, y de manera definitiva después, al aceptar la asignación; de suerte que cuando murió, de su patrimonio hacía parte ese derecho, el mismo que se transmitió a su heredero universal Hernando Villamil Cruz, no por el derecho de transmisión de que habla el artículo 1014 del C. C., sino directamente, puesto que la causante había aceptado la herencia.

Ahora bien: la acción de nulidad de un testamento se dirige contra los herederos del causante, en este caso Elizabeth Villamil; pero muerta ésta, la acción no podía dirigirse sino contra quien tenía interés en que el testamento no fuera declarado nulo, y era, además, el continuador jurídico de Elizabeth, esto es, Miguel Hernando Villamil Cruz, su heredero universal. Y si no fuera así, a quién habría que demandar que tuviese interés en la validez del acto testamentario? No lo dice el recurrente. Y si Elena Villamil de Rodríguez tuviera otros parientes distintos de los demandantes —sus hermanos— no habrían de ser los reos, si no los coadyuvantes de aquéllos, porque no tendrían interés en sostener el testamento sino en atacarlo.

B) En lo tocante al albacea nombrado por Elizabeth Villamil, su presencia en el juicio no era indispensable: podía haber faltado, puesto que él era albacea de Elizabeth, y no de Elena, de cuyo testamento se trata en este juicio. Pero, habiendo sido citado, con su aceptación, puesto que nó reclamó, su presencia apenas significa una coadyuvancia en razón del interés reflejo que tenía en que se conservase el testamento por donde a Elizabeth le venían unos bienes, cuya tenencia a él le correspondía y sobre los cuales podía derivar un provecho económico.

En consecuencia, en la hipótesis dicha tampoco se acoge el cargo.

Segundo cargo.

Se acusa el fallo por violación indirecta, debido a interpretación errónea de unos textos legales, y por indebida aplicación de otros de los arts. 1092, 1097, 1740 1741 y 1746 del C. C., como consecuencia de errores de hecho y de derecho en

la apreciación de las pruebas. El cargo se formula en cuatro motivos, de los cuales pasa a ocuparse la Sala.

A) Consiste en haber incurrido en error de hecho en la apreciación: 1º de la demanda; 2º de los testimonios de José Cañón, Arcenio Laitón y Teodolindo Páez, tal como fueron rendidos originariamente; y 3º del testamento, tal como aparece en el decreto judicial. Ello, porque ninguna de estas piezas se refiere al hecho de que la testadora hubiera empezado el otorgamiento de su testamento ante Notario, habiéndolo interrumpido la muerte, "sin embargo de lo cual la sentencia comienza su motivación por rechazar la tesis de que un testamento iniciado como solemne puede convertirse en uno privilegiado, de donde deduce, para el caso, la ausencia de las circunstancias excepcionales que hicieran aparecer la falta de tiempo y modo para testar solemnemente, lo mismo que la manifestación de la testadora ante los tres testigos de otorgar testamento verbal con prescindencia del Notario, instituyéndolos a ellos como testigos instrumentales".

Se considera:

I

La demanda

La demanda, ciertamente no habla de haber dado la testadora los pasos para otorgar testamento ante Notario. La sentencia, en cambio, sí habla de ello, y además niega la tesis de que "un testamento iniciado como **solemne** pueda convertirse en privilegiado". En primer lugar, la demanda afirma la inexistencia, la falsedad y la nulidad absoluta del testamento verbal, en verdad no por no haber sido posible la conversión, sino porque la causante 'no hizo testamento' (hecho 2º); porque "Elizabeth Villamil, valiéndose de falsas declaraciones, intentó y obtuvo el decreto judicial que contiene el testamento verbal"(hecho 3º); y porque, además, la causante no se hallaba en tan inminente peligro de morir que no hubiese habido tiempo ni modo de testar en la forma ordinaria. De modo que afirmada la inexistencia, la nulidad absoluta o la falsedad de un acto testamentario, carece de importancia alegar que hubo preliminares conducentes a una forma o a otra, o que la iniciada prosiguió o se cambió.

En segundo lugar, en el supuesto de que el Tribunal hubiese cometido error de hecho al apreciar el libelo, atribuyéndole un hecho que no contiene, tal error no se reflejaría en el fallo, porque éste se basa, primero, en la imposibilidad jurídica de la "conversión"; luego, en la ausencia de las circunstancias que justifican un testamento verbal; y por último, en la falta de los demás requisitos que le son esenciales.

Debe, sin embargo, rectificarse la tesis del Tribunal referente al cambio de forma testamentaria, que el recurso ataca con buenas razones. Sin dejar de reconocer que el punto ha sido discutido, la Sala considera excesivamente rigorista y exegética la tesis de que un testamento abierto no puede mudarse en verbal. Lo que debe establecerse con claridad es qué se entiende por **comenzar** un testamento abierto. Porque si el testador dicta al Notario, en presencia de los testigos, sus disposiciones y en seguida muere; o se las entrega escritas, y al leerlas el Notario o antes de firmar, fallece, no pueden ponerse en duda: ni la intención de testar, ni las disposiciones, ni la presencia de los testigos, ni la inminencia del peligro, comprobada por la muerte. Esta conclusión no está prevista en la ley. Pero, la lógica predica que lo más solemne comprende lo menos solemne, y el fin primordial de la ley es el de garantizar a los hombres su libertad, la que no puede sufrir mengua por un cambio forzado de formas que no altera ni la intención de testar, ni las declaraciones y disposiciones de última voluntad, expresadas de manera cierta, ni la presencia real de los testigos. La Corte admitió la conversión en sentencia de casación fechada el 6 de octubre de 1953, aún no publicada en el Organo de la Corporación. (Juicio de Obdulia López contra César Escobar y otro).

II

Las declaraciones

De las declaraciones de los testigos instrumentales, tal como aparece en el decreto judicial que consignó el testamento, se sigue que la causante ordenó conseguir al Notario y los certificados de paz y salvo (que no se requerían), de modo que al hacer el fallo referencia a ello, se ajustó a la prueba.

III

El decreto judicial

Por la misma razón, habiendo dado cuenta la resolución judicial de tales testimonios, en lo tocante a los mencionados preliminares, el juzga-

dor mal podía incurrir en error de hecho al apoyarse en ellos.

Por tanto, la consideración del Tribunal sobre la llamada "conversión del testamento", aún en el supuesto de pecar contra la evidencia de lo mencionado en la demanda, los testimonios y el decreto judicial, no se proyectaría en la sentencia, puesto que ésta se funda no solo en la imposibilidad de la "conversión" —en lo cual erró el sentenciador— sino también en la ausencia de lo que esencialmente justifica y constituye el testamento oral, como aparece del folio 25 y siguientes del cuaderno 3º.

B) El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda, por cuanto declaró la nulidad del testamento por causales distintas a las señaladas en la misma demanda.

Dice el recurrente:

"La acción de nulidad, como al principio se hizo ver con las transcripciones atinentes, se fundó "concretamente por contravención a lo establecido en los artículos 1092, 1093 y 1094 del C. C.", esto es, por no haber existido el peligro tan inminente para la vida de la testadora (no obstante que su testamento fueron sus últimas palabras); por no haberse escrito dentro de los 30 días siguientes a la muerte, y por no haberse cumplido lo ordenado en el artículo 1094 (no se dice en qué consiste la contravención a este precepto meramente procedimental no contentivo de ninguna solemnidad testamentaria), sin embargo de todo lo cual el sentenciador hace consistir los fundamentos de su decisión en que no aparece en ninguna parte que la testadora hubiera manifestado a los tres testigos instrumentales su propósito de testar ante ellos y en que las personas cuya presencia es necesaria no fueron unas mismas desde el principio hasta el fin como lo manda el artículo 1089, no citado siquiera en la demanda",

Se considera:

El error de hecho en la apreciación de las pruebas "consiste 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 lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta su 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 los autos". (Sentencia Casación de 23 de marzo de 1954. (LXXVII. 114 1ª).

Sólo así puede hablarse de una función estimativa contraria a la evidencia y por tanto, de un vacío tal en las probanzas, que pueda ser apto para cambiar el desenlace de la litis. Por lo demás, sólo así puede mantenerse el recurso de casación alejado de la esfera propia de la instancia, pues si cualesquiera errores en la estimación de las pruebas pudiesen ser materia de este recurso se trataría de un grado más en el trámite ordinario de los juicios.

La demanda es al proceso lo que los cimientos al edificio. De ella depende, primordialmente, la suerte de los juicios. Pero no siempre el libelo inicial es dechado de perfección jurídica e idiomática. Corto es el porcentaje de demandas que merecen esta calificación, ya por falta de preparación científica en el profesional que la compone, ora por carencia de estudio suficiente del caso, en no pocas ocasiones porque se trata únicamente de formularlas, aunque no haya apoyo legal ni moral. De ahí que se den demandas no sólo contradictorias y jurídicamente improcedentes, sino también oscuras y desordenadas, y que el Juez tenga, por tanto que interpretarlas, esto es, fijar su verdadero alcance, su genuino sentido. Algunas reglas ha consagrado la doctrina, reproduciendo aquellas que rigen la interpretación de los contratos, ya que se trata igualmente de un acto de voluntad. De esta suerte, los preceptos que componen el título 13 del Libro Cuarto del Código Civil han venido a servir de normas al juzgador en esa tarea, entre las cuales figuran aquellas que disponen mirar más a la intención que a las palabras (art. 1618); preferir el sentido en que una afirmación o una petición produzca un efecto, a aquél que no produzca ninguno (art. 1620); determinar el alcance de una parte oscura o ambigua, en armonía con el contexto del libelo (art. 1622), etc.

En esta labor del Juez de instancia goza de la autonomía que le es propia en la interpretación de las pruebas, pues la demanda es una prueba en sentido lato. No tiene sino un límite esa autonomía: el error. Pero no todo error, sino el que llega en materia de hecho, a ser obvio, evidente, cierto, y en materia de derecho, a negar o atribuír a una prueba el valor que tiene o no tiene legalmente, con reflejo tan vivo sobre el

fondo del negocio que por él hubo de torcerse el curso de la justicia.

Ahora bien. No encuentra la Sala el error de hecho alegado. Es verdad que la petición segunda formulada en la demanda cita los artículos 1092, 1093 y 1094 del C. C., pero en los hechos 2º y 3º se afirma que la causante "no hizo testamento", y que Elizabeth Villamil "dolosamente, valiéndose de falsas declaraciones, intentó y obtuvo la declaración judicial de testamento verbal" afirmaciones que para el Tribunal adicionan o complementan los motivos invocados en la referida petición segunda. Si hubiese interpretado ésta sin relación con los hechos citados, su interpretación habría sido parcial o unilateral, quebrando la unidad del libelo, es decir, la intención de quienes promovieron el juicio en busca de la declaración de inexistencia, falsedad o nulidad del testamento verbal.

Dice el fallo:

"De la anterior confrontación y estudio de las declaraciones que sirvieron al Juez, para declarar la existencia del testamento verbal, se deduce que estas son falsas en cuanto que hicieron aparecer, o simularon la existencia de las circunstancias previstas en la ley para considerar que se otorgó testamento verbal y por tanto que éste en realidad no existió".

Así, pues, el sentenciador interpretó la demanda dando a los hechos 2º y 3º el sentido que les hiciera producir un efecto y estuviese en armonía con el contexto total de la misma, cuya finalidad evidente era, se repite, que la justicia reconociera la existencia, la falsedad o la nulidad de la memoria testamentaria controvertida. Por tanto, tal interpretación está muy lejos de implicar error de hecho evidente.

C) En este motivo, los errores de hecho y de derecho comprenden también las declaraciones de los testigos, Cañón, Leitón y Páez, rendidas en las dos instancias del juicio, "porque contrariando la evidencia que de ellas surge y dando a las últimas disposiciones testificales un ilegal valor probatorio, afirma no obstante en su sentencia que en ninguna parte de las exposiciones rendidas por José Cañón, Arsenio Laitón y Teodolindo Páez aparece la declaración de que doña Elvira Villamil de Rodríguez les hubiera manifestado su propósito de testar ante ellos y que estos testigos estuvieran presentes desde el principio hasta el fin del acto testamentario".

Se considera:

El recurrente expone el motivo en cinco párráfos:

I.—En el primero sostiene que con la actuación prevista en los artículos 1094 y 1096 del C. C. "se agota la capacidad probatoria" de los testigos instrumentales, hasta el punto de que no pueden declarar de nuevo con el objeto "de ser nuevamente apreciada su credibilidad para los efectos precisos determinados en el artículo 1096", y agrega que una nueva calificación judicial de los testimonios "da origen a una situación visiblemente ilegal, anómala y conflictiva, fuera de que resultaría hecha por Juez incompetente y necesariamente fuera del término perentorio de caducidad del artículo 1093 del C. C."

En el segundo afirma que las declaraciones de los testigos instrumentales "pierden su condición y carácter de mera información sumaria de testigos para adquirir por expreso mandato de la ley la delicada y respetable calidad de acto testamentario auténtico y válido", impugnable 'por causas de fondo o por causas formales entre las cuales resulta sencillamente absurda la inventada por el Tribunal de Tunja, o sea, que los mismos testigos instrumentales declaren nuevamente ante Juez competente para que sus testimonios sean de nuevo apreciados, y agrega que "el acto testamentario es por su naturaleza esencial uno solo, e inmodificable".

En el tercero sostiene que el decreto judicial que consigna un testamento oral, es una sentencia y a la vez un testamento con presunción de autenticidad y validez.

II.—La Sala se refiere a dichos tres motivos:

Según el artículo 1097 del C. C., el testamento verbal consignado en decreto judicial podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico. Un testamento auténtico, como el abierto o el cerrado, puede ser impugnado, en primer lugar, por contravenir las normas sobre las herencias; en segundo lugar, por no reunir los requisitos de forma exigidos por la ley; en tercer lugar, por no ser hábil el testador, y en cuarto lugar, falsedad, esto es, por no haber sido otorgado por quien figura como otorgante de él, o porque habiendo sido otorgado realmente por quien se dice, ha sido alterado en alguna forma. Un testamento verbal puede ser impugnado por aquellos motivos, así como por falsedad, porque la persona a quien se le atribuye no lo otorgó, o las disposiciones que lo componen no corresponden a la verdad, por haber faltado a ella los testigos instrumentales, y por no haber presenciado la integridad de los hechos y circunstancias que constituyen el acto.

La doctrina al tratar de esta garantía de in-

pugnación no entra a discriminar los motivos para ello y no excluye la revaluación de los testimonios, por medio de los de otros declarantes, o de otras pruebas, o del nuevo testimonio de los propios deponentes instrumentales. No hacía falta el artículo 1097 "pues aunque no se hubiera consignado, la impugnación habría podido producirse", pero se explica "para evitar que se crea que por el hecho de expresar el decreto judicial que tales declaraciones y disposiciones deben tener como testamento de tal persona, ha resuelto definitivamente una cuestión de validez del testamento". —Subraya la Sala— (V. Claro Solar "Explicaciones sobre el Derecho Civil Chileno y comparado". T. 14 Nº 726, y Fernando Vélez "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano" T. 4º Nº 293).

Son contrarias, por tanto, a esta facultad de impugnación, y por consiguiente inadmisibles, las tesis del recurso:

1ª—La de que la actuación judicial encaminada a legalizar un testamento verbal, agota la aptitud probatoria de los testigos instrumentales, cuyas declaraciones son, por lo mismo, intocables. Ello supone la perfección del testimonio humano, negada por la doctrina universal; carece de apoyo en la ley y erige en inmutable testamento verbal aquél en que sólo figuran o se hagan figurar únicamente los tres testigos de rigor.

2ª—La de que una nueva calificación judicial de los testimonios da lugar a una situación ilegal, conflictiva y anómala. No se trata de una segunda calificación propiamente dicha, sino de inquirir por las causas de la impugnación propuesta, de modo que si éstas tocan con la prueba testimonial que sirvió de base al testamento, será imposible sustraerla de esa tarea revaluadora, y por la misma razón el Juez ante quien se desarrolla el litigio de impugnación, no puede ser jamás incompetente para recibir a los mismos testigos sus nuevas deposiciones.

3ª La de que es absurdo pretender probar la nulidad de un testamento verbal, con los mismos testigos instrumentales, porque sus declaraciones han quedado convertidas en un instrumento público, que conlleva la presunción de autenticidad y de verdad. Por una parte, no es que las declaraciones se conviertan en instrumento público, sino que la sentencia —que es instrumento público se sirve esencialmente de las declaraciones, para reconocer o desconocer la existencia del acto testamentario. Por otra parte, los instrumentos públicos no están exentos de la acusación de ser falsos, ni los actos contenidos en ellos de la de ser nulos.

4ª—La de que la recepción de nuevas declaraciones a los mismos testigos rompe la unidad del acto testamentario, el cual por naturaleza es uno solo e inmodificable: con la acción de impugnación no se rompe la unidad del testamento, ya consignado o reconocido; se trata de saber simplemente si puede resistir el embate de la impugnación.

5ª—La de que el decreto judicial es una sentencia "con autoridad de cosa juzgada" y a la vez un testamento con la presunción de autenticidad y validez, doble carácter al que se opone la circunstancia de quedar sometido a la impugnación con apoyo en las nuevas declaraciones de los mismos testigos instrumentales: es un fallo y un testamento, sin duda, porque el decreto Judicial declara la existencia de éste y sus términos; pero el hecho de que no haya otra prueba para atacarlo no rodea la testimonial de una presunción indesvirtuable de verdad, ni elimina tampoco la acción impugnatoria.

En una palabra, siendo así que quien tenga interés puede atacar el testamento verbal, la impugnación, que es voz genérica, comprende los diversos campos antedichos: de inhabilidad para testar, de infracción de ley relativa a las herencias, de ausencia de formalidades, y de falsedad, y en cuanto a los medios de prueba, no se excluye ninguno, según las reglas generales, así se trate de la testimonial procedente de los testigos instrumentales.

De consiguiente, no hay error de hecho ni de derecho en haber recibido como prueba las nuevas declaraciones de los citados testigos.

III.—En el cuarto motivo el recurrente afirma que las declaraciones rendidas por los testigos instrumentales en la primera instancia, son legalmente inadmisibles, de acuerdo con los artículos 596 y 701 del C. J., y "por tanto el Tribunal, al fundar la sentencia en tales nuevos testimonios incurrió en error de derecho en su apreciación, porque les dió un valor que no corresponde a su estimación legal (601 C. J.)". Esta vez la inadmisibilidad de los testimonios posteriores se funda en que existiendo incongruencias entre éstos y los primeros, deben ser desatendidos los últimamente rendidos, que son los "en que se produce la contradicción" y no los primeros, que fue lo que no hizo el fallo.

Se observa: el Tribunal, después de confrontar unos y otros testimonios, llegó a la conclusión de que no se había otorgado testamento ver-

bal alguno, por ser falsos los rendidos ante el Juez que reconoció la testamentifacción, es decir, los últimos, a juzgar por las incongruencias entre unos y otros. El recurso no puede penetrar en esa apreciación, porque no se ha probado error de hecho, y en cuanto al de derecho, el artículo 701 manda desechar los dichos de declarantes que se contradigan notablemente, como es el caso a juicio del fallador. La confrontación de aquéllos crea un problema de derecho penal, ciertamente; pero ante todo, lo crea de valoración de pruebas en el juicio civil, problema que el citado artículo 701 resuelve mandando rechazar tales testimonios, no el último, ni el primero. En esta tarea el sentenciador tiene autonomía para saber si un testigo se contradice, si se contradice de manera notable y si la contradicción versa sobre "el hecho mismo o sus circunstancias importantes". Tal autonomía no tiene otra valla que el error de hecho o de derecho, que en este caso no aparecen.

IV.—Por último, el recurrente hace a la sentencia el cargo de no haber parado mientes en las terceras declaraciones de Cañón, Laitón y Páez, recibidas en la segunda instancia. En verdad no las menciona. Pero tal omisión no implica error de hecho porque las contradicciones observadas por el Tribunal no sólo subsisten sino que se acentúan a causa de los terceros testimonios, de tal manera que si se casara el fallo por la omisión, ello a nada conduciría.

D) Este motivo consiste en el error de hecho en que incurriera el sentenciador al apreciar las pruebas de la parte demandada, por haber negado que concurriesen las circunstancias que autorizan para otorgar testamento verbal.

Para apreciar esta parte del cargo no hay que olvidar que la sentencia reposa en tres soportes: la imposibilidad jurídica de la "conversión" de un testamento que se inicia como solemne ante Notario y acaba como privilegiado verbal; la inexistencia de las circunstancias que autorizan para otorgar testamento en esta forma extraordinaria, y la falta de los demás elementos o requisitos esenciales de la misma. Siendo la "conversión" posible, en el supuesto de que hubiesen concurrido las referidas circunstancias para otorgar testamento verbal, el rechazo de los testimonios de los llamados testigos instrumentales, no dejan configurar el acto propiamente dicho. De esta suerte el error de hecho, tocante a este aspecto del cargo, no tendría incidencia en el recurso.

En consecuencia, no se acoge el segundo cargo formulado.

Tercer cargo.

Consiste en la violación, por errónea interpretación, de los artículos 1089 a 1095 del C. C., porque el fallo "inventó la institución de los testigos instrumentales y la erigió arbitrariamente en solemnidad del testamento verbal, al exigir que el testador escoja sus testigos determinadamente y los nombre e instituya como instrumentales después de manifestarles expresamente su voluntad de testar en forma verbal ante ellos".

Se considera:

Tiene razón el recurrente en cuanto sostiene que según los citados artículos no es menester que el testador oral designe especial y expresamente los llamados testigos instrumentales. Pero, no basta esta errónea interpretación de la ley para que el cargo obre, ya que por ello no desaparecen los demás fundamentos del fallo v. gr. la apreciación que hace de los testimonios.

Por vía de doctrina, por tanto, la Sala acoge la tesis del recurso, en la forma que a continuación se expresa:

1º La sentencia dice:

"Y es que los testigos **instrumentales** de que habla el código en el artículo 1094 son precisamente aquellos a quienes el testador les dijo su intención de testar ante ellos. Fuera de esos testigos pueden (sic) haber otras personas que hayan presenciado el acto y ellas pueden ser examinadas o porque el Juez lo juzgue conveniente dentro de la facultad que le dá al artículo citado o porque lo pida alguno de los interesados. Resulta de aquí una diferencia **legal entre los testigos instrumentales** y los otros testigos. De modo que si no aparece la manifestación del testador para instituír a determinadas personas como testigos **instrumentales** éstos no existen y el testamento entonces no se ajusta a las formas que le son exigibles".

Afirma el recurrente que el sentenciador creó la institución de los testigos instrumentales, haciendo del nombramiento de ellos una solemnidad del testamento oral, al exigir que el testador los escoja y nombre especialmente al otorgarlo.

2º Los artículos 1094 y 1095 del C. C. hablan de "testigos instrumentales", y el 1096 de "los testigos que asistieron por vía de solemnidad" al otorgamiento. Además, a tales testigos los llama a declarar el artículo 1095 sobre los puntos

expresados en él, y a los demás testigos sobre los señalados en el 1094, si al Juez le pareciere.

3º—Lo primero que se observa es que ningún texto le impone al testador la obligación de escoger, designar o nombrar especial y expresamente a quienes hayan de presenciar el acto testamentario. La naturaleza del testamento verbal y la necesidad que trata de atender, como las incidencias que pueden sobrevenir en su otorgamiento, no son para que quien se halla en imposibilidad de otorgar testamento más solemne, por considerar que no tiene tiempo o modo de hacerlo, se cuide de investir a determinadas personas del papel de testigos. El artículo 1090 dispone que "el testamento verbal será presenciado por tres testigos, por lo menos"; el artículo 1089, que éstos serán los mismos "desde el principio hasta el fin", y que "el testador declarará expresamente que su intención es testar"; y el 1091, que hará "de viva voz sus disposiciones y declaraciones, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan".

4º—Lo esencial está, por tanto, en que unos mismos testigos presencien el acto, sea que se les hayan o no escogido o nombrado especialmente para ello. El hecho de que diga el testador a varias personas —tres por lo menos— que sean hábiles para ser testigos de un acto de esta clase, que va a testar, o a hacer su testamento o sus declaraciones o disposiciones testamentarias, o a distribuír sus bienes para después de su muerte; o que les pida que oigan lo que va a decir sobre su última voluntad, o la forma en que quiere dejar sus bienes, etc. —porque no hay fórmulas sacramentales— envuelve un señalamiento o designación tácita para que presencien y para que luego den testimonio de lo que vieron, oyeron y entendieron. La escogencia o designación expresa de determinadas personas define de una vez su carácter de testigos "instrumentales"; la designación tácita lo define sólo cuando los interesados piden al Juez que llame a algunos de los testigos —tres por lo menos— para que declaren al tenor del artículo 1095, a menos que no hubiesen presenciado el acto sino tres personas, caso en el cual dicho carácter está predeterminado por esta circunstancia. Negar validez a un testamento oral, otorgado como lo manda la ley, sólo por no haber sido explícita y concretamente nombrados los testigos, es hacer depender la última voluntad de la persona, en la apremiante situación que justifica un acto testamentario de esta especie, de una circunstancia que en sí no puede ser esencial, desde el momento en que la intención de testar se ha expresado y las declaraciones y disposiciones testamentarias se han hecho como lo ordenan los preceptos legales, ante tres testigos aptos para presenciarlo.

5º—Siendo los testigos instrumentales, expresa o tácitamente designados, de una calidad legal más destacada, puesto que a ellos encomienda la ley el papel de transmitir al Juez el testamento, no hay duda de que pueden declarar, además sobre el interrogatorio del artículo 1094, destinado a los "otros" testigos, particularmente si sólo tres personas presenciaron el otorgamiento, porque el que puede lo más puede lo menos, y siempre que al Juez "le pareciere conducente", según las voces de dicho precepto.

6º—En el caso de testamento abierto ante Notario, que acaba en verbal, por muerte súbita del testador, el hecho de haber sido llamados para presenciar el primero, en nada obsta para presenciar el segundo legalmente, porque consta sin duda alguna la intención de testar y las declaraciones o disposiciones del testador.

7º—En resumen, no imponiendo la ley al testador la obligación de nombrar especialmente los testigos instrumentales, los puede designar o señalar en forma tácita, como antes se expuso, de suerte que la falta de designación expresa no es causal de nulidad del acto, siempre que por otra parte se llenen los demás requisitos legales.

Volviendo al cargo, se repite que no es suficiente la errónea interpretación de los textos citados para aceptar el cargo, porque el fallo reposa en otros fundamentos, los que no han sido removidos, según consta en el estudio de la acusación.

No se acoge, en consecuencia el tercero y último.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario seguido por Clodoveo Londoño y otra contra Alonso del Río Villamil y otro.

Sin costas en el recurso.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO ES NECESARIO QUE EL JUEZ QUE CONOZCA DE LAS ACCIONES SOBRE DERECHOS A LA SUCESION, DESHEREDAMIENTO, INCAPACIDAD O INDIGNIDAD DE LOS ASIGNATARIOS Y REFORMA O NULIDAD DEL TESTAMENTO, PROMOVIDAS CONTRA UNA SUCESION SEA EL MISMO QUE CONOCE DE LA CAUSA MORTUORIA

1—El juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte del ordinal 5º del artículo 152 del C. J., es en general el del último domicilio del causante y no únicamente determinado juez del respectivo circuito a quien haya correspondido como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Por tanto, la demanda que en tal caso se promueva contra una sucesión, puede ser repartida, y el juez a quien corresponda es competente para conocer de ella aunque no sea el mismo que conoce de la causa mortuoria.

2—Cuando el demandante afirma en el libelo, con protesta de no faltar a la verdad, que le es desconocida la residencia del demandado, esta manifestación es suficiente para que el juez de la causa ordene el emplazamiento previsto en el primer inciso del artículo 317 del Código Judicial, que no exige prueba alguna al respecto, como sí la exige en el caso de que trata el inciso 2º de la misma disposición.

3—El artículo 462 del Código Civil no es aplicable a los curadores especiales de que tratan las disposiciones de los artículos 583 del mismo Código y 241 y siguientes del Código Judicial.

4—Según constante jurisprudencia de la Corte, sólo la parte en cuya personería exista algún defecto puede alegarlo.

5—La calidad de heredero puede probarse en juicio no sólo con las respectivas actas del estado civil, sino también con copia del reconocimiento hecho en el juicio de sucesión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.— Bogotá, a catorce de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes:

1.—**Aminta Ordóñez,** por medio de curador **ad litem,** demandó ante el Juzgado del Circuito de Cúcuta, a los herederos de **Julio Ordóñez Valdivieso** para que se declarara:

"I.—Que Aminta Ordóñez o Buitrago es hija natural de Julio Ordóñez Valdivieso. II.—Que, como consecuencia, Aminta Ordóñez o Buitrago tiene, de manera exclusiva, derecho real de herencia sobre la universalidad de los bienes pertenecientes a la sucesión de Julio Ordóñez Valdivieso, entre los cuales hay los siguientes inmuebles: (aquí la relación y descripción correspondientes)"

En una corrección de la demanda, la parte petitoria fue adicionada así:

"A) Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda se le adjudique la herencia a Aminta Ordóñez como heredera de mejor derecho y se condene a Susana Ordóñez Valdivieso a restituírle a mi representada las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, con los aumentos que con posterioridad a la muerte del causante hayan tenido, así como también los frutos naturales y civiles que perciba después de la contestación de la demanda. B) Que se declare ineficaz y sin efecto el reconocimiento sumario que de heredera y en calidad de hermana del causante, se hizo en favor de Susana Ordóñez Valdivieso, por medio de auto dictado el 22 de mayo de 1951. C) Que se declare ineficaz y sin efectos el decreto de posesión efectiva de la herencia, dictado o que se dicte en favor de Susana Ordóñez Valdivieso en el juicio mortuorio de Julio Ordóñez Valdivieso y se ordene la cancelación de su registro".

Entre los hechos fundamentales de la demanda se encuentra el siguiente:

"1º—En el caso número 927 que se ventiló ante el señor Juez de Menores de Cúcuta contra la menor Aminta Ordóñez hija de Santos Buitrago, el señor Julio Ordóñez Valdivieso manifestó expresa y directamente que era padre natural de dicha menor, la asistió en el proceso como tal padre y como tal la recibió del Alcalde de Sardinata, comisionado al efecto por el señor Juez de Menores de Cúcuta, firmando el acta correspondiente".

Dice, por otra parte, la demanda que Susana Ordóñez Valdivieso ocupa la herencia de Julio Ordóñez Valdivieso en calidad de heredera.

2.—Expresó el demandante: "Como de los herederos de Julio Ordóñez Valdivieso sólo es conocida la señora Susana Odóñez Valdivieso, hermana legítima del causante, cuya residencia ignoro, protestando no faltar a la verdad, siendo los demás personas desconocidas o inciertas, pido que a todos se les cite en la forma indicada en el artículo 317 del Código Judicial y se les nombre curador ad litem caso de que no se presenten en el término indicado en la citada disposición".

El Juzgado, en atención a lo expuesto por el demandante, ordenó citar a los demandados en la forma prevista en la primera parte del artículo 317 del Código Judicial y, cumplidas que fueron las correspondientes formalidades, hizo la respectiva designación de curador ad litem, a quien se le dió traslado de la demanda.

Denegó el Juzgado del Circuito las peticiones de la demanda. Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Pamplona lo revocó y en su lugar resolvió:

"I.—Declarar que Aminta Ordóñez o Buitrago es hija natural del señor Julio Ordóñez Valdivieso y ordenar, en consecuencia, que se oficie al señor Cura Párroco del lugar en donde se encuentre la partida de nacimiento de la misma, para que al margen de ella se tome nota del nuevo estado civil; II.—Declarar, como consecuencia de lo anterior, que Aminta Ordóñez o Buitrago tiene derecho real de herencia sobre la universalidad de los bienes pertenecientes a la sucesión de Julio Ordóñez Valdivieso en su condición de hija natural y con exclusión de la demandada Susana Ordóñez Valdivieso; III.—Ordenar que Susana Ordóñez Valdivieso restituya todos los bienes pertenecientes a la sucesión de Julio Ordóñez Valdivieso, a la citada Aminta Ordóñez con los aumentos que con posterioridad a la muerte del causante hayan tenido,, así como también junto con los frutos naturales y civiles que haya recibido después de la contestación de la demanda; y, IV.—Abstenerse de hacer las demás declaraciones solicitadas en la adición a la parte petitoria como consecuencia de las primeras y contenidas en los puntos A), B) y C) de dicha adición".

4.—Fundó el sentenciador su decisión en las siguientes pruebas:

a) Declaración rendida por Julio Ordóñez el 6 de diciembre de 1946 en el proceso adelantado contra la entonces menor Aminta Ordóñez. Expresó el declarante: "Mi nombre y apellido es como queda dicho; natural de Girón (S.), vecino de este Municipio; tengo cincuenta y ocho años de edad; soltero, empleado público; padre natural de Aminta Ordóñez y sin generales de la ley con las otras partes en estas diligencias...." En otras partes de esta declaración se lee: "La responsable de esa pérdida era la hija mía; ella estaba en ese tiempo en el Colegio de Lourdes; yo le pregunté quién se lo había informado para llamar yo a esa persona y hacerle la averiguación correspondiente y que si salía responsable mi hija, yo le pagaba lo que fuera... No señor, no tuve disgusto ninguno con Francisco por causa de Aminta, ni mucho menos debido al robo que dicen que ha hecho mi hija".

b) Diligencia de indagatoria de Aminta Ordóñez, en la cual la asistió Julio Ordóñez, en calidad de padre. Consta en ella: "Como la indagada es menor de dieciocho años de edad se encuentra asistida en esta diligencia por su padre Julio Ordóñez, a quien el señor Alcalde le recibió juramento con las formalidades legales, el cual prestó en debida forma, prometiendo por tal gravedad cumplir fielmente con los deberes de su cargo, a su leal saber y entender".

c) Diligencia de careo efectuada el 6 de marzo de 1947 ante el Alcalde de Sardinata, en que consta que "comparecieron en el despacho de la Alcaldía Municipal la joven Aminta Ordóñez y la señora...; asistió también el señor Julio Ordóñez, padre de la menor como su representante". Firman la diligencia el Alcalde, las declarantes, Julio Ordóñez V., y el Secretario.

d) Diligencia de entrega de la menor Aminta Ordóñez a Julio Ordóñez: "En Sardinata, a veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y siete, comparecieron en el despacho de la Alcaldía Municipal el señor Julio Ordóñez y la menor Aminta Ordóñez, con el fin de verificar la diligencia de entrega solicitada por el señor Juez de Menores en el despacho que precede. El señor Alcalde puso en conocimiento del señor Julio

Ordóñez V., los ilícitos procederes de su hija Aminta Ordóñez que se refieren a la sustracción de mercancías, como cortes de telas y algunos otros objetos, como zapatos, pañuelos, cepillos, etc., del almacén del señor Leonidas Parada.

Seguidamente se le hizo saber la medida de seguridad de libertad vigilada a que fue sometida su citada hija en providencia del Juzgado de Menores de fecha dieciséis del presente mes, dictada en el sumario respectivo, bajo su dependencia y por el término que le falta para cumplir los dieciocho años de edad. Acto seguido se le hizo entrega formal de la menor al señor Ordóñez V., advirtiéndole la obligación de ejercer sobre ella una estrecha vigilancia y control; no permitirle amistades que puedan perjudicarla, ni concurrir a lugares donde pueda correr peligro su salud física o moral. Se le advirtió también a la menor la obligación en que queda de vivir sometida a la autoridad y vigilancia de su padre, no volver a cometer faltas de ninguna naturaleza y menos contra la propiedad y a observar muy buena conducta en general. Enterados cada cual de sus obligaciones, se comprometen de conformidad y en constancia se firma esta diligencia por los que en ella intervinieron. El Alcalde, (Fdo.), **Coronel Arturo Lema Posada.** — El padre de la menor, (Fdo.), **Julio Ordóñez V.** — La menor, (Fdo.), **Aminta Ordóñez.**— El Secretario, (Fdo.), **Humberto Parada**".

e) Diligencia de entrega de la menor Aminta Ordóñez a Julio Ordóñez V.: "En Sardinata, a seis de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, se hicieron comparecer en el despacho de la Alcaldía Municipal al señor Julio Ordóñez V., y a Aminta Ordóñez, con el fin de efectuar la entrega de la menor a su padre Julio Ordóñez, de acuerdo con lo ordenado por el señor Juez de Menores en el auto comisorio que antecede. El señor Alcalde le hizo entrega de la menor Aminta Ordóñez a su padre Julio Ordóñez, advirtiéndole que queda bajo su cuidado y deberá presentarla ante la autoridad competente cuando ésta lo solicite. Asímismo se le advirtió a la menor la obligación que tiene de ayudar, obedecer y respetar a su padre. En constancia se firma la presente diligencia como aparece. El Alcalde, (Fdo.), Coronel Arturo Lema Posada.— El padre de la menor, (Fdo.), Julio Ordóñez V.—(Fdo.), Aminta Ordóñez. — El Secretario, (Fdo.), Humberto Parada".

En el fallo de que se trata, expresa el Tribunal "que la prueba que se ha relacionado y transcrito en sus apartes más esenciales, por haberla suscrito el señor Julio Ordóñez y por consiguiente ser proveniente y originaria en forma indiscutible de sí mismo y especialmente por contener una confesión inequívoca de paternidad, constituye demostración suficiente del caso a que alude el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, capaz, por su variedad y fuerza convincente para el juzgador de respaldar una declaración judicial de paternidad natural".

Después de dictado el fallo de segunda instancia, la demandada constituyó apoderado para interponer el recurso de casación contra tal sentencia, que fue concedido y que ha tenido en la Corte la tramitación legal correspondiente.

El recurso de casación

5.—El recurrente acusa el fallo por las causales primera y sexta del artículo 520 del Código Judicial. La Corte procede a analizar, en orden lógico, los respectivos cargos.

Causal Sexta

6.—Dice el recurrente que en el juicio se incurrió en la causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial.

Pasa la Corte a examinar, en su orden, estas acusaciones.

A)—Incompetencia de jurisdicción

Expone sobre este punto el recurrente:

"Según la regla 5ª del artículo 152 del Código Judicial 'en el juicio de sucesión, es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional y en el caso de que, a su muerte, lo hubiera tenido en distintos Municipios el que corresponda al asiento principal de sus negocios'. El mismo Juez —añade la regla sexta del artículo 152 del Código Judicial— es competente para conocer, mientras dure el juicio de sucesión, de los que se promuevan contra la herencia, los relativos a controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, reforma del testamento, o nulidad del mismo, o de alguna de sus disposiciones. Como atrás se expuso, en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta se abrió el juicio de sucesión intestada del señor Julio Ordóñez

Valdivieso. Ese mismo Juez era competente de modo privativo para conocer del juicio de filiación natural y petición de herencia promovido por Aminta Ordóñez de Alvarez conforme a la norma clara y precisa que se deja transcrita. Pero el juicio ordinario de filiación natural y petición de la herencia se tramitó y falló en otro Juzgado distinto del que estaba conociendo del juicio de sucesión intestada del señor Julio Ordóñez Valdivieso. Fue el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cúcuta quien conoció y decidió la acción ordinaria promovida contra los herederos ab intestato del señor Julio Ordóñez Valdivieso".

A lo expuesto por el recurrente compete observar que cuando en el Circuito correspondiente al último domicilio del causante existen varios jueces de una misma jerarquía, se entiende que todos ellos son competentes para conocer de los juicios a que se refiere el ordinal 5º del artículo 152 del Código Judicial. De tal suerte que el Juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte de este ordinal es, en general, el del último domicilio del causante y no únicamente determinado Juez del respectivo Circuito a quien le haya correspondido, como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Por tanto, la demanda que en tal caso se promueva contra una sucesión, puede ser repartida, y el Juez a quien le corresponda es competente para conocer de ella aunque no sea el mismo que conoce de la causa mortuoria.

Se desecha, en consecuencia, el cargo.

B).—Ilegitimidad de la personería en la parte demandada.—Falta de citación o emplazamiento en forma legal de la misma

Considera el recurrente que en el juicio se incurrió en las causales de nulidad establecidas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial. Esto, porque a la demandada Susana Ordóñez Valdivieso se le designó curador **ad litem**, sin ser desconocida su residencia. No era el caso, según el recurrente, de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 317 del Código Judicial.

A lo cual se observa:

Que de acuerdo con la disposición del artículo 205 del Código citado, la demanda principal, o sea la petición con que se inicia un juicio, debe contener el nombre de las partes, "su vecindad o residencia, si es conocida, o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad";

Que en la demanda con que se inicia este juicio afirmó el demandante, con protesta de no faltar a la verdad, que le era desconocida la residencia de la demandada Susana Ordóñez Valdivieso;

Que esta manifestación era suficiente para que el Juez de la causa ordenara el emplazamiento previsto en el primer inciso del artículo 317 del Código Judicial, que no exige prueba ninguna al respecto, como sí la exige en el caso de qué trata el inciso 2º de la misma disposición; y,

Que, por otra parte, en el presente juicio el emplazamiento de la demandada se efectuó con estricta sujeción a lo dispuesto en el citado texto legal y la designación de curador **ad litem** se hizo una vez cumplidas las respectivas formalidades.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo.

c) Ilegitimidad de la personería en la parte demandante

Después de citar los artículos 241 y 1203 del Código Judicial, 583, 462 y 526 del Código Civil, dice el recurrente: "Para la provisión del cargo del curador **ad litem** pedido por la menor adulta Aminta Buitrago u Ordóñez, el Juzgado procedió irregularmente con violación de los anteriores preceptos. Resolvió la solicitud de plano. No oyó a los parientes de la menor. Tampoco al Ministerio Público. En estas condiciones el nombramiento del curador **ad litem** es inválido y de consiguiente ilegítima la personería del representante de la parte actora". Agrega que la acción de filiación, cuando el presunto hijo natural es incapaz, sólo puede promoverse por quien ejerza la patria potestad o la guarda, la persona que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 45 de 1936.

A lo cual compete observar:

Que la menor Aminta Ordóñez formuló al Juez del Circuito la solicitud sobre nombramiento de curador **ad litem**, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 del Código Judicial, y que a tal solicitud acompañó la partida de nacimiento, la de defunción de Julio Ordóñez Valdivieso y una información sumaria de testigos;

Que el Juez, obrando con conocimiento de causa, esto es, con la amplitud que permite el artícu-

lo 1203 del Código Judicial, accedió a la referida petición; al efecto confirmó el nombramiento de curador hecho por la menor, le dió posesión y lo autorizó para ejercer el cargo;

Que no le corresponde a la Corte entrar a estudiar la legalidad de la mencionada actuación judicial, pero sí considera conveniente advertir que el artículo 462 del Código Civil, citado por el recurrente, no es aplicable a los curadores especiales de que tratan las disposiciones de los artículos 583 del Código Civil y 241 y siguientes del Código Judicial;

Que, en el supuesto de que existiera algún defecto en la personería de la demandante, sólo podría ser alegado por ésta, según jurisprudencia constante de la Corte. (G. J., Tomo XLIII, pág. 784; Nos. 1998, pág. 560; 2040, pág. 442); y

Que, además en el presente caso concurren varias de las circunstancias expresadas en el artículo 450 del Código Judicial.

Causal Primera

Con base en esta causal, el recurrente acusa el fallo por tres extremos, que se analizarán en su orden.

A) El fallo viola, dice el recurrente, los artículos 403 y 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, conforme a los cuales no es viable la acción de filiación natural sino en vida del presunto padre. A este respecto cita el fallo de casación de 26 de abril de 1940.

En relación con este cargo basta anotar que la tesis expuesta en la sentencia citada por el recurrente fue rectificada por la Corte desde el año de 1945, en fallo de 30 de octubre de ese año que contiene un profundo y detenido estudio de las disposiciones legales antes mencionadas. A partir de esa fecha, en innumerables fallos, ha expuesto la Corte que la acción sobre filiación natural puede proponerse después de muerto el presunto padre. En sentencia reciente, de 3 de junio de este año, no publicada aún, la Corte reiteró esta doctrina y no encuentra ahora motivos para cambiarla.

B) El Tribunal, según el recurrente, incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas sobre la calidad de heredera de Julio Ordóñez Valdivieso que se le atribuye a la demandada. La condición de heredera, en concepto de recurrente, no se comprueba con copia del auto dictado en el respectivo juicio de sucesión, sino con las partidas del estado civil. Por tanto, concluye, el fallo viola los artículos 346, 347 y 1008 del Código Civil, 593 y 632 del Código Judicial.

La Corte considera:

Que el Juzgado 1º del Circuito de Cúcuta, en providencia que en copia autenticada y con las formalidades legales fue traída al juicio, declaró a Susana Ordóñez Valdivieso como heredera de Julio Ordóñez Valdivieso en su carácter de hermana legítima, con fundamento en las correspondientes actas de estado civil y que posteriormente expidió el respectivo decreto de posesión efectiva de la herencia, que en copia autenticada se encuentra en autos;

Que la calidad de heredero puede probarse en juicio no sólo con las respectivas actas del estado civil, sino también con copia del reconocimiento hecho en el juicio de sucesión, según lo ha expresado ya la Corte en varias decisiones (G. J. Tomo LIX, pág. 138; Tomo LXXI, pág. 102 y 104); y

Que, por tanto, el fallo no quebranta las disposiciones legales citadas por el recurrente.

c) El Tribunal incurre, en concepto del recurrente, en manifiesto error de hecho al aceptar como confesión inequívoca de paternidad copia de unas diligencias judiciales surtidas en el Juzgado de Menores, en las cuales figura Julio Ordóñez V., con el título de padre de Aminta Ordóñez, "ya que en tales diligencias el presunto padre asumió una actitud meramente pasiva y no puede decirse que dichos escritos emanen de Julio Ordóñez Valdivieso". Cita como violados los artículos 4º, ordinal 3º, de la Ley 45 de 1936 y 604 del Código Civil.

Para patentizar la inanidad del cargo basta anotar que la sola declaración de Julio Ordóñez Valdivieso, transcrita, en lo pertinente, en la primera parte de este fallo, constituye confesión inequívoca de paternidad, como acertadamente lo expresó el sentenciador en el siguiente paso del fallo: "La declaración que se comenta es de un apreciable valor porque en ella no sólo el declarante confesó su estado o condición de padre natural de Aminta Ordóñez bajo la gravedad del juramento, sino que también en el texto de la declaración hizo referencias muy claras y repetidas sobre la condición de hija suya, como puede observarse en el texto de la diligencia transcrita y ese testimonio por sí solo vendría a constituír prueba aceptable, la que cobra más valor con la diligencia de indagatoria y demás actuaciones en las que intervino Julio Ordóñez en su condición

de representante legal de la menor y de padre de la misma". En efecto: las expresiones empleadas por Julio Ordóñez Valdivieso en la referida declaración, no se prestan a diversas interpretaciones, son claras y precisas y fueron proferidas no a la ligera sino ante una autoridad, bajo juramento y en circunstancias excepcionalmente graves. Considera la Corte, por tanto, que se trata de una confesión que "se basta a sí misma", más que suficiente para fundar una declaración de paternidad natural conforme a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En la exposición de este cargo cita el recurrente un fallo de casación de nueve de noviembre de 1943, en el cual, dice, no se admitió como prueba de confesión inequívoca de paternidad la copia del acta de entrega que un Juzgado hizo de una menor a una persona que la recibió en calidad de padre de la misma.

A lo cual se observa que lo que el mencionado fallo resolvió fue no admitir el citado documento como prueba de que la menor hubiera sido reconocida como hija natural de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936. No se trataba de una acción sobre declaración judicial de la paternidad natural, según aparece en el siguiente aparte del fallo: "Puede decirse que esa acta dé fundamento para una declaración judicial de paternidad con apoyo en el numeral 3º del artículo 4º de la citada Ley 45 pero en el caso de autos, por una interpretación dada por el Tribunal a la demanda, que subsiste en casación, la acción no es sobre declaración judicial de la paternidad natural".

A lo dicho puede agregarse que la sentencia acusada no sólo se funda en las copias de las actas de entrega de la menor Aminta Ordóñez, sino también y principalmente, como se ha visto, en la inequívoca declaración de Julio Ordóñez ante el Alcalde de Sardinata.

S.—Resolución

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pamplona.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.— Alfonso Márquez Páez.— Con salvamento de voto, Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES

Como en otras ocasiones, me veo en el caso de salvar mi voto respecto del fallo precedente, fundado en las mismas razones expuestas en ellas, que se reducen a una: que mientras rijan los artículos 402 y 403 del Código Civil, no se puede reconocer una paternidad natural en juicio en que no haya intervenido el legítimo contradictor de que hablan esos textos.

Fecha ut supra.

Eduardo Rodríguez Piñeres

LA ACCION SOBRE FILIACION NATURAL PUEDE PROPONERSE CONTRA LOS HEREDEROS DEL PRESUNTO PADRE

Reafirma la Corte su doctrina sustentada ya en innumerables fallos a partir de octubre de 1945, y conforme a la cual la acción sobre filiación natural puede proponerse después de muerto el presunto padre, contra los herederos de éste.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

En la demanda que inicia este juicio se expresa que Antonio María López y Rosalbina Rubiano hicieron vida común cual si fuesen casados legítimamente desde el día 6 de agosto de 1939, y que durante tal convivencia procrearon cuatro hijos a los que dieron, respectivamente, los nombres de Emma, Gustavo, José Antonio y Hugo Harry, nacidos, por su orden el 25 de abril de 1940, el 15 de febrero de 1942, el 20 de octubre de 1946 y el 5 de septiembre de 1949; siendo de notarse que en las correspondientes partidas civiles de éstos, en todas las cuales figuró como declarante Joaquín Olarte R., se expresó que eran hijos naturales de los prenombrados López y Rubiano, cuyos respectivos padres se citaron.

En ese estado de concubinato vivieron ellos, según se expresa también en la demanda, primero en departamento alquilado, luégo en inmueble propio del primero, en seguida en casa de propiedad de los padres de López y por último en casa propia en la que éste murió y siguió viviendo la Rubiano, siendo de observarse que el mismo día de la muerte de López, el 10 de diciembre de 1950, éste contrajo matrimonio con aquélla, **in periculo mortis**, según consta en la partida eclesiástica, en cuya parte final se lee esto:

"Por medio de la presente anotación final se aclara que los contrayentes reconocieron como hijos habidos hasta hoy, para los efectos de la legitimación, a la niña Emma, de once años de edad, bautizada en Villapinzón (Cundinamarca); al niño Gustavo, de ocho años de edad, bautizado en la Parroquia de San Vicente de Paúl de esta ciudad; al niño José Antonio, de cinco años de edad, bautizado en la misma Parroquia de San Vicente de Paúl, y al niño Hugo Harry, de un año y dos meses de edad, bautizado en Chapinero".

Celebrado el matrimonio, López murió sin alcanzar a firmar la nota preinserta, y los hijos a quienes sus padres quisieron legitimar, vinieron a quedar sin adquirir siquiera la calidad de naturales.

Los padres de Antonio María López, Emilio del mismo apellido, y Antonia López de López, pidieron la apertura del respectivo juicio de sucesión en el cual fueron reconocidos como herederos ab intestato por el Juez Quinto del Circuito de Bogotá, en providencia de 19 de enero de 1951.

Por su parte, Rosalbina, viuda de Antonio María López, en representación de sus hijos menores, Emma, Gustavo, José Antonio y Hugo Harry, demandó a la sucesión ilíquida de su marido, representada por los mencionados López y López de López para que, con su audiencia, se declarara que sus mentados hijos menores eran hijos naturales del difunto y por ello sus herederos legitimarios.

Los demandados fueron notificados de la demanda y constituyeron apoderado para que los representara en el juicio, pero éste se abstuvo de evacuar el traslado que de aquélla se le corrió y, limitándose a hacer acto de presencia, simplemente presentó copia de carbón de una demanda, sin firma, dirigida al señor Promotor de la Arquidiócesis de Bogotá, por la que se le pide la declaración de nulidad del matrimonio de los referidos Antonio María López y Rosalbina Rubiano de López.

El Juzgado falló el pleito así:

"**Primero.**—Declárase que el señor Antonio María López, hijo legítimo de Emilio López y María Antonia de López, es el padre natural de los menores Emma, Gustavo, José Antonio y Hugo Harry López. **Segundo.**—como consecuencia de la declaración anterior, los citados menores Emma,

Gustavo, José Antonio y Hugo Harry López, en su carácter de hijos naturales del mencionado señor Antonio María López, son legitimarios y como tal (sic) tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de éste. **Tercero.**—No hay lugar a costas. **Cuarto.**—En firme este fallo, dése cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 370 del C. Civil, en cuanto hubiere lugar".

Ambas partes apelaron de esta providencia, la demandante cuanto al defecto de condenación en costas, y la demandada cuanto al fondo.

En la segunda instancia la parte demandada no alegó; la demandante sí lo hizo y obtuvo que el Tribunal Superior de Bogotá confirmara la sentencia del Juzgado pero sin costas, dado que ambas partes eran apelantes.

Contra este último fallo, la parte demandada interpuso el recurso de casación en el que la Corte pasa a ocuparse.

La casación

Dos son los motivos por los cuales se acusa la sentencia recurrida:

El **primero**: por violación de los artículos 398 del Código Civil, y 1º, 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, proveniente del error de derecho en que, según el recurrente, incurrió el sentenciador al apreciar la posesión notoria del estado civil de hijos naturales que debe durar diez años, siendo así que de los cuatro hijos sólo Emma los completó como nacida en 1940; y,

El **segundo**: por violación de los artículos 401, 402 y 404 del Código Civil, por no haberse seguido el juicio, según opinión del recurrente, contra legítimo contradictor.

En relación con estos cargos, la Corte considera:

Cuanto al **primero**, que es absolutamente infundado, dado que el fallo recurrido no se apoya en la causal de posesión notoria prevista en el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, si no en la causal de que trata el ordinal 4º del mismo artículo, o sea la consistente en la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre, en las condiciones señaladas en tal numeral.

Dice, en efecto, el sentenciador: "La demanda se encamina a que se declare que Antonio María López es padre natural de los menores ya citados López Rubiano, con fundamento en la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936". Después de analizar todas las pruebas que en relación con este hecho adujo la parte demandante, expresa: "Del contexto de estas declaraciones que, como ya se advirtió, están coadyuvadas por el dicho de los demás testigos citados dentro del juicio, se desprende claramente que las relaciones íntimas entre Antonio María López y la madre de los menores se iniciaron en 1930 (sic) y terminaron con la muerte de Antonio María en diciembre de 1950, durante el cual lapso de tiempo tuvo lugar el nacimiento de los menores demandantes, según lo constatan sus respectivas partidas; por consiguiente todos los menores demandantes están dentro de la condición que con relación a la fecha de su nacimiento determina la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para declarar judicialmente la paternidad natural".

De lo expuesto se desprende que el recurrente no atacó los verdaderos fundamentos del fallo, que, por tanto, debe subsistir.

Cuanto al **segundo**, basta anotar que la tesis expuesta por la Corte en la sentencia de 26 de abril de 1940, citada por el recurrente, fue rectificada desde el año de 1945, en sentencia de 30 de octubre, que contiene un amplio y detenido análisis de la cuestión jurídica referente al legítimo contradictor. A partir de esa fecha, en innumerables fallos ha decidido la Corte que la acción sobre filiación natural puede proponerse después de muerto el presunto padre, contra los herederos de éste. La Corte confirma hoy esta doctrina, ya que no encuentra razones suficientes para cambiarla.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá para decidir este litigio.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis F. Latorre U.— Alfonso Márquez Páez.— Con salvamento de voto, Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGIS-TRADO DR. EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES

A vuelta de firmar el fallo anterior, conformándome con el precepto legal que a ello me obliga, respetando el parecer de mis colegas, salvo mi voto por no haberse acogido el cargo contra la sentencia acusada de haberse reconocido una filiación haciendo caso omiso de lo dispuesto por los artículos 402 y 403 del Código Civil —que están vivos en la letra de éste— por los cuales se establece que tal reconocimiento no puede hacerse sino en juicio seguido con legítimo contradictor: el presunto padre que desde su tumba no puede defenderse.

Fecha ut supra

Eduardo Rodríguez Piñeres



CONSTITUYE CAUSAL DE NULIDAD EL QUE EL SUPERIOR AGRAVE LA SITUACION DEL UNICO APELANTE

La REFORMATIO IN PEJUS producida cuando existen los presupuestos procesales, conduce a través del artículo 494 del Código Judicial, que la prohibe, a configurar la causal de nulidad establecida en el ordinal 1º del artículo 448 ibidem, porque el superior no tiene jurisdicción competente sobre puntos que escapan a la sujeta materia de alzada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cincuenta y cuatro

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Pedro A. **Restrepo** P., demandó en juicio ordinario a **Abel** o **Abel de J. Henao** para que se declarara que el actor, a virtud de prescripción extraordinaria, había adquirido el derecho de dominio sobre un solar, mejoras y anexidades, en la fracción de Belén, Municipio de Medellín, según las determinaciones expresadas en la demanda, sin incluír lo vendido a terceras personas. Pidió también que, en consecuencia, se condenara a Henao a restituírle, como parte integrante del mismo terreno, una extensión determinada en el libelo, que de acuerdo con los hechos propuestos Henao le usurpó al actor con anterioridad aproximada de un año. Hizo además las súplicas complementarias tocantes a frutos, mejoras y costas.

En primera instancia el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín resolvió la litis con fecha 25 de octubre de 1951 en el sentido de declarar la prescripción adquisitiva del dominio por el demandante Restrepo P., sobre el terreno cuestionado, pero con exclusión expresa, tanto de las porciones vendidas a terceros, como también de la ocupada por Henao.

Unicamente el actor apeló del fallo, y el Tribunal Superior al desatar la alzada en proveído del 2 de mayo de 1952, revocó la sentencia del Juez, por encontrar justificada la excepción temporal de petición de modo indebido.

El demandante interpuso recurso de casación por las causales 6ª y 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y en su ordenamiento lógico se estudia nada más que la causal 6ª por cuanto de allí dimana la infirmación del fallo recurrido y hace inútil el examen de los motivos restantes. (Artículo 538, ibidem).

Alega el recurrente que los poderes del juzgador en la segunda instancia se hallan limitados no sólo por la relación que debe existir entre lo pedido y lo resuelto, sino también por la órbita de que no puede salir su propia iniciativa en el campo de la crítica para llegar al conocimiento de la verdad jurídica. Que sin pedimento nada puede otorgar el Juez; que en este proceso el sentenciador, al hacer extensivo su fallo a lo que no fue materia de la alzada, "extralimitó la esfera de su poder", "invadió jurisdicción", y se configura así el motivo de nulidad previsto en primer término por el artículo 448 del Código Judicial y, por ende, la causal 6ª de casación.

Estima que la sentencia de primera instancia en la parte no apelada, esto es en lo concerniente a la declaratoria de prescripción adquisitiva por el demandante, lleva el sello de la ejecutoria, implica la autoridad de cosa juzgada y no puede modificarse por ningún juez. Considera que si la actuación de la ley está condicionada en este caso por intereses individuales, y el demandado no ha pedido la defensa de los suyos ni ha confiado su protección a la justicia en la segunda instancia, puesto que no recurrió del fallo de primer grado y, por el contrario, aceptó íntegramente sus conclusiones, es forzosa la consecuencia de que ese proveído quedó firme en la parte favorable al actor, ya que la alzada constituye una súplica que mide la actuación de la ley dentro del sistema dispositivo, de donde arranca que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al recurrente, según lo expresa el artículo 494 del Código Judicial. El superior no puede modificar la providencia apelada en aquello que no ha sido objeto del recurso, de todo lo cual surge, en sentir del recurrente, incom-

petencia de jurisdicción, inductiva de la nulidad invocada.

Tal es en resumen la motivación aducida para sustentar la causal 6ª

Se considera:

Dentro del criterio dispositivo, en que se inspira el procedimiento civil, corresponde a los litigantes la tutela de sus propios intereses, y no a la iniciativa del juez, cuya actividad en lo que atañe nada más que a la guarda de esos mismos intereses privados, se encuentra circunscrita por las peticiones o súplicas de las partes.

El Juzgador es órgano del Estado para que se actúen las normas jurídicas en la solución de las diferencias suscitadas entre las personas. Y si en el campo donde se determina libremente la voluntad humana con plenitud de eficacia, el acuerdo real o virtual llega a porducirse para zanjar conflictos en que apenas juegan intereses privados, está de sobra la actividad jurisdiccional, por ausencia de objeto propio para el juzgamiento.

En el caso examinado resulta obvio que el demandado aceptó en su integridad la sentencia de primera instancia. Y en cuanto al actor, el acuerdo entre las partes se produjo en todo aquello que le fue favorable, desde luego que la alzada supone inconformidad, pero nada más que con lo adverso al interés del recurrente. Esto determina la medida en que el poder jurisdiccional del superior puede moverse, cuando sólo está en presencia de cuestiones atañaderas exclusivamente a los intereses privados de las partes en litigio.

Que es lo que aquí sucede. No se trataba de decidir sobre la existencia de los presupuestos procesales, como requisitos ineludibles para que el pronunciamiento del fallo tenga cabida. En sentir del Tribunal estuvo justificado el medio exceptivo de petición de modo indebido, lo cual versa en este caso sobre las condiciones de la acción, o sea sobre la legitimación en causa del actor para obtener sentencia favorable; y no sobre los presupuestos procesales, precisamente porque el fallo, cuando acoge las súplicas del actor, por necesidad viene a ser la culminación de un proceso regular con todos los presupuestos requeridos.

Si, pues, en conformidad con los principios que estructuran el proceso, pudo el fallo dictarse válidamente por el Juez **a quo,** y si entre los litigantes se formó consentimiento en lo que fue materia de resolución favorable al actor, no hay duda acerca de que el objeto propio de la alzada quedó circunscrito definitivamente en este caso nada más que a lo desfavorable al apelante, y que dentro de esos precisos límites debió moverse la actividad jurisdiccional del sentenciador en segundo grado, para no salirse del radio de su competencia.

Tanto más si se anota que en la presente hipótesis las condiciones de la acción incumben eclusivamente al interés privado, y que está dentro de tal categoría lo que el Tribunal impropiamente llama petición de modo indebido, sin ser objeto del recurso.

La **reformatio in pejus,** producida cuando existen los presupuestos procesales, conduce a través del citado artículo 494 del Código Judicial, que la prohibe, a configurar la causal de nulidad establecida en el ordinal 1º, artículo 448 ibidem, ya que el superior no tiene jurisdicción competente sobre puntos que escapan a la sujeta materia de la alzada.

Prospera ,en consecuencia, la causal 6ª

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en este proceso con fecha dos de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, y en su lugar dispone que se envíen los autos al mismo Tribunal para que se dicte nuevo fallo. (Artículo 540, C. J.).

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCIONES DE ENTREGA DE LA COSA VENDIDA Y REIVINDICATORIA. — LA VIOLACION DE LA NORMA CONFORME A LA CUAL LA APELACION SE ENTIENDE INTERPUESTA UNICAMANTE EN LO DESFAVORABLE AL APELANTE, NO PUEDE SER MATERIA SINO DE LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION

1—Si el Tribunal agrava en la sentencia la situación del único apelante y viola de este modo el artículo 494 del C. J., tal quebrantamiento implica la violación de un derecho sustantivo que encaja en la causal primera de casación, motivo por el cual en ese evento el fallo no puede ser acusado con base en la causal segunda, es decir, por incongruencia entre lo pedido y lo fallado, ni con base en la causal sexta, por nulidad del juicio, o en cualquiera de otro orden distinto al de la primera.

2—Lo que la causal segunda de casación quiere corregir es la incongruencia entre el fallo y las pretensiones de las partes en el juicio, no la incongruencia entre el fallo apelado y el que decide el recurso.

3—Conforme al art. 887 del C. J., la vía especial es la adecuada cuando es el vendedor mismo quien retiene la cosa y para pedir su entrega no hay que discutir, ventilar y decidir otras cuestiones que reclaman la vía ordinaria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Aparece de la escritura pública Nº 581 de 7 de noviembre de 1945 otorgada en El Fresno, que Carmen Julia Hernández de Rubio vendió a Julio González Navas, un inmueble situado en ese Municipio, por $ 3.000 que el comprador pagaba así: $ 900 que la vendedora dejó en manos de aquél para pagar una obligación de $ 700 respaldada con hipoteca de la finca, a favor, inicialmente de Benigno Flórez, quien había cedido el crédito a Narciso Flórez, más de $ 200 al mismo, por deuda personal de la señora de Rubio; $ 1.500 de contado, y $ 600 con dos años de plazo, sin intereses.

El comprador solucionó las deudas a favor de Flórez y en cuanto al saldo de precio por $ 600 la vendedora declaró en escritura Nº 998 de 13 de marzo de 1946 pasada en la Notaría 5ª de Bogotá, haber recibido dicha suma.

En la escritura de venta se hizo constar que la vendedora entregaría al comprador la cosa vendida al día siguiente de efectuarse el pago a Flórez, quien ocupaba la finca por habérsela dejado a éste mientras existiera la deuda, sin pagar arrendamiento ni ella intereses.

Como Flórez no restituyera el inmueble, a pesar del pago de la deuda, y hubiera continuado explotándolo en diversas formas con la cooperación de sus hijos Jesús Ma. y Narciso, el comprador por medio de apoderado, propuso juicio ordinario ante el Juez Civil del circuito de Bogotá, contra la vendedora y contra los Flórez para que se declarara:

"Que el demandante persevera en el contrato de compraventa que consta en la escritura número 581, pasada el 7 de noviembre de 1945, ante el Notario del circuito de Fresno, y que él pagó las obligaciones que contrajo en ese negocio jurídico bilateral:

"b)—Que la vendedora, Carmen Julia Hernández de Rubio, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega de la finca, objeto de la compraventa, finca cuya ubicación y linderos se puntualiza en la afirmación pertinente de esta demanda;

"c)—Que Narciso Flórez y sus hijos Narciso y Jesús María retienen indebidamente la heredad objeto del contrato de compraventa;

"d)—Que, en consecuencia, se condene, tanto a la vendedora como a los demandados Flórez, a la entrega inmediata del bien raíz dicho, junto con las cosas que forman parte de ella o que se reputan como inmuebles por la conexión con ella y también con sus frutos naturales y civiles;

"e)—Que se condene a los demandados al pago de los perjuicios sufridos por el demandante a causa del incumplimiento del contrato, perjuicios cuya cuantía se establecerá en el curso de este

juicio o en el de las diligencias que para el cumplimiento de la sentencia se actúen;

"f)—Que igualmente se condene a los demandados al pago de las costas de este juicio.

"En subsidio suplico:

"g)—Que en cabeza de Julio González Navas está radicado el derecho de dominio sobre el bien raíz, cuya ubicación y linderos se puntualizan en la afirmación pertinente de esta demanda;

"h)—Que, por lo tanto, se condene a los demandados a restituír al demandante esa finca, sea porque la tengan a título de poseedores, sea porque la retengan como poseedores a nombre ajeno aunque lo hagan sin ánimo de señor:

"i)—Que, en todo caso, esa restitución deben hacerla en los términos previstos en el Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil, para los poseedores de mala fe".

Todos los demandados se opusieron, y la señora Hernández de Rubio presentó libelo de reconvención para que se declarara que el contrato de compraventa con el demandante es "nulo por simulación absoluta"; en subsidio, rescindido por lesión enorme; y subsidio, resuelto por incumplimiento por parte del comprador.

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juez la decidió así:

"1º—Declárase que el señor Julio González Navas persevera "en el contrato de compraventa que consta en la escritura número 581, pasada el 7 de noviembre de 1945, ante el Notario del Circuito del Fresno, y que él pagó las obligaciones que contrajo en ese negocio jurídico bilateral".

"2º—Declárase igualmente que el señor Narciso Flórez retiene indebidamente la heredad objeto del contrato de compraventa.

"3º—Condénase al mencionado señor "a la entrega inmediata del bien raíz dicho, junto con las cosas que forman parte de él o que se reputan como inmuebles por conexión con él".

"4º—Declárase, por último, "que en cabeza de Julio González Navas está radicado el derecho de dominio sobre el bien raíz, cuya ubicación y linderos se puntualizan en la afirmación pertinente de la demanda".

"5º—Condénase al mencionado señor Narciso Flórez en las costas del juicio. Tásense.

"6º—Absuélvese a la señora Carmen Julia Hernández de Rubio de todos los cargos formulados en contra suya.

"7º—Niéganse las peticiones de la demanda de reconvención formulada en su nombre y, en consecuencia, absuélvese al demandante de los cargos hechos también en contra suya.

"8º—Absuélvese asímismo a los señores Narciso Flórez hijo y Jesús María Flórez de los cargos que se les hicieron.

Niéganse las demás súplicas del libelo principal".

Ninguno de los demandados interpuso apelación. El demandante sí recurrió ante el Tribunal y la segunda instancia finalizó en la siguiente forma:

"1º—Revócase la sentencia de primera instancia en sus ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º, y en su lugar se dispone:

"2º—Declárase acreditada la excepción perentoria temporal de fondo de inepta demanda en lo que mira al libelo presentado por el Dr. Juan Francisco Mújica, a nombre del señor Julio González Navas, y como consecuencia se declara igualmente que no es el caso de entrar a estudiar el fondo de las acciones principal y subsidiaria incoadas en tal demanda.

"3—No hay costas en la primera instancia, pero se condena al recurrente en las costas de la segunda instancia.

"4º—Cancélese la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro respectiva, y devuélvase al actor la caución consignada".

Contra este fallo interpuso casación el apoderado de la parte demandante, y hoy la Corte procede a desatar el recurso mediante las consideraciones que siguen:

Al examinar cuidadosamente la demanda, se observa que en ella se ejercitaron dos acciones, involucradas las dos tanto en las peticiones principales como en las subsidiarias: la derivada del art. 1882 del Código Civil, contra la vendedora, para la entrega de la cosa vendida (Título XXIII Libro 4º del Estatuto sustantivo, invocado en términos generales en la demanda), como la reivindicatoria contra los Flórez (título XII, libro segundo **ibidem,** invocado del mismo modo).

Bien o mal empleada esa acumulación procesal de acciones, el debate se trabó así, sin observación de nadie: el juicio se tramitó, el Juez lo decidió, por razones de fondo, en favor de la vendedora señora Hernández de Rubio, en cuanto a las peticiones formuladas contra ella en la demanda de González Navas; en contra de la misma señora en lo tocante a la demanda de reconvención: en lo general o principal, en contra de

Narciso Flórez (padre); y en favor de los hijos de éste. Es decir, que el fallo de primera instancia fue favorable en gran parte al actor, y en el resto adverso.

Como ya se dijo, todos los demandados se conformaron con esa decisión, puesto que ninguno de ellos apeló. El único apelante fue el actor.

El Tribunal, por motivos de procedimiento, declaró oficiosamente comprobada la excepción que no se había alegado de inepta demanda y se abstuvo de estudiar a fondo las acciones ejercitadas por González Navas.

En la Corte, el apoderado del recurrente hace una serie de cargos por la causal primera y uno por la segunda.

En cuanto a ésta, le hace al Tribunal la imputación de ser incongruente su fallo por violación del art. 494 del Código Judicial que establece por regla general la norma de que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, sin que pueda el juez empeorarle la situación, lo que implica la reformatio in pejus.

A este respecto, el recurrente dice:

"El Tribunal declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda, sin que hubiera sido propuesta ni alegada, con lo cual configuró, por exceso de poder en el pronunciamiento de la sentencia, la figura referente a la congruencia que que se denomina reformatio in pejus. Esta figura procesal es una de las limitaciones que el artículo 494 del C. J., fija a los amplios poderes del Juez ad quem y consiste en la prohibición al Juez Superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario. El principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo: consiste fundamentalmente en una prohibición. No es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del único apelante. La prohibición de reforma en contra del recurrente no es sino la consecuencia de ciertas normas generales ya anticipadas. Así, conducen hacia esa prohibición los principios del nemo judex sine actore, expresión clásica del proceso dispositivo vigente en nuestros países; del nec procedat judex ex officio, que prohibe, en línea general, la iniciativa del Juez fuera de los casos señalados en la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación" (Eduardo J. Couture —Fundamentos del Derecho Procesal Civil— 1951)".

Todo lo expuesto sobre la reformatio in pejus, en cuanto a esta noción únicamente, es exacto, pero es lo cierto que el quebrantamiento del artículo 494 del Código Judicial, implica la violación de un derecho sustantivo que encaja en la causal 1ª no en la de otro orden. En tal sentido la Corte, refiriéndose a la figura jurídica contemplada, en fallo de 20 de abril de 1950 (G. J. Nº 2081, pag. 174 dijo:

"La reforma del fallo en perjuicio del único apelante no es cosa que afecta la validez ni estabilidad de la actuación judicial, no es irregularidad que caiga dentro de ninguno de los casos previstos por la ley como determinantes de nulidad adjetiva por el vicio anotado. Es una cuestión vinculada directamente con la aplicación de la ley, con el quebranto de un precepto sustantivo que consagra el derecho a que no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercido el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. Este aspecto de ilegalidad no es tratable por la vía de la causal sexta'.

Lo dicho respecto a la causal 6ª es lógicamente extensivo a la 2ª Lo que ésta quiere corregir es la incongruencia entre el fallo y las pretensiones de las partes en el juicio, no la incongruencia entre el fallo apelado y el que decide el recurso.

Tan evidente es eso, que el abogado autor de la demanda de casación, trató de abrirle la puerta al Cargo, con la alegación de que la incongruencia consiste en que "El tribunal declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda, sin que hubiera sido propuesta ni alegada", pero tal medio tropieza con el cerrojo del art. 343 del Código Judicial, que le permite al Juez reconocer cualquier excepción perentoria (salvo la de prescripción). El Juez sí tiene abierta la puerta para hacer eso, pero claro que sin atropellar la disposición del art. 494, norma cuyo quebranto implica la violación de un derecho sustantivo, que encaja en la causal 1ª pero no en la segunda ni en la sexta.

Por tanto, el cargo examinado carece de fundamento.

Pero viene otro cargo, ese sí apoyado en la causal primera del art. 520 del Código Judicial, formulado en lo sustancial así:

"1º—Incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda, el cual consistió en haber omitido el análisis de la causa petendi al considerar, para individualizar

las acciones ejercitadas, el petitum de la demanda.

"El Tribunal afirma que ejercitó en la petición principal una acción personal emanada del contrato de compraventa celebrado con doña Carmen Julia Hernández de Rubio, la cual, por implicar un vínculo emanado de un contrato o convención no procede contra los litis consortes Flórez, quienes no intervinieron en ninguna forma en el contrato de compraventa.

"Y por lo que respecta a la acción de dominio ejercitada, consideró el Tribunal que no procede contra la contratante señora Hernández de Rubio porque González Navas no puede obtener sino la declaración personal de entrega contra la señora, en virtud de que ésta se obligó contractualmente y la acción de dominio tiene por objeto la declaración real de restitución del inmueble. Y, por el contrario, los señores Flórez como terceros obligados a respetar la propiedad, por virtud del derecho de dominio que radica en cabeza de González Navas sí estarían sujetos a la restitución del bien raíz.

"La causa petendi está integrada por las afirmaciones de las circunstancias de hecho y su calificación jurídica. El petitum, pues, por sí solo, no individualiza la acción, en virtud de que las súplicas de la demanda únicamente son la consecuencia de los hechos jurídicamente definidos que constituyen su causa. La ilación lógica que debe existir entre el petitum y la causa petendi proviene de que la individualización de la acción y su procedencia no pueden obtenerse sino del conjunto de todos esos elementos de la demanda.

"A consecuencia de ese manifiesto error de hecho que llevó al Tribunal a declarar inepta la demanda y como consecuencia a declarar "igualmente que no es el caso de entrar a estudiar el fondo de las acciones principales y subsidiaria incoadas en tal demanda", infringió el Tribunal por interpretación errónea los artículos 1882 y 1546 del C. C.

"El artículo 1882 es una aplicación directa del 1546 del C. C., el cual, según los doctrinantes, tiene su fundamento en la causa porque en los contratos bilaterales la prestación de una de las partes es la causa para la de la otra, de acuerdo con el artículo 1524 ibidem, el cual infringió directamente el Tribunal.

"El artículo 1880 ibídem, aplicado indebidamente por el Tribunal, consagra la obligación de entrega o tradición y el artículo 1605 ibídem, violado directamente por el Tribunal, define la obligación de dar en el sentido de que contiene la de entregar la cosa, con el fin, desde luego, de poner al adquirente en estado de usar el derecho transmitido.

"Según el artículo 1882 el acreedor tiene un derecho de opción; puede demandar la ejecución o la resolución de la compraventa. Puede también renunciar a la una o a la otra, expresa o implícitamente: ambas cosas resultan de que el efecto resolutorio no se produce de pleno derecho. Sin embargo, la escogencia de un extremo no implica renuncia tácita al otro. Si el acreedor ha demandado primero la resolución puede perseguir después la ejecución. O inversamente. El acreedor sólo tiene la opción referida. No puede obtener modificaciones al contrato, ni aún equitativas.

"2º—Como resultado de ese manifiesto error de hecho, el Tribunal incurrió en el inequívoco error de derecho de calificar injurídicamente la acción resolutoria tácita, ejercitada por el extremo opcional del cumplimiento como una simple pretensión o acción material civil de entrega contemplada por el artículo 1880 del C. C., en relación con el 887 del C. J., los cuales aplicó indebidamente el Tribunal e interpretó erróneamente, por ende".

"... ... ...

"El Tribunal afirma que quien tiene la acción personal de entrega carece de la acción real de restitución, lo cual es injurídico. Beudant y Lerebours-Pigeonierre dice a ese propósito: "Aún cuando propietario, que tiene a éste título el derecho de ejercitar la acción de reivindicación, el comprador, más generalmente cualquier adquirente, es acreedor de la entrega". También, pues, él violó directamente los artículos 946 y 971 del C. C."

Al enfrentar la parte expositiva de la demanda inicial del juicio, con la parte petitoria y con los considerandos de la sentencia del Tribunal, sí se destaca de modo manifiesto el error de hecho denunciado, porque no obstante que el actor acumuló en la misma demanda dos acciones diferentes: la de entrega de la casa como comprador y la reivindicatoria, figurando como demandados la vendedora y los Flórez como poseedores materiales del bien, las dos acciones no se propusieron conjuntamente contra todos, sino como principal la primera contra la señora Carmen Hernández (vendedora), y la segunda, como subsidiaria, contra los Flórez.

En este sentido entendió o interpretó mejor la

demanda el Juez de Circuito, quien encontró sin apoyo la acción de entrega contra la Hernández, por razones que luego se verán, y halló procedente la reivindicatoria contra Flórez, por motivos que no se pueden revisar, puesto que dicho señor, que fue condenado no apeló del fallo pronunciado por el Juez.

El error de hecho del Tribunal lo indujo a revocar la sentencia del Juez y a abstenerse de considerar las acciones propuestas, violando así los artículos del Código Civil que las consagran, sin que valga, por el aspecto procesal la invocación del art. 887 del Código de Procedimiento, que le hizo ver al Tribunal la irregularidad consistente en haber sometido al trámite del juicio ordinario la acción de entrega de la cosa por la vendedora al comprador, que debe llevarse por la vía especial, pues ésta, conforme al precitado artículo es la adecuada cuando es el vendedor mismo quien retiene la cosa y para pedir su entrega no hay que discutir, ventilar y decidir otras cuestiones que reclaman la vía ordinaria; como sucede en el presente caso, en que el comprador sabía, por constar en la escritura de compraventa, que el inmueble no estaba en poder de la vendedora, y que, por convenio con ella, no podía reclamarse sino cuando el comprador pagara las deudas a Flórez, cosas que no era posible discutir y definir en el procedimiento especial señalado por el art. 887, sino en el debate amplio del juicio ordinario.

Lo expuesto es suficiente para casar la sentencia recurrida.

En esta situación, compete a la Corte actuar como Tribunal de segunda instancia, y a ello se procede, previas las consideraciones que a continuación se hacen:

La apelación interpuesta por el demandante contra el fallo de primera instancia, que le fue favorable en cuanto a la reivindicación contra Flórez, debe interpretarse, lógicamente en el sentido de que el apelante preferiría que se fallara en su favor la acción principal de entrega, deducida contra la vendedora.

En lo referente a dicha acción, la Corte, como juzgador de segunda instancia, acoge los siguientes pasajes, acertados y concluyentes, en lo sustancial o principal, contenidos en la parte motiva del fallo de primera instancia:

"Postulados de la acción de entrega

"Se dijo al principio que dicha acción procede por la vía especial pero que, no obstante este obstáculo procedimental, se estudiaría la propuesta por la vía ordinaria, habida consideración de las modalidades que afectan la obligación de entregar por parte de la vendedora y de los perjuicios cuya declaración se pide por el demandante-comprador.

"Esta habilitación del procedimiento, que puede ser discutible legalmente, en manera alguna toca la acción, la cual debe reunir, para su prosperidad, todos los requisitos del caso.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, refiriéndose al punto tratado ha dicho:

"En todo el rigor jurídico, la acción especial de entrega que consagra el artículo 887 del C. J., no puede exactamente calificarse de acción posesoria. De la definición contenida en el artículo 887 del C. J., se sacan sus elementos constitutivos, los que deben aparecer acreditados en el juicio para su viabilidad, y por ende, para que se reconozca en el fallo. Son los siguientes: a) Un sujeto activo del derecho que consiste en "una persona a quien se ha transferido el dominio pleno o cualquier otro derecho real principal sobre un inmueble cuya tradición se haya efectuado por medio del registro"; b)—Un sujeto pasivo que debe ser la misma persona que transfirió el derecho real al sujeto activo o titular del derecho; c)—Un objeto determinado, o sea, un bien inmueble cierto y determinado, o cualquier otro derecho sobre el mismo; d)—Una condición de hecho consistente en que el tradente del derecho **"retenga materialmente la cosa en su poder".** (Se subraya); y e)—Una condición tácita es decir, que antes de la tradición del derecho al sujeto activo, **el tradente haya tenido la posesión material de la cosa,** dado que el vocablo "retener" empleado en la disposición significa precisamente, con relación a la posesión, la reserva de ella, es decir, la continuación de su ejercicio después de la tradición del derecho al comprador. Puede sin embargo, no ser indispensable acompañar a este certificado el título de dominio ya registrado, para acreditar el sujeto del derecho en esta acción. Dominio pleno, quiere decir, no desmembrado en ninguno de sus atributos: Utti, frui, consumere. Por otra parte la disposición emplea antepresente (ha transferido), al referirse al hecho de la tradición del dominio, y es de ley (art. 756 del C. C.) que esta tradición se consuma por la sola inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Entiende por tanto la Sala que la acción del artículo 887 tiene ca-

bida entre **adquirente y tradente directos** (Se subraya), desde que éste con su título respectivo, demuestre haber adquirido de aquél la posesión inscrita del dominio u otro derecho real principal sobre un inmueble determinado, y el hecho de la retención de la posesión material del mismo por el demandado o tradente". (Auto de 28 de septiembre de 1935 Lib. Resp. Citado en la pág. 107 del Lib. Intitulado "Curso de Derecho Procesal Civil", Parte Especial, de Hernando Morales M.).

"Con los medios probatorios que obran en los autos y que fueron objeto de consideración previa, se demuestran los requisitos comprendidos en los ordinales a), b) y c) de la providencia transcrita a manera de doctrina, mas no ocurre lo propio con los dos últimos. Veámoslo:

"En los hechos séptimo, octavo y décimo primero de la demanda se afirma que el inmueble está en posesión del señor Narciso Flórez y de sus hijos, diciendo del primero que "no solamente ha venido ocupando la finca y disfrutando de ella sin pagar arriendo, sino que **cobró intereses** de los $ 900.00 a González Navas cuando éste se los pagó y se niega a entregar la finca a su dueño".

"Consta en las escrituras de compraventa que en el momento de perfeccionarse el contrato el inmueble estaba no en poder de la vendedora sino del señor Flórez a quien aquélla se lo había entregado "mientras estuviera pendiente, el pago de estos novecientos pesos ($ 900.00).

"Y como si esto fuera poco, el señor apoderado del litis consorcio demandado acepta que los Flórez tienen y han tenido en su poder el inmueble, agregando que el señor González Navas "está en posesión de la mayor parte de la finca alinderada en el hecho 1º". En armonía con esta afirmación, en la inspección ocular practicada a instancia del demandante se comprobó que la parte alta del terreno la ocupa el señor Pompilio Aguirre, "por cuenta del señor Julio González Navas".

"Por consiguiente, está plenamente demostrada la inexistencia de los dos últimos postulados de la acción, como que la condición de hecho consistente en que la tradente demandada retenga materialmente la cosa, aparece totalmente desvirtuada con la demostración de que ésta es poseída, en parte, por cuenta del demandante, y el resto está en poder de los litis consorcio Flórez.

"De modo que la acción de entrega con las consecuencias pedidas no prospera legalmente".

Esto basta, en concepto de la Corte, para declarar fundadas las consideraciones precedentes y estimar sin apoyo la acción de entrega contra la vendedora.

En cuanto a la reivindicación propuesta y declarada por el Juez contra Narciso Flórez, es intocable la sentencia de primer grado, porque ese demandado no apeló y el recurso de apelación interpuesto por el demandante no puede volverse en su contra, como lo volvió el Tribunal.

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 recurrida, y en su lugar confirma la de primera instancia pronunciada por el Juez del Circuito de Bogotá, el 12 de mayo de 1952.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Pácz. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RECURSO DE HECHO.—CUANDO PUEDE CONSIDERARSE QUE EXISTE DUDA ACERCA DE LA CUANTIA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

El juicio especial de deslinde y el juicio ordinario que puede surgir como consecuencia de una oposición, no son juicios distintos. Se trata de un mismo juicio que se inicia como especial y que asume después el carácter de ordinario.

Por consiguiente, habiéndose señalado la cuantía en la demanda de deslinde, no es el caso de fijarla en el juicio ordinario, y, por tanto, cuando en éste no se señaló, no puede sostenerse que por este motivo haya duda en lo atinente a ella para efecto de conceder el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Ante el Juzgado del Circuito de Ibagué, **Marco S. Vera** y **Elena F. de Vera** promovieron juicio especial de deslinde de un predio de su propiedad situado en el mencionado Municipio. De la demanda se corrió traslado a **Salim A. Hosman** y **Moisés Salame**, designados como dueños del predio con el cual debía efectuarse el deslinde solicitado. Expresa la demanda que "la cuantía pasa de $ 10.000.00".

Surtida la tramitación correspondiente, el Juzgado señaló los linderos de acuerdo con lo previsto en el artículo 869 del Código Judicial.

Hosman y Salame, no conformes con el deslinde, formularon la correspondiente oposición que el Juzgado ordenó tramitar por la vía ordinaria obedeciendo a lo dispuesto en el artículo 870 del Código Judicial.

Contra la sentencia definitiva dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, interpuso, oportunamente, recurso de casación el apoderado de la parte opositora demandante.

Antes de resolver sobre el recurso interpuesto, el Tribunal, en auto de 11 de marzo del presente año, ordenó fijar la cuantía de la acción por medio de peritos. Para resolver esto, expuso:

"El apoderado de los demandantes en el juicio de jurisdicción voluntaria de deslinde, estimó (fl. 16 fte.) en su libelo en más de diez mil pesos ($ 10.000.00) la cuantía de la acción.

"Tal cuantía no fué objetada por los demandados, por lo cual quedó en firme.

'Mas como la casación no procede en juicio especial, ni el recurso impetrado en el mencionado juicio, es obvio inferir que aquélla cuantía no puede servir de base para averiguar si la sustanciación del recurso de casación es o nó prosperable.

"En el ordinario de oposición al deslinde (fls. 8 y 9 del Cuad. Nº 2), el apoderado de los demandantes no estimó la cuantía de su acción contenciosa, ni el representante judicial de los demandados en este juicio pidió su fijación.

"Existe, por lo dicho anteriormente para la Corporación un serio motivo de duda sobre el valor de la acción ordinaria. Entonces, para disipar la cual, debe recurrirse al avalúo pericial que establece el código de procedimiento civil".

Los peritos designados como principales por el Tribunal fijaron el valor de la acción en dos mil seiscientos treinta pesos

En cumplimiento de auto dictado por el Tribunal, a petición de la parte demandante, los mismos peritos, en exposición a la cual resolvió adherir el perito tercero, ampliaron y explicaron el dictamen.

No ordenó el Tribunal poner en conocimiento de las partes el escrito de los peritos que contiene las referidas ampliaciones.

En auto de tres de marzo de este año y con fundamento en el mencionado dictamen pericial, resolvió el Tribunal **no conceder** el recurso de casación interpuesto. El apoderado del recurrente, dentro del término legal, pidió **reposición** de dicho auto y en subsidio, **copia** de las piezas pertinentes del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 513 del Código Judicial.

El Tribunal en auto de veinte de marzo de este año, a vuelta de decir que la ampliación del

dictamen pericial no debía ponerse en conocimiento de las partes, expuso:

"El recurso de hecho y la correspondiente copia de lo actuado, no prosperan sino cuando se deniega el recurso de apelación. (Artículo 513 ibídem).

"Para ante la Corte Suprema no es procedente este último recurso sino cuando el Tribunal conoce de un asunto en primera instancia; y el de casación sólo se concede en relación con las sentencias y por las cuantías que indican los artículos 519 ibidem y 1º del Decreto Nº 3547 de 1950.

"Ahora bien: si contra el auto reclamado no es procedente, según la ley, el recurso de apelación para ante la Corte, tampoco es posible el recurso de hecho cuya finalidad sería la de que esa entidad superior entrara a conocer de dicha providencia.

"Sobre el particular es enfático el Art. 516 ibidem al disponer que para admitir el recurso de hecho se requiere que la apelación sea procedente, conforme a la ley.

"Fundado en tales razones, el Tribunal Superior de Iibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO REPONE su propio auto de 3 del mes en curso y NO CONCEDE el recurso de hecho ni autoriza la expedición de las copias de que trata el escrito de que se ha hecho referencia.' '

El Tribunal en la exposición que se ha transcrito, incurre en varios e insólitos errores que la Corte considera necesario rectificar:

a) Decir, como lo dice el Tribunal, que "el recurso de hecho y la correspondiente copia de lo actuado no prosperan sino cuando se deniega el recurso de apelación (Art. 513 ibídem)", implica, por parte de aquél, un inexcusable olvido de disposiciones tan claras y precisas como las de los artículos 518 del Código Judicial, según el cual las disposiciones del capítulo sobre recurso de hecho se aplican, en lo pertinente, al caso en que se deniegue el recurso de casación; y 527 de la misma obra en el cual se dispone que "si el Tribunal deniega la concesión del recurso, puede la parte intersada ocurrir de hecho a la Corte, como se dispone en el artículo 517".

b) Expresar, como lo expresa la providencia de que se trata, que "no concede el recurso de hecho" significa un absoluto desconocimiento de lo que es este recurso, claramente descrito en el artículo 513 del Código Judicial.

c) Denegar, como lo hace el Tribunal, la expedición de las copias que le fué pedida por el demandante con perfecto derecho, constituye un verdadero desaguisado que carece de explicación y que afortunadamente fue corregido al cambiar el personal del Tribunal, según lo dice el autor del recurso interpuesto ante la Corte.

El apoderado de los demandantes obtuvo más tarde que las copias le fueran expedidas y con ellas ocurrió de hecho a la Corte en escrito de 28 de junio de este año. Para decidir este recurso, la Corte considera:

a) Que la cuantía fué señalada en la demanda que inició el juicio especial de deslinde en más de diez mil pesos;

b) Que ese juicio especial, a consecuencia de la oposición formulada por una de las partes, quedó convertido en juicio ordinario, conforme a lo dispuesto en el artículo 870 del Código Judicial;

c) Que el juicio especial de deslinde y el juicio ordinario que puede surgir como consecuencia de una oposición, no son juicios diferentes como equivocadamente lo expresa el Tribunal en el auto de fecha 11 de marzo, transcrito atrás en la parte pertinente. Se trata de un mismo juicio que se inicia como especial y que asume después el carácter de ordinario.

d) Que habiéndose señalado la cuantía en la demanda de deslinde, no era el caso de fijarla en el juicio ordinario y no existía, por tanto, motivo alguno de duda en lo atinente a ella para efecto de conceder el recurso de casación; y

e) Que el auto por medio del cual el Tribunal ordenó fijar la cuantía por medio de peritos no impide la concesión del recurso ya que, como lo ha dicho la Corte, no toda resolución judicial es ley del proceso. Las únicas providencias que vinculan al Juez son las **sentencias.**

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, DECLARA que el Tribunal Superior de Ibagué ha debido otorgar el recurso de casación interpuesto; por lo mismo, CONCEDE dicho recurso y ordena que se libre despacho al Tribunal para que remita el proceso a este Despacho, previa citación de las partes.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese lo actuado en este recurso.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.—CASO DE VENTA DE UN INMUEBLE A DOS PERSONAS DISTINTAS

Cuando alguien vende una misma cosa a dos personas distintas, si se trata de un bien inmueble, adquirirá el dominio aquel cuyo título haya sido inscrito primero en el registro, aunque la fecha en que se otorgó la escritura sea posterior a aquella en que se otorgó el instrumento en favor de la otra persona.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, a diez y nueve de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Indalecio Quiceno vendió a **Soledad López** por escritura pública número 259, otorgada en la Notaría del Circuito de Pensilvania, **el 5 de agosto de 1939**, un terreno situado en el Municipio del mismo nombre.

Esa escritura fue inscrita en el Registro el **25 de octubre de 1939** (C. 1º, ff. 1º ss. y C. 2º f. 11).

Anteriormente, el mismo **Indalecio Quiceno** había vendido el mismo terreno a **Clara Rosa Quiceno** (quizás su hermana o sobrina, a juzgar por la comunidad de sus apellidos) por escritura pública número 161, otorgada en la misma Notaría el **16 de julio de 1928**, la que no fue inscrita en el Registro sino hasta el día **5 de diciembre de 1947**, según aparece del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos respectivo quien anota: "....el mismo lote de terreno ubicado en el paraje de Albania de este Distrito, por los mismos linderos especificados en la escritura 259 de que se habló en el numeral primero, inscrita en esta Oficina con anterioridad, lo que equivale a decir que el señor Indalecio Quiceno vendió en dos veces, siendo registrada en esta oficina primero el segundo título que expidió a la señora Soledad López, el cual está vigente como se dijo".

Clara Rosa Quiceno vendió lo que compró a Indalecio a **Bernardo Antonio Quiceno**, por escritura 288, otorgada en la misma Notaría el **19 de noviembre de 1938**, registrada el **20** de los mismos mes y año (C. 3º ff. 11 ss.).

Luégo Bernardo Antonio Quiceno vendió a **Martín Gallego Castaño**, por escritura número **252 de 17 de marzo de 1952**, registrada el mismo día (C. 3º ff. 16 ss.).

La identidad del predio se halla establecida, notándose que sus linderos señalados en todas las escrituras y verificados sobre el terreno en inspección ocular de que se tratará luégo, son los mismos (C. 2º, f. 8 v.).

No aparece que la López, la compradora que registró primero su escritura en 1939, haya estado en posesión material del terreno. Por el contrario, aparecen como poseedores actuales Gallego Castaño y Elías Castaño.

El primero registró su título en el año de 1952. Del segundo no aparece título; su nombre no figura sino como acreedor que fue de Bernardo Quiceno y que aseguró su crédito con hipoteca sobre el terreno, la cual fue cancelada (C. 3º, f. 14).

En estas circunstancias, Soledad López, con su título registrado como ya se estableció en el año de 1939, entabló demanda contra Martín Gallego y Elías Castaño para que se declarara:

"A)—Que de conformidad con la escritura marcada con el número 259, pasada en la Notaría de esta ciudad, con fecha 5 del mes de agosto de 1939, la cual acompaño en copia debidamente registrada, mi mandante señora López, es dueña en dominio pleno y posesión real inscrita, de la finca territorial con casa de habitación y plantaciones de café, caña, plátano, árboles frutales y demás anexidades del inmueble, ubicado en el paraje de la Albania de este Municipio, en el Corregimiento de Bolivia, conocida e identificable por la siguiente alinderación: '.....'.

"B).—Que como consecuencia de la anterior declaratoria marcada con la letra A) de este libelo, los demandados señores Gallego y Castaño, quedan en la obligación de entregarle a mi poderdante señora López, el mencionado inmueble, con todas sus mencionadas sementeras y demás anexidades, entrega que verificarán los deman-

dados, dentro del término que se les fijare en la respectiva sentencia, y que en caso de rebeldía para tal entrega, ésta se verificará por el señor Juez sentenciador o por las autoridades de Policía a quien el mismo comisionare al efecto, haciendo uso de la fuerza si ello fuere necesario, para imponer el cumplimiento de tal sentencia en cuanto a dicha entrega se refiere.

"C).—Que en consecuencia de las anteriores declaratorias marcadas con las letras A) y B), de esta demanda, los demandados Gallego y Castaño, como poseedores de mala fe, quedan condenados a reconocerle y pagarle a mi mandante señora López, los frutos naturales y civiles que hubiera podido producir el mencionado inmueble, materia de esta acción reivindicatoria, desde que se registró la escritura de mi mandante López o sea desde el día 24 de octubre de 1939 hasta que se verifique la mencionada del predio, frutos que serán tasados a peritación, dentro del término probatorio del juicio, o en las diligencias especiales sobre ejecución de las sentencias, de conformidad con las reglas que define el artículo 553 del Código Judicial, y en SUBSIDIO, si los demandados fueren calificados como poseedores de buena fe, entonces que se les condene a pagar los frutos en la forma y términos mencionados antes en este aparte,, pero a partir de la fecha de la contestación de esta demanda inicial, hasta el día en que se verifique la entrega del predio reclamado, frutos que hubiera podido producir tal fundo, administrado por mi mandante, con la prudencia y actividad de un buen padre de familia, en los términos precisos previstos en las leyes civiles sustantivas; y,

"D).—Que los demandados señores Gallego y Castaño, quedan especialmente condenados a pagarle a mi mandante señora López, las costas de este juicio, si temerariamente se empeñan en sostenerlo injustamente contra derecho".

Esta demanda fue contestada por Gallego, quien se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

Castaño no la contestó, con razón, porque su calidad de acreedor, no le daba dominio sobre el bien que era objeto de la reivindicación.

Tramitada la primera instancia del juicio, el Juez del Circuito de Pensilvania le puso fin a ella en sentencia dictada el 31 de octubre de 1952, por medio de la cual se declaró que la demandante es la dueña del predio reivindicado, después de haberse dicho, con toda propiedad, por el Juzgador lo que sigue:

"El apoderado de la actora presentó con la demanda, para establecer no sólo que se trata de una cosa singular reivindicable, sino también el dominio sobre la misma, copia del instrumento público número 259, de 5 de agosto de 1939, de la Notaría de este Circuito, con la constancia de registro, que tiene fecha 25 de octubre del mismo año, y por medio de la cual el señor Indalecio Quiceno, le transfirió el dominio que tenía en un lote de terreno en el paraje de Albania, de este Municipio, con casa de habitación, plantaciones de café, caña y plátano, por los siguientes linderos: '.....'.

"Por medio del título anterior, como se expresó ya, se establece fehacientemente la singularidad de la cosa que se pretende reivindicar, así como el dominio de ésta, que radica en cabeza de la actora Soledad López, pues conforme se desprende del certificado adjunto, del señor Registrador de II. PP. y PP., del Circuito, la inscripción del título en referencia no ha sido cancelada por ninguno de los medios previstos en el art. 789 del C. Civil. Y siendo como es, el actor, poseedor inscrito del inmueble citado es indudable que no ha perdido la posesión, pues ésta no cesa mientras no se cancele, o sea por voluntad de las partes, por decreto judicial o mediante una nueva inscripción en que el demandante transfiere su derecho a otro" (C. 1º fs. 20 y 20 v.).

Apelado que fue este fallo por la demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo revocó por el absolutorio que profirió el 6 de julio de 1953, que ha venido a la Corte en busca de su casación.

La sentencia acusada

Para fundar su decisión, el Tribunal sentenciador, a vuelta de dar por sentado que se halla establecida la identidad del predio sobre cuyo dominio versa el juicio, se produce así:

"Ya se ha dicho que con la demanda presentó la parte actora, como título de su pretendido dominio, copia auténtica de la escritura número 259 de 5 de agosto de 1939, otorgada en la Notaría de Pensilvania y debidamente registrada el 25 de octubre del mismo año. Mediante ella Soledad López compró a Indalecio Quiceno la finca que pretende reivindicar; y aunque en dicho título se dice que el tradente adquirió la misma finca por compra hecha a Cenón Quiceno, según escritura número 445 de 19 de diciembre de 1915, es lo cierto que ésta no fue traída al juicio y que,

por tanto, el único título de la actora que debe confrontarse con los del demandado es la mencionada escritura número 259.

"A su vez el señor Martín Gallego presentó los siguientes títulos de dominio: a). Escritura número 252 de 17 de marzo de 1952, registrada en la misma fecha mediante la cual le compró el mismo inmueble a Bernardo Antonio Quiceno (folios 16 y 17, cuaderno Nº 3); y b). Escritura número 288 de 19 de noviembre de 1938, registrada al día siguiente de su otorgamiento, mediante la cual Bernardo Antonio Quiceno le compró ese inmueble a Clara Rosa Quiceno (Folios 11 y 12, cuaderno Nº 3).

"Expresamente el demandado se acogió a la cadena ininterrumpida que forman los dos títulos mencionados, cuando se opuso a la acción reivindicatoria instaurada en contra suya. Y como en realidad esta cadena se remonta a una fecha que es anterior a la del título de la demandante, resulta evidente que aquél debe ser preferido en el dominio del inmueble disputado, en virtud de la mayor antigüedad de sus títulos con relación al único que exhibió la demandante. Tal evidencia produce en el ánimo del Tribunal la certeza de que el demandado debe ser absuelto de los cargos que se le formularon, previa revocatoria de la sentencia apelada, ya que frente a éste no logró demostrar la actora un mejor derecho de dominio, lo que equivale a la ausencia del primero y fundamental de los extremos configurativos de la acción reivindicatoria" (C. 4º, f. 9 v.).

La casación

El recurrente en demanda, no ceñida por entero al método que ha de seguirse en las de casación, acusa la sentencia como violadora de los artículos 752, 756, 1.873 y 2.653 del Código Civil, por no haber sido aplicados en la sentencia para reconocer, cual debiera haberse hecho, el valor que ellos dan a la inscripción en el registro de las tradiciones de inmuebles, y al de venta de un mismo bien a dos personas ,explicando así su queja:

"Como está acreditado con el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Pensilvania, de 22 de septiembre de 1952, (Cuaderno 2º, pruebas del demandante), el lote de terreno en litigio perteneció a Obdilón o Zenón Quiceno, quien lo enajenó a Indalecio Quiceno por escritura número 445 de 19 de diciembre de 1915, registrada el 28 de diciembre del mismo año. Indalecio, a su vez, transfirió su dominio en favor de Clara Rosa Quiceno, por la escritura 161 de 16 de julio de 1938, (sic) inscrita en el registro el 5 de diciembre de 1947. Esta señora, sin ser poseedora inscrita,, hizo nueva venta de ese fundo a Bernardo Antonio Quiceno, en escritura 288 de 19 de noviembre de 1938, registrada al día siguiente, y Bernardo Antonio, a su vez, lo enajenó a Martín Gallego Castaño en la escritura número 252 de 17 de marzo de 1952.

Asiste por entero la razón al recurrente, no sólo por lo que se transcribe de su demanda, sino por lo que expuso el señor Juez en la sentencia por la que decretó la reivindicación.

En efecto --si el demandado no apoya su derecho sino en su situación de poseedor de hecho y en una serie de escrituras hechas entre los Quicenos, el primero de los cuales, Indalecio, cometió el delito de vender una misma cosa a dos personas distintas—, en cambio la demandante López adquirió la finca del mismo Indalecio el **5 de octubre de 1939**, por escritura registrada el **25 de octubre del mismo año de 1939**, esto es, **más de ocho años antes de 1947**, en que fue inscrita la escritura primitiva de los Quicenos, de quienes es sucesor el demandado Gallego.

Y sobre la base de estos hechos acreditados se tiene:

Que, conforme al artículo 1.873 del Código Civil, si alguien vende a dos personas un mismo bien, será preferido aquel de los dos a quien primero se le haya hecho tradición de la cosa, y como, a tenor de lo que dice el artículo citado la que se haga de un inmueble se efectúa por medio de la correspondiente inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, se tiene que, tomando las cosas desde su fuente, de los dos títulos otorgados por Indalecio Quiceno, el uno a favor de Soledad López el año de 1939, y el otro a Clara Rosa Quiceno el año de 1928, prefiere el primero, que fue registrado en 1939, al segundo que no se inscribió sino hasta 1947.

Todo ello sobre la base fundamental consignada en el artículo 752 del Código Civil, cuyo tenor literal es éste:

"Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega 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".

(A la teoría del registro, se observa, no hay que darle, de consiguiente, una extensión que no

comporta y que la haría absurda: por medio de él se hace la tradición de los inmuebles, cuando el tradente es su verdadero dueño).

De lo que rectamente se sigue que, en el caso contemplado, es inconmovible el derecho de la actora quien adquirió el bien por el **título** de la mentada escritura de **5 de agosto de 1939** y por el **modo** de la tradición hecha a su favor por el registro de la misma el **25 de octubre de dicho año de 1939**; al paso que Clara Rosa Quiceno si bien tenía a su favor el **título** dado por Indalecio el **16 de julio de 1928**, no fue **dueña** por falta de **modo**, dado que su título no fue inscrito sino hasta el año de **1947**, y lo mismo les pasó a sus sucesores que tenían **títulos** de adquisición sin **modos** de tradición.

Ahora, por lo que toca a la prescripción alegada por el demandado, la Corte acoge lo que dijo el Juez **a quo** en este paso de su sentencia:

"De suerte, que no se niega a los demandados, especialmente a don Martín Gallego, tener en su favor título inscrito por un lapso de diez años, remontando, claro está, la tradición, a la de sus antecesores en el dominio. Pero lo de la posesión material, será cosa demostrada igualmente? Porque no basta, como ya se dejó enunciado, el simple título escriturario, sino que es necesario, de cardinal importancia, acompañar a tal título la posesión material del inmueble, y no de cualquiera manera, sino por los medios previstos en el art. 981 del C. Civil... ... ...

...Qué resulta de los anteriores testimonios? Simplemente, que, como ya se ha dejado demostrado, Bernardo Quiceno, tradente del demandado Gallego, tiene, o tenía, título inscrito respecto del inmueble que se litiga, desde 1938, pero que a tal título no puede juntar la posesión material del mismo, porque no la ha tenido durante el término fijado por la Ley. En efecto, si, como lo dicen algunos testigos, Quiceno, después de que adquirió de doña Clara Rosa del mismo apellido, poseyó por unos dos años, retirándose unos ocho, y volviendo a recuperar la posesión después de afrontar litigio con Marco Tulio Quiceno, hay que admitir, como un imperativo categórico, que la posesión de aquél resulta muy precaria o limitada, hasta el punto de que, en resumidas cuentas, nunca llegó a podeer (sic) el fundo siquiera por un espacio aproximado a los diez años. Porque si hace catorce años adquirió, se ausentó a los dos años siguientes, regresó a los ocho, y hace dos años que volvió a recuperar la posesión de la tantas veces citada finca de La Albania, se tiene así una posesión de sólo cuatro años".

Y cuanto a la objeción hecha por el Tribunal sentenciador de que la demandante no presentó la escritura 445 de 19 de diciembre de 1915 que contiene la venta hecha por Zenón Quiceno a Indalecio Quiceno, es lo cierto, de un lado, que con su título de compra a Indalecio registrado el 5 de agosto de 1939, demostró ella plenamente su derecho de dominio sobre el inmueble, y, del otro, que ella acreditó que tal título era **suficiente** según consta en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos en que aparece que ese título no ha sido cancelado debidamente, como lo exige el artículo 635 del Código Judicial (antiguo 111 de la Ley 105 de 1890).

El fallo

Las razones expuestas sirven a úna para casar el fallo acusado y fundar la decisión que lo reemplaza, por estas palabras:

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 acusada y CONFIRMA la proferida por el Juzgado del Circuito de Pensilvania. Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CUANDO EN UNA DEMANDA SE HAN ACUMULADO OBJETIVAMENTE DOS ACCIONES QUE NO PUEDEN SERLO Y ESTA SITUACION SUBSISTE EN EL MOMENTO DE PROFERIR SENTENCIA, NO PUEDE DEDUCIRSE EXCEPCION PERENTORIA Y PROFERIRSE POR TAL MOTIVO FALLO ABSOLUTORIO, SINO QUE NO ES EL CASO DE DICTAR SENTENCIA EN EL FONDO

1—No puede invocarse la causal segunda de casación por el hecho de que las peticiones de la demanda hayan sido resueltas desfavorablemente al actor, o de que las conclusiones del fallo no satisfagan al recurrente, o no estén conformes con las aspiraciones de quien promueve la litis, desde el punto de vista del éxito judicial; ni con fundamento en la circunstancia de que el Tribunal haya absuelto al demandado, pues en tales eventos no puede entenderse que quedara sin decidir algún extremo de la controversia, ni aparecería que se hubiese interpretado equivocadamente la demanda, o condenado en más o en menos, o deducido una acción distinta de la ejercitada.

2—Si en el momento de proferir sentencia definitiva, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, debe ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradición es meramente aparente: así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir ninguno, etc. De este examen puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, estén formuladas condicional o subsidiariamente en forma SUCESIVA, EVENTUAL o ALTERNATIVA, y no en forma CONCURRENTE, a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada.

Mas si la interpretación es imposible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe. Lo que ocurre en casos como éste es que por carencia de un presupuesto procesal, o sea, por falta de demanda formulada con los requisitos legales, por un vicio insubsanable del libelo, el juez no puede pronunciar sentencia favorable o desfavorable a las pretensiones del actor, porque sin existir una de las condiciones esenciales para que se haya formado y desarrollado regularmente el proceso, no puede haber fallo de fondo.

3—Es grave error erigir en excepción perentoria la simple carencia de un presupuesto procesal. Se trata de fenómenos distintos: aquélla siempre es un medio de defensa que se refiere al fondo del asunto, mientras que la última sólo afecta la constitución de la relación jurídico-procesal. Probada una excepción perentoria, el juez debe dictar fallo de fondo absolutorio. Advertida la falta de un presupuesto procesal, el juez debe abstenerse de fallar en el fondo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor. Manuel Barrera Parra)

I — Antecedentes:

1.—Por escritura número 241 extendida el 4 de agosto de 1928 en la Notaría del Circuito de Purificación, el doctor Roberto Sanmiguel Ch. celebró con los señores Wenceslao y Víctor Manuel Morales un contrato de permuta sobre varios lotes de la hacienda "La Ciudad", ubicada en jurisdicción municipal de Coyaima, procedentes de la partición realizada por el doctor Joaquín Buenaventura y pertenecientes a la sazón a sucesiones ilíquidas en las cuales eran interesados los permutantes. Principales estipulacio-

nes del contrato fueron las siguientes: a) Los Morales, herederos testamentarios de su padre legítimo don Julián Morales, transfirieron a Sanmiguel el lote número Seis denominado "Los Limones" y un derecho proindiviso en el lote número Siete denominado "La Melcocha", lotes pertenecientes a dicha mortuoria; b) Sanmiguel transfirió a los Morales el lote número Dos, perteneciente a la sucesión de su esposa legítima Elvira Morales de Sanmiguel, c) Como según la estimación del valor de los bienes permutados resultaba una diferencia a cargo de Sanmiguel, éste se obligó a cancelar el saldo en tierras del lote número Uno y conforme al avalúo dado en la partición de los bienes de Hilario Morales y Florentina Rojas; d) Cada parte permutante se comprometió a hacerse adjudicar en las respectivas sucesiones los bienes transferidos, en el término de dos años, bajo una multa de quinientos pesos (Cuad. Nº 1. fls. 2-9).

2.—Por documento privado de fecha 24 de mayo de 1932, suscrito en Bogotá, el doctor Sanmiguel formalizó con los señores Wenceslao y Víctor Manuel Morales un contrato de transacción tendiente a ponerle fin a las diferencias surgidas entre los contratantes sobre el cumplimiento de la permuta antes mencionada. En tal contrato se dejó constancia de que el doctor Sanmiguel no había podido dar cumplimiento a la referida permuta, y se acordó que éste debería pagar a los Morales determinada suma y los valores que el perito-árbitro señor Carlos Pacheco, acordado como tal por las partes, fijara a los bienes especificados en el documento. (Cuad. Nº 3. fls. 66-69).

3.—El perito-árbitro señor Carlos Pacheco rindió su dictamen dentro del término que le señalaron las partes, el cual fue protocolizado por escritura Nº 96 del 23 de junio de 1932 extendida en la Notaría del Circuito de Purificación (C. Nº 3, fls. 25-33). De acuerdo con lo resuelto por el perito-árbitro, el Dr. Sanmiguel debía pagar a los señores Morales la suma de $ 12.226,56 así: cien novillos, de contado, estimados en la suma de $ 2.200.00 y el resto, o sea, la suma de $ 10.026,56 en el término de año y medio a partir de la fecha en que se protocolizara el dictamen, con intereses corrientes en caso de mora en el pago. Los Morales quedaron obligados, por su parte, a entregar a Sanmiguel el lote número Dos de "La Ciudad" dentro del mismo término, en el mismo estado en que se encontraba al momento de rendir el dictamen el perito-árbitro.

4.—Los Morales promovieron juicio ejecutivo contra Sanmiguel ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, quien con fecha 22 de marzo de 1943 libró orden de pago por la suma de $ 10026,56, con intereses corrientes a partir del 4 de febrero de 1943 a cargo del ejecutado. A su vez, Sanmiguel inició en el mismo Juzgado juicio ejecutivo contra los Morales para la entrega del lote Número Dos de "La Ciudad", pago de perjuicios, y cesión de unos contratos de arrendamiento, y el Juzgado libró mandamiento para la entrega del inmueble y el pago de los perjuicios, en providencia del 29 de noviembre de 1943. Acumulados estos juicios, ambas partes presentaron excepciones y el incidente fue decidido definitivamente por el Tribunal en proveído del 28 de enero de 1948. Según esta decisión, está vigente contra Sanmiguel la ejecución pero sólo por la suma de $ 7.867,66 y los intereses corrientes, y contra los Morales en cuanto a la entrega del lote Número Dos de "La Ciudad" y los documentos que acrediten arrendamientos celebrados por los Morales con ocupantes del mismo lote. (Cuad. Nº 1º, fls. 10-48).

5.—Los Morales demandaron a Sanmiguel por la vía ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación el 4 de octubre de 1948, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que Roberto Sanmiguel se puso en mora de cumplir el contrato de permuta contenido en la escritura Nº 241 de 4 de agosto de 1928 de la Notaría de Purificación y que por tal motivo responsable de los perjuicios que con dicha mora causó.

"Segunda. — Que en consecuencia se declare resuelto o rescindido según proceda mejor en derecho el referido contrato, debiendo el demandado devolver a los demandantes los bienes que recibió con los frutos civiles y naturales desde la fecha en que recibió los predios hasta la fecha de la entrega.

"Tercera. — Que Sanmiguel se puso en mora de cumplir el contrato de transacción que se hizo constar en el documento privado de 24 de mayo de 1932.

"Tercera bis.—Que se declare rescindido o nulo según proceda en derecho el contrato de transacción citado en la petición anterior. Y que se declare que Sanmiguel es responsable de los perjuicios ocasionados a los Morales por razón de la mora en que aquél se puso de cumplir el contrato de transacción fechado el 24 de mayo de 1932.

"Cuarta.—Que como consecuencia de la declaración anterior debe tenerse como nó vigente el dictamen del perito Pacheco de 22 de julio de 1932 dado en cumplimiento del contrato de transacción que Sanmiguel no cumplió.

"Quinta:—Que en subsidio de las dos peticiones inmediatamente anteriores, se declare nula la cláusula once del contrato de transacción, por la cual se obligaron los Morales a entregarle a Sanmiguel el lote número 2 de "La Ciudad".

"Sexta.—Que Sanmiguel debe pagar a los demandantes no sólo los perjuicios causados por el incumplimiento de los dos contratos, el de permuta y el de transacción, sino también los perjuicios materiales y morales que les ocasionó con sus actos dolosos o culposos que ejecutó y está ejecutando con motivo de los mencionados contratos, por razón de la defensa que han tenido que ejecutar y de que dan fe los hechos de la demanda.

"Séptima.—Que Sanmiguel carece de personería sustantiva para reclamar la entrega del lote número 2 de "La Ciudad".

"Octava.—Que como consecuencia de la declaración anterior Sanmiguel es responsable de los perjuicios materiales y morales que causó a los demandantes y les está ocasionando con el juicio ejecutivo que instauró para que se le entregue el lote número 2 de 'La Ciudad'.

"Novena. — Que los demandantes son poseedores de buena fe del lote número 2 de 'La Ciudad' y tienen derecho a retenerlo mientras no se les paguen las mejoras existentes en él y se les ordene entregarlo en juicio reivindicatorio, promovido por quien no haya perdido su acción por prescripción.

"Décima.—Que al avaluarse perjuicios, mejoras etc., se tenga en cuenta el valor intrínseco de los billetes del Banco de la República en el momento en que las mejoras se llevaron a efecto o se causaron los perjuicios, en relación con el valor de esos billetes en el momento del avalúo o del pago, porque en 1928 el cambio estaba al ciento cinco por ciento en relación con el dólar, y hoy el peso sólo vale ocho centavos de dólar.

"Once.—Que se revise la sentencia de fecha 12 de julio de 1947 del Juzgado Civil del Circuito de Purificación, confirmada por este Tribunal el 28 de enero de 1948, dictada en el incidente de excepciones de los juicios ejecutivos acumulados de los Morales contra Sanmiguel y viceversa, en el sentido de declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por los Morales en el ejecutivo que les adelante Sanmiguel para que no se les obligue a entregar el lote número 2 de 'La Ciudad', se condene en costas al ejecutante y se ordene la cesación del juicio, cuyo incidente de excepciones fue fallado en los ordinales 3 y 4 de la sentencia ya citada.

"Doce.—Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene el desembargo y levantamiento del secuestro de los bienes embargados y secuestrados en el ejecutivo que sigue Sanmiguel a los demandantes.

"Trece.—Que como consecuencia de la resolución del contrato de permuta se ordene cancelar las inscripciones hechas a favor de Sanmiguel de los inmuebles que por ese contrato le transmitieron los Morales.

"Catorce.—Que se le condene en costas, si se opone".

6—A su vez Sanmiguel formalizó contra los Morales demanda ordinaria que fue acumulada a la anterior, para que se les condene: a) al pago de los perjuicios por la mora en la entrega del lote Número Dos de 'La Ciudad' y en la cesión de los contratos de arrendamiento con los ocupantes de este lote; b) a la entrega del lote citado en el estado en que lo describió el perito-árbitro señor Carlos Pacheco. También hizo otras peticiones subsidiarias relacionadas con el mismo asunto.

7—El Juzgado Civil del Circuito de Purificación en fallo del 6 de septiembre de 1950, desató la controversia así: declaró en el juicio de los Morales contra Sanmiguel el reconocimiento de la "excepción perentoria de inepta demanda", y en el juicio de Sanmiguel contra los Morales negó las peticiones del actor.

8—Ambas partes apelaron para ante el Tribunal Superior de Ibagué.

9—En sentencia de segunda instancia dictada el 14 de agosto de 1951, el Tribunal reformó el fallo del Juzgado y resolvió de la siguiente manera: a) declaró probadas las excepciones de transacción e ineptitud sustantiva de la demanda, propuestas por Sanmiguel en el juicio promovido por los Morales; b) condenó a los Morales a las costas del juicio que instauraron contra Sanmiguel; c) absolvió a los Morales del pago de los perjuicios reclamados por Sanmiguel; d) declaró probada la excepción de cosa juzgada en lo tocante a la acción de entrega, incoada por Sanmiguel en el punto segundo de su demanda; e) condenó a Sanmiguel en las costas del juicio que instauró contra los Morales.

III — Recurso de casación

Contra la sentencia de segunda instancia han recurrido en casación ambas partes formalizando en oportunidad las respectivas demandas.

Con fundamento en la causal primera del art. 520 del C. J., el apoderado de los Morales acusa la sentencia presentando seis cargos, a saber:

1º—Violación del art. 1546 del C. C. por haberse dejado de aplicar;

2º—Violación del art. 1609 del C. C. por haberlo dejado de aplicar;

3º—Infracción directa de los artículos 946 del C. C. y 887 del C. J.

4º—Violación del artículo 1617 del C. C. por aplicación indebida e interpretación errónea;

5º—Violación directa del art. 1603 del C. C.

6º—Violación directa del art. 1496 del C. C.

El mismo recurrente invoca la causal segunda del artículo 520 porque considera que la sentencia no se halla en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

El apoderado de Sanmiguel se apoya en la causal primera para formular contra la sentencia los siguientes cargos:

1º—Error de hecho evidente en la interpretación de la demanda de su poderdante, error que llevó al Tribunal a quebrantar el artículo 1546 del C. C., por indebida aplicación, y además, el artículo 2341 del mismo, por falta de aplicación;

2º—Violación del artículo 474 del C. J., por indebida aplicación al caso del pleito, a virtud de manifiesto error de derecho y de hecho en la estimación del fallo de excepciones;

3º—Violación de los artículos 1030 del C. J. y 1546 del C. C., el primero por falta de adecuada aplicación y el segundo por indebida aplicación al caso del pleito.

4º—Error de hecho evidente en la apreciación de varias pruebas, que llevó al Tribunal a quebrantar el artículo 1609 del C. C. por indebida aplicación.

III — Examen de los cargos

1º Demanda de los Morales.

El recurrente sostiene que la sentencia no se halla en consonancia con las pretenciones oportunamente deducidas por los litigantes, porque en su concepto el Tribunal ha debido pronunciarse en el fondo sobre la resolución del contrato de permuta celebrado entre los Morales y Sanmiguel, tal como había sido pedido por éste.

Para rechazar este cargo le basta a la Sala considerar que el Tribunal sí decidió sobre dicha petición, sólo que lo hizo en forma adversa a los demandantes Morales. Efectivamente al declarar probadas las excepciones perentorias de transacción e ineptitud sustantiva de la demanda promovida por dichos señores, el Tribunal se pronunció contra la resolución del contrato impetrada por ellos.

En numerosos fallos la Corte ha repetido que el motivo segundo de casación tiene lugar cuando la sentencia acusada resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido, o se deja de resolver sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas siendo el caso de hacerlo. Pero en manera alguna puede invocarse por el hecho de que las peticiones de la demanda hayan sido resueltas desfavorablemente al actor, o de que las conclusiones del fallo no satisfagan al recurrente, o no estén conformes con las aspiraciones de quien promueve la litis, desde el punto de vista del éxito judicial; ni con fundamento en la circunstancia de que el Tribunal haya absuelto al demandado, pues en tales eventos no puede entenderse que quedara sin decidir ningún extremo de la controversia, ni aparecería que se hubiese interpretado equivocadamente la demanda, o condenado en más o en menos, o deducido una acción distinta de la ejercitada.

Como atrás se vió, el recurrente invoca la causal primera de casación y con base en ella expone seis cargos, todos de violación de la ley sustantiva en los que alega el quebratamiento de los artículos 946, 1498, 1546, 1603, 1609 y 1617 del Código Civil. Aunque el recurrente no lo expresa, aparece claro que la acusación de la sentencia estriba en la violación directa de tales normas.

En el primero cargo se habla de violación del artículo 1546 del C. C., que consagra la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, y se sustenta en la afirmación de que Sanmiguel no cumplió el contrato de permuta celebrado con los Morales.

En el segundo cargo se señala como infringido el art. 1609 del C. C. sobre la mora en los contratos bilaterales, y se funda en la circunstancia de que Sanmiguel fue el primero de los contratantes que se puso en mora de cumplir las obligaciones nacidas del contrato de transacción acordado con los Morales.

En el tercer cargo se indican como violados

los artículos 946 del C. C. y 887 del C. J., pues el recurrente estima que Sanmiguel carece de personería sustantiva para reclamar la entrega de lote Número Dos de 'La Ciudad', ya que no es dueño del inmueble.

En el cuarto cargo se considera el quebrantamiento del artículo 1617 del C. C. por aplicación indebida e interpretación errónea. El recurrente explica que la condena en perjuicios a cargo de Sanmiguel no puede consistir en el pago de los intereses sobre las sumas a que resultó obligado en la transacción, porque la plenitud de la indemnización exige se tenga en cuenta la desvalorización de la moneda, ya que a la fecha en que los Morales entregaron los inmuebles a Sanmiguel los billetes tenía "un valor intrínseco y adquisitivo de $ 1,05 por peso oro americano, y hoy sólo valen US $ 0,08 por peso del Banco de la República."

En el quinto cargo se afirma la infracción del artículo 1603 del C. C., que obliga a la ejecución de buena fe en los contratos, porque Sanmiguel no puede pretender que el precio de los lotes de los Morales y sus mejoras sea hoy el mismo del año de 1932.

Y en el sexto cargo se alega la violación del artículo 1498 del C. C., que define los contratos conmutativos, porque en concepto del recurrente al quedar, como consecuencia del fallo acusado, los inmuebles enajenados por los Morales en 1928 a favor de Sanmiguel, por una suma que es inferior a la décima parte del que realmente tienen hoy, se rompe la equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe.

Se considera:

El Tribunal rechazó la demanda de los Morales principalmente por lo siguiente:

a)—Porque habiéndose celebrado una transacción para terminar las diferencias surgidas entre los Morales y Sanmiguel respecto del cumplimiento del contrato de permuta celebrado entre las mismas partes en 1928, tal transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia (arts. 2469, 2470 y 2483 del C. C.), y ya no es posible entrar a juzgar de nuevo sobre el incumplimiento de la permuta.

b)—Porque la demanda de los Morales acumuló objetivamente acciones opuestas entre sí, a saber: resolución del contrato de permuta; indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de transacción; rescisión o nulidad de la permuta y de la transacción revisión de las sentencias de excepciones en los juicios ejecutivos, y nulidad de la cláusula once del contrato de transacción. Tal acumulación indebida, contraria a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 209 del C. J., genera ineptitud sustantiva en la demanda, que inhibe al juzgador para decidir en el fondo la controversia.

Auncuando en verdad la sentencia recurrida expone otros soportes para desechar las súplicas contenidas en la demanda de los Morales contra Sanmiguel, la parte resolutiva del fallo reza así:

"1º Declárase probadas las excepciones de transacción y de ineptitud sustantiva de la demanda, propuestas por el doctor Sanmiguel, a la que le promovieron los señores Víctor Manuel y Wenceslao Morales;

"2º Condénase a éstos en las costas del juicio que le promovieron al doctor Sanmiguel, en ambas instancias".

Como se puede observar, ninguno de los cargos formulados por el recurrente tiene relación con los motivos que el Tribunal tuvo en cuenta para rechazar las peticiones de la demanda.

Ni se alegó ni se demostró error de hecho o de derecho en la interpretación que el Tribunal diera al contrato celebrado entre los Morales y Sanmiguel el 24 de mayo de 1932, que en concepto del juzgador es una transacción. Ni se alegó ni se demostró que el Tribunal se equivocara en la interpretación del artículo 2469, que define el contrato de transacción.

Por otra parte, tampoco el recurrente formuló a la sentencia cargo alguno en relación con la ineptitud sustantiva de la demanda. Es verdad que en el capítulo de su demanda de casación, que el recurrente titula "Generalidades", se hace una crítica al fallo por haberse deducido esta excepción como perentoria de fondo. Pero no se acusa la sentencia por este motivo. Dice el recurrente:

"Por la ley del menor esfuerzo, los jueces han inventado una excepción perentoria desconocida en la técnica jurídica y que denominan "inepta demanda sustantiva".

"Los vicios de forma o de fondo de que adolezca la demanda, de conformidad con los artículos 205 y 737 del Código Judicial, deben advertirse antes de darle curso, según el precepto del artículo 738 de la misma obra. Pero si se le da curso, aún equivocadamente, la cuestión queda precluída y el fallador obligado a sentenciar en el fondo.

"Los vicios internos o externos de la demanda, no constituyen, no pueden constituír excepción

perentoria, porque esto valdría tanto como decir: "La demanda fue mal formulada, luego el demandante carece de derecho". Es excepción perentoria la que se opone a lo sustancial de la acción, o todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió, según los términos de los arts. 328 y 329 del Código Judicial. De consiguiente, la excepción perentoria o desconoce la existencia de la obligación (medios, de defensa, que llamaban los romanos), o la declaran extinguida, si alguna vez existió excepciones propiamente dichas en el lenguaje romano). Es, pues, algo que ataca el derecho que hiere el fondo o sustancia de la acción. Pero si lo que ocurrió, en concepto del juez y del Tribunal en el caso de autos, fue que estuvo mal pedido, ello no entraña, ni puede entrañar una excepción perentoria. La demanda le ha debido ser devuelta al demandante para que la corrigiese o aclarase, pero no podía sometérsele a la larga y ponderosa tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, para decirle a la postre que su petición inicial había sido defectuosa, que no se reconocían, ni desconocían sus derechos, en una palabra, que no se le definían sus derechos.

"En estas condiciones resulta en extremo difícil el recurso de casación, porque no hay sentencia propiamente dicha para atacar. Se va a atacar la **no sentencia,** porque en realidad el Tribunal se abstuvo de fallar".

El recurrente no atacó formalmente la ilegalidad del fallo por este aspecto. No hizo razonamiento para destruír los que tuvo en cuenta el sentenciador para deducir la ineptitud sustantiva de la demanda a causa de haber acumulado objetivamente acciones contradictorias entre sí. Ha debido alegar y demostrar que, al contrario de lo expuesto por el Tribunal, no existía oposición en las peticiones del libelo de los Morales contra Sanmiguel, y que por ello se incurrió en violación del artículo 209, Ordinal 3º, del Código Judicial —disposición sustantiva, según doctrina de la Corte, V. Casación del 9 de marzo de 1943, Números 1993-1995, LV. 45—, ya en forma directa por aplicación indebida o errónea interpretación de tal norma, ora en forma indirecta a causa de evidente error de hecho en la apreciación de tal demanda.

En estas condiciones, la Sala no puede entrar a examinar los cargos aducidos por el recurrente, los cuales han de rechazarse.

Pero por vía de rectificación doctrinal, la Sala expone las siguientes consideraciones:

Cuando se presenta una demanda con acumulación objetiva de acciones, el primer deber del juez es examinar si se reunen los requisitos exigidos por el artículo 209 del C. J., a saber: a) si el juez es competente para conocer de todas ellas; b) si pueden sustanciarse por la misma cuerda siguiendo igual procedimiento judicial; c) si no son contrarias e incompatibles entre sí, para lo cual debe fijarse si se han ejercitado en forma concurrente o condicional. Si de este examen llega a la conclusión de que no es viable la acumulación, el juez debe abstenerse de dar curso a la demanda y devolverla a efecto de que sea corregida o aclarada, expresando claramente los defectos de que adolece por tal aspecto. (C. J., artículos 205, 737, 738).

Admitida la demanda por el juez, el demandado puede proponer la excepción dilatoria de inepta demanda por el mismo motivo, pues una acumulación indebida de acciones la hace inadmisible por carencia de los requisitos señalados en la ley. (C. J., artículos 209, 330, 331, 714).

Pero si en el momento de proferir sentencia definitiva, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, qué es lo que debe hacer? Ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradicción es meramente aparente: así, estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir ninguno, etc. De este examen puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, estén formuladas condicional o subsidiariamente en forma **sucesiva, eventual** o **alternativa,** y no en forma **concurrente,** a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada.

Mas si la interpretación es imposible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe. Lo que ocurre en casos como éste es que por carencia de un presupuesto procesal, o sea, por falta de demanda formulada con los requisitos legales, por un vicio insubsanable del libelo, el Juez no puede pronunciar sentencia favorable o desfavorable a las pretensiones del actor, porque sin existir una de las condiciones

esenciales para que se haya formado y desarrollado regularmente el proceso, no puede haber fallo de fondo.

El procesalista español Manuel de la Plaza, exponiendo los defectos de la constitución de la relación procesal, dice:

"La primera de estas irregularidades se relaciona con los llamados, desde que BULOW introdujo esa denominación en la técnica, **presupuestos procesales**, es decir, requisitos previos para la regular constitución de la relación procesal.

'Es preciso, ante todo, que el órgano requerido para pronunciar la decisión tenga jurisdicción para hacerlo; es necesario, además, que le esté atribuída competencia es inexcusable que los litigantes tengan capacidad jurídica y capacidad procesal, y es obvio también que para que la demanda surta sus efectos procesales esté correctamente formulada, según las normas que, para cada uno de los procesos, se hallen establecidos en los distintos sistemas legislativos. Y es esta también materia que acusa en la disciplina procesal la mayor o menor perfección de su normativa; porque, habida cuenta de que la falta de viabilidad de los presupuestos puede suponer el ejercicio inútil de una actividad, la economía que es principio inspirador del proceso, y, aún más, el prestigio de la función judicial, exigen que la vigilancia de esa falta de condiciones sea función que el Juez pueda ejercer **ex officio**, sin dejarla reservada al cuidado de las partes.

"El tratamiento de los presupuestos procesales es una prueba más de la sustantividad de la relación procesal, en relación con la jurídico-material que se actúa en el proceso, como lo demuestra el hecho de que la legitimidad o ilegitimidad de esos presupuestos se plantea en el momento de constituirse la relación; el de que, doctrinalmente al menos, es esa una cuestión que debe abordarse y resolverse de oficio, y sobre todo, que auncuando, en algunos casos, el vicio puede ser remediado, el hecho de declararse mal constituída la relación no impide la incoacción de un procedimiento ulterior, en que con las garantías que ofrece una relación procesal, correctamente constituída, pueda ejercitarse, **de nuevo**, la acción de derecho material". (Manuel M. Plaza, "Derecho Procesal Civil Español, Vol. I, página 354).

Es grave error erigir en excepción perentoria la simple carencia de un presupuesto procesal. Se trata de fenómenos distintos: aquélla siempre es un medio de defensa que se refiere al fondo del asunto, mientras que la última sólo afecta la constitución de la relación jurídico-procesal. Probada una excepción perentoria el juez debe dictar fallo de fondo absolutorio. Advertida la falta de un presupuesto procesal, el juez debe abstenerse de fallar en el fondo.

En el caso examinado el Tribunal de Ibagué incurrió en estos errores. Declaró la ineptitud sustantiva de la demanda por acumulación indebida de acciones, como excepción perentoria, tratándose apenas de la carencia de un presupuesto procesal que daba lugar a una inhibición para pronunciarse en el fondo del negocio. Y así mezcló dos fenómenos distintos para darles igual efecto, pues declaró como excepciones perentorias la transacción —que sí lo es— y la ineptitud sutantiva de la demanda, que es mero **impedimento procesal.**

2º—**Demanda de Sanmiguel**

Primer cargo. — El recurrente estima que el sentenciador cometió error de hecho evidente en la apreciación de la demanda formulada por el doctor Sanmiguel contra los Morales, por lo cual el Tribunal quebrantó el art. 1546 del C. C., que aplicó indebidamente, y el artículo 2341 del mismo Código, que dejó de aplicar. En concepto del recurrente, Sanmiguel ejercitó dos acciones indemnizatorias de contenido y alcance diferentes: una principal, por responsabilidad contractual, fundada en el incumplimiento del contrato de transacción, y otra subsidiaria por responsabilidad extracontractual, fundada en las maniobras ilícitas de los Morales consistentes en el abuso del derecho de litigar, impidiendo la entrega del lote Número Dos de "La Ciudad" dentro de la ejecución.

Se considera:

El Tribunal apreció que en la demanda se habían acumulado dos acciones indemnizatorias por perjuicios en el incumplimiento de la transacción: una principal enderezada al pago de los perjuicios causados a Sanmiguel por la demora en la entrega del inmueble desde la fecha del vencimiento del plazo señalado por el perito-árbitro, y otra subsidiaria dirigida al pago de los perjuicios por la no entrega del mismo inmueble a partir de la fecha en que Sanmiguel consignó en el Juzgado la suma de dinero a que se refiere la ejecución promovida por los Morales.

La Sala encuentra que no existe manifiesto error de hecho en la interpretación del Tribunal respecto de la demanda. Ni en los fundamentos de hecho ni en las citas de las disposiciones legales del libelo, aparece con evidencia el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontrac-

tual a causa del abuso del derecho de litigar. El Tribunal apreció la demanda en sentido distinto del deducido por el apoderado de Sanmiguel, sin que aparezca una interpretación arbitraria, opuesta a las voces claras del libelo.

En consecuencia, se rechaza este cargo.

Segundo cargo. — El recurrente afirma que el Tribunal violó el art. 474 del C. J., por indebida aplicación al caso del pleito, a virtud de manifiesto error de hecho y de derecho en la estimación de fallo de excepciones. En concepto del recurrente, el Tribunal ha debido ordenar la entrega a Sanmiguel del inmueble retenido por los Morales, auncuando en el ejecutivo existiera ya la misma orden. La cosa juzgada deducida por Tribunal no es obstáculo para reiterar en el juicio ordinario la orden de entrega librada en la ejecución.

Se considera:

Es indudable que la orden de entrega del inmueble reclamado por Sanmiguel fue objeto de un mandamiento ejecutivo que no fue revocado en el fallo de excepciones. En la apreciación de la prueba respectiva el Tribunal no incurrió en error de hecho ni en error de derecho. El mismo recurrente acepta que la entrega del lote Número Dos está ordenada en la ejecución de Sanmiguel contra los Morales. Entonces mal puede hablarse de apreciación errónea de la prueba y de violación del art. 474 del C. J. No tiene fundamento el cargo.

Tercer cargo. — El recurrente alega violación del artículo 1030 del C. J. por falta de adecuada aplicación, a causa de que no se revisó la sentencia de excepciones en lo relativo a los perjuicios cobrados por Sanmiguel a los Morales; y quebrantamiento del artículo 1546 del C. C. por indebida aplicación al caso del pleito. Enjuicia el cargo la absolución de los demandados respecto de los perjuicios reclamados por Sanmiguel.

Se considera:

La razón fundamental que invocó el Tribunal para negar los perjuicios es la consideración de que Sanmiguel no puede deducir tal acción por haber incumplido el contrato de transacción. Es la **exceptio non adimpleti contractus** consagrada en el artículo 1609 del C. C. No existiendo mora, mal podían cobrarse los perjuicios. De tal suerte que no hay para qué examinar el alcance de los preceptos que el recurrente estima infringidos en este cargo. Se desestima en consecuencia.

Cuarto cargo.—Se afirma error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta para considerar a los Morales exentos de culpa en el incumplimiento del contrato de transacción, y se alega por esta causa violación del art. 1609 del C. C. El recurrente expone al respecto algunas críticas a las pruebas examinadas por el Tribunal, para así desvirtuar las conclusiones del fallo recurrido.

Se considera:

No encuentra la Sala el flagrante error de hecho. El Tribunal estudió los distintos elementos probatorios allegados a los autos y dedujo que los Morales no eran responsables por la mora en la entrega del inmueble, siendo distinta la conducta de Sanmiguel. Esta apreciación que es resultado del examen del haz probatorio no puede atacarse en casación, ya que no hay en ella manifiesto error de hecho.

El Tribunal hace las siguientes afirmaciones que tienen respaldo en el proceso:

"El doctor Sanmiguel fue requerido para el pago de su obligación y para que recibiera el lote con fecha 29 de enero de 1943 (folios 11 y 12 Cuad. Nº 1) y no pagó; se le notificó el mandamiento ejecutivo y no pagó, pidió que le remataran bienes, apeló del mandamiento de pago y siguió litigando; y sólo vino a cumplir la orden del Juzgado el 26 de julio de 1948 después de transcurridos más de cinco años. Imposible que pretendiera que le entregaran el lote de terreno, antes de cumplir él por su parte sus obligaciones, entre ellas el pago de las mejoras. De ahí que el juez que conoce de la ejecución con muy buen sentido le impusiera el pago de su deuda como condición para entregarle el terreno".

No está demostrado el cargo.

III — Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal de Ibagué el 14 de agosto de 1951 objeto del presente recurso.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.— José J. Gómez. — José Hernández Arbeláez. —Ernesto Melendro L., Secretario.

NO HAY RATIFICACION TACITA SI EL HECHO CONSTITUTIVO DE LA MISMA LO REALIZA EL MENOR LLEGADO A LA MAYOR EDAD DESPUES DE HABER INTENTADO LA DEMANDA DE NULIDAD DEL ACTO

1—Si el hecho constitutivo de la confirmación o ratificación tácita del acto nulo se realiza después de promovido el juicio de nulidad, no se opera la dicha confirmación o ratificación tácita, porque siendo la demanda manifestación expresa de la voluntad del demandante de no sanear la nulidad, este querer expreso debe prevalecer sobre el tácito o presunto. En otros términos, la presunción de que el menor llegado a la plena capacidad tuvo intención de ratificar el acto nulo, se desvanece, en este caso, ante su voluntad expresa de obtener la declaración de nulidad. Esto es así porque la ratificación no es otra cosa que la renuncia a la acción de nulidad y contra la presunción de renuncia a esa acción prevalece la voluntad expresa de ejercitarla.

2—Para que haya ratificación tácita de un acto nulo, no basta que el menor haya ejecutado los actos calificados como de ratificación; es necesario, además, probar que esos actos los ejecutó después de haber llegado a la mayor edad y con intención de ratificar.

3—El simple hecho de que el menor no hubiera denunciado su edad y antes la hubiera ocultado no lo inhabilita para obtener la nulidad (artículo 1744 del C. C., inciso segundo); para tal inhabilitación se requiere, además, que haya habido de parte suya una maniobra o maquinación fraudulenta para inducir a la otra parte al contrato, pues esta maquinación es el hecho constitutivo del dolo. Y esa maniobra debe ser distinta de la simple afirmación que haga el menor de ser mayor o del simple hecho de ocultar su menor edad. Tal es el sentido del citado inciso segundo del artículo 1744 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía)

Zoilo Alvarez legó a Ligia, María Francisca y Luis Alberto Alvarez, un inmueble situado en jurisdicción del municipio de Medellín, fracción de "El Poblado", en el sitio llamado "Loma de Porras", por linderos determinados. Los legatarios permutaron esta finca con Luis Montoya Ardila, por una casa situada en Medellín, en el barrio denominado 'Campo Valdés", por linderos también determinados. La permuta se hizo según la escritura 3.696 de 9 de junio de 1947, otorgada en la Notaría 4ª de Medellín. El valor del inmueble dado por los Alvarez se fijó en quince mil pesos ($ 15.000.00) y el de la casa de Montoya en nueve mil ($ 9.000.00). Montoya dió los seis mil pesos ($ 6.000.00) restantes, así: dos mil ($ 2.000.00) en dinero, y cuatro mil ($ 4.000.00) destinados a adquirir de Arturo Velásquez los derechos de Ligia y María Francisca Alvarez en el inmueble objeto del legado, que éstas habían enajenado a Velásquez con pacto de retroventa.

El apoderado de Luis Alberto Alvarez demandó a Luis Montoya Ardila ante el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín. Las peticiones de esta demanda dicen así textualmente:

"**Principal:**—La nulidad del contrato de permuta celebrado por mi poderdante con el demandado en este juicio, contrato que se encuentra consignado en la escritura pública número 3.696 de 9 de junio del año de 1947, otorgada en la Notaría cuarta del circuito.

"**Principal:**—Y cómo consecuencia de la anterior, la restitución por parte del demandado de la finca objeto de la permuta, con sus frutos civiles y naturales y no sólo los percibidos sino también los que hubiere podido percibir mi poderdante con mediana inteligencia y cuidado.

"**Principal:**—Las consecuencias de las anteriores peticiones sobre restitución, cancelación de la correspondiente escritura y los gravámenes legales.

'**Principal:**—Se sirva comunicar al señor Regis-

trador de instrumentos públicos del circuito el embargo preventivo del bien objeto de esta demanda; o la inscripción de esta demanda.

"**Subsidiaria:**— Subsidiariamente a las anteriores impetro la rescisión del contrato por lesión enorme.

"**Subsidiaria:**—La resolución del contrato de permuta "con indemnización de perjuicios".

Además de los hechos que ya se relataron atrás, fueron alegados los siguientes, como fundamentales de la demanda:

"Siendo mi poderdante menor de edad fue sugestionado por algunos comisionistas de la localidad (comisionistas no inscritos en la Cámara de Comercio) para que permutara sus derechos hereditarios con el señor Luis Montoya Ardila, permutación que se realizó pese a la advertencia hecha por mi mandante de que todavía no tenía la edad requerida por las leyes colombianas para poder permutar lo suyo;

"Igualmente incluyeron los mismos intermediarios y el permutante Montoya sobre las hermanas de mi poderdante, comuneras en los derechos hereditarios, a fin de que realizaran tal operación.

"Y, así, por medio de la escritura pública número 3696 de 9 de junio del año de 1947, cuando aún no tenía mi poderdante veinte (20) años se perfeccionó el contrato de permuta. No sobra advertir que él, fuera de la nulidad que impetraré en esta demanda, está viciado igualmente por **lesión enorme o mayor engaño,** ya que la propiedad entregada por los herederos Alvarez Ochoa vale más de treinta mil pesos ($ 30.000.00) y en cambio, lo dado por el permutante Montoya Ardila si con mucho puede subir a trece mil pesos ($ 13.000.00) esto por el valor comercial de los bienes".

En segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, desató así la controversia:

"1º—Son improcedentes las excepciones propuestas.

"2º—Se declara nulo, de nulidad relativa, el contrato de permuta celebrado entre el demandante y el demandado que puntualiza la escritura Nº 3696, de 9 de junio de 1947, de la notaría cuarta del circuito de Medellín.

"3º—Como consecuencia de la declaración de nulidad las cosas vuelven al estado anterior y las partes deben ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, el demandante, para poder ejercer sus derechos de comunero como copartícipe de una cuota de tercera parte en la heredad ubicada en el paraje conocido con el nombre de "Loma de Porras", de la fracción de El Poblado, de este distrito, a que se refiere la demanda, deberá sufragar previamente la suma de cinco mil quinientos setenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 5.573.33) m/c., tercera parte de la cantidad de diez y nueve mil setecientos veinte pesos ($ 19.720.00) m/c., en que fueron avaluadas las mejoras útiles implantadas por el demandado, lo mismo que la tercera parte de los impuestos predial y de valorización pagados por éste.

"4º—El derecho de tercera parte en la casa de habitación de adobes y tejas, ubicada en el barrio Campo Valdés de esta ciudad y especificada en la escritura Nº 3696 citada, que había adquirido el actor como consecuencia de nulidad, pasa al dominio del demandado, pero el actor debe librarlo previamente del gravamen hipotecario que lo afecta lo mismo que de cualquier otro gravamen".

Por auto de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y dos, el tribunal corrigió el error aritmético consistente en haber fijado en cinco mil quinientos setenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 5.573-33) y no en seis mil quinientos setenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 6.573.33) la tercera parte de las mejoras útiles hechas por el demandado, a que se refiere el ordinal 3º de la parte resolutiva de su fallo.

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandada, la Corte procede a decidir sobre él, previas las consideraciones que siguen:

Cargos a la sentencia

El litigio está planteado así:

Ambas partes convienen en que el contrato fue celebrado cuando el demandante era menor de veintiún años. Pero el reo alega que el actor, después de haber llegado a la mayor edad, lo ratificó tácitamente, por haber usufructuado la porción del inmueble que recibió en permuta y por haberla hipotecado para garantizar un préstamo de dinero. También alega que el demandante cometió dolo para inducirlo a contratar.

A continuación se consideran, por separado, los cargos que el recurrente hace a la sentencia del tribunal.

Primer cargo.—a). La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente de-

ducidas por la parte actora (artículo 520 del C. J., ordinal 2º), pues ésta pidió en la demanda que se declarara "la nulidad total del contrato de permuta contenido en la escritura Nº 3696 de fecha 9 de julio de 1947 de la notaría cuarta del circuito de Medellín, sin limitarla a su derecho de tercera parte; pide la restitución de la totalidad de la finca sin tener en cuenta el mismo punto; la cancelación total de la escritura y de su registro; y, subsidiariamente, la rescisión por lesión enorme y la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, también sin limitar el pedimento a la cuota de su derecho".

Observando la parte petitoria de la demanda se echa de ver que el apoderado del actor pidió literalmente: "la nulidad del contrato de permuta celebrado por mi poderdante con el demandado". Es decir que, ni aún atendiendo a la pura letra aparece, como lo afirma el recurrente, que el demandante hubiera pedido la nulidad del contrato celebrado por las otras dos permutantes, sus hermanas Ligia y María Francisca, sino sólo la del contrato celebrado por él. Ahora bien, como entre los hechos en que funda su petición enuncia el de que el inmueble objeto de la permuta le fue legado **en comunidad** con sus dos hermanas y el de que lo dió en permuta **de consuno** con ellas, resulta, evidentemente, de los literales términos de la demanda considerados en conjunto, es decir, sin separar arbitrariamente la parte petitoria de la enuncitiva de los hechos en que se apoyan las peticiones, que la **intentio** se refiere a la cuota de tercera parte **pro indiviso** y no a la totalidad del inmueble y, por consiguiente, que no hay tal incongruencia entre el fallo y la demanda.

b)—Por otra parte, para fundar este primer cargo alega el recurrente que el actor, para ser consecuente con sus propósitos, debió pedir también la nulidad de la adjudicación del inmueble permutado que fue hecha al demandado en el juicio de sucesión de Zoilo Alvarez, y que es su título de dominio. Sobre este punto se expresa así el tribunal:

"Al hacer el recuento de los antecedentes del pleito se dijo que el demandado había adquirido el inmueble especificado en la escritura Nº 3696, permutando los derechos que a Ligia, María Francisca y Luis Alberto Alvarez se les había asignado en la memoria testamentaria del finado Zoilo Alvarez.

"Con la adquisición de esos derechos, el demandado se hizo subrogar en la respectiva causa mortuoria de Alvarez, habiéndosele adjudicado en la partición correspondiente el inmueble asignado por el causante a los susodichos Alvarez.

"Fundado en este hecho dice el señor apoderado del demandado que como el actor se limitó a solicitar en el libelo la nulidad de la escritura relacionada con el contrato de permutación sin impugnar la adjudicación que se le hizo en la mortuoria, prospera la excepción de petición de modo indebido, porque al pedir la declaración de la nulidad en juicio deben atacarse o impugnarse todos los títulos que se relacionen con ella.

"Estima la Sala que en el caso de autos es suficiente impetrar la declaración de nulidad del contrato que recoge la escritura número 3696 varias veces citada que fue en donde intervino el demandante como si fuera civilmente capaz, siendo así que no podía obligarse por sí mismo debido a su minoridad. Como merced a la transferencia que por este contrato le hicieron los legatarios al demandado fue "por lo que éste logró conseguir que se le subrogara en los derechos de los Alvarez en la sucesión del finado Zoilo Alvarez, decretada la nulidad, oficiosamente debe ordenarse que se hagan las anotaciones correspondientes en la oficina de Registro sobre la adjudicación que en los derechos del demandante se le hizo al demandado en el juicio mortuorial a que se viene aludiendo".

La Corte, por su parte, considera que si el título en virtud del cual se adjudicó al demandado, en la mortuoria de Zoilo Alvarez, el inmueble de que se trata, fue el de sucesor en los derechos de legatarios que tenían los permutantes Alvarez, es claro que la sentencia declaratoria de la nulidad, total o parcial, de ese título, tiene como secuela necesaria la invalidez total o parcial de aquella adjudicación. El efecto jurídico de la rescisión del contrato de permuta de la cuota **pro indiviso** perteneciente al actor, es que las cosas vuelvan al estado que tenían antes del acto nulo, esto es, que esa cuota **pro indiviso** vuelva al patrimonio del demandante y la recibida en cambio, al del demandado. Solicitada, pues, la declaración de nulidad del título en virtud del cual fue adjudicada la cuota al demandado y pedida, además, la restitución de ella, resulta que en este pedimento está comprendido el de la cancelación del registro de la adjudicación, pues esta cancelación es presupuesto necesario de aquella restitución. Tampoco, tiene, pues, fundamento legal, por este aspecto, el cargo primero.

Segundo cargo.—Consiste este cargo en que el tribunal violó los artículos 1743, 1752 y 1754 del C. C. Se funda en que el sentenciador no reconoció la ratificación tácita, por el demandante, del acto a que se refiere la nulidad pedida en la demanda. Esta confirmación tácita consistió en haber usufructuado y haber hipotecado la cuota indivisa que recibió en permuta después de haber llegado a la mayor edad.

Sobre esta materia dice el tribunal:

"La ratificación tácita de que habla la ley exige acto o actos voluntarios e intencionalmente encaminados a purgar la convención del vicio que la invalida.

"El hecho que se considera no demuestra la configuración de la modalidad jurídica de la confirmación del acto relativamente nulo, puesto que ella debe consistir, como uniformemente lo exigen la doctrina y la jurisprudencia, "en hechos positivos, cumplidos por la parte, que indiquen de manera clara la intención de renunciar a la acción de nulidad, como verbi-gracia la ejecución voluntaria del acto anulado hecha ya durante la plena capacidad y con absoluto conocimiento de causa, porque tal ejecución no se comprendería si no existiera la intención de sostener el acto anulado".

"Pero no se quiere significar con lo que acaba de decirse, que la hipotecación del bien hecha por la persona que puede solicitar la nulidad, cuando ya es plenamente capaz, no implique la confirmación tácita del acto jurídico viciado de nulidad. El hecho de hipotecar el bien implica la confirmación tácita del contrato viciado de nulidad relativa. Así lo han entendido los doctrinantes. Puede verse al respecto lo sostenido por Planiol y Ripert en su Tratado "Derecho Civil Francés", quienes tratando de la confirmación tácita en el T. VI, pág. 427, dicen qué puede resultar del cumplimiento voluntario, total o aún parcial realizado en un momento en que la obligación podía ser confirmada (art. 1338, párr. 2). El cumplimiento consiste, por parte del deudor, en el pago y por parte del acreedor, en recibir ese pago o en las gestiones realizadas a fin de obtenerlo. Al cumplimiento debe equipararse todo acto que necesariamente implique por parte del que lo ejecuta la confirmación del acto; especialmente el ejercicio de los derechos adquiridos por el contrato, aun cuando sea realizando algún acto en relación con terceros. Esos diversos actos solamente valen como confirmación cuando se realizan con conocimiento del vicio y con la intención de subsanarlo. La voluntad o el conocimiento tácito se prueban por medio de presunciones...".

"Mas como en el caso de autos el actor hipotecó el derecho adquirido del demandado luego de haber incoado la correspondiente acción de nulidad, la presunción de sanear que puede inferirse del acto de la hipotecación, ha desaparecido con la expresa voluntad de que se produzca la declaración de nulidad claramente manifestada en el libelo".

El tribunal enumera entre las condiciones necesarias para que se produzca la ratificación tácita del acto nulo, que ella se haga **con ánimo deliberado de subsanarlo,** ánimo que, justamente por no ser expreso sino tácito, debe resultar, como lo enseña la doctrina, de presunciones. Lo cual significa que el efecto confirmatorio resulta, en tales casos, de que el acto de que se trata funde la presunción de haber existido la intención de confirmar o ratificar. Tal acto viene a ser, pues, la demostración de esa intención tácita. Pero dicha presunción no puede subsistir si quien ejecutó el acto confirmatorio expresó su voluntad en contrario, es decir, su voluntad de no confirmar o ratificar el acto nulo.

En el presente caso, el tribunal ha estimado que, habiéndose constituído la hipoteca —que es el hecho sobre que se fundamenta la intención presunta de ratificar— después de presentada la demanda y siendo esta demanda la manifestación expresa de la voluntad del demandante de no sanear la nulidad, este querer expreso debe prevalecer sobre el tácito o presunto. En otros términos, la presunción de que el menor llegado a la plena capacidad tuvo intención de ratificar el acto nulo, se desvanece, en este caso, ante su voluntad expresa de obtener la declaración de nulidad. Esto es así porque la ratificación no es otra cosa que la renuncia a la acción de nulidad y contra la presunción de renuncia a esa acción prevalece la voluntad expresa de ejercitarla.

Podría pensarse, sin embargo, que si se permitiera, en estos casos, destruír los efectos del hecho constitutivo de la confirmación o ratificación tácita con solo promover el juicio de nulidad, no llegaría nunca a presentarse el caso de poder alegar esa ratificación tácita como una excepción próspera contra la acción de nulidad. Se responde que así sería si se admitiera que la demanda destruye la presunción de renuncia a la acción de nulidad cuando esa presunción se funda en un **hecho confirmatorio** anterior a esa demanda. Pero si el hecho es posterior a él, darle el alcance

de renuncia tácita del demandante a la acción, sería como equipararlo a un **desistimiento del pleito** sin el lleno de las condiciones exigidas por la ley para tal desistimiento (artículo 461 del C. J.).

Lo dicho se refiere a la ratificación tácita que quiere apoyarse en la constitución de la hipoteca. Pero, además, el recurrente alega que el tribunal no consideró la confesión del demandante contenida en la respuesta a la décima-octava de las posiciones que absolvió en el juicio, y según la cual es cierto que recibió la cuota de tercera parte dada en permuta por Montoya, y que la había venido disfrutando sin impedimento alguno.

El tribunal no se refiere en su fallo a esta confesión, por lo cual estima el recurrente que sufrió error de hecho en la apreciación de esa prueba y que, a consecuencia de ese error, infringió los artículos 1743 y 1752 a 1756 del C. C., que reglamentan lo relativo a la ratificación o saneamiento del acto nulo.

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste 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 lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber 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 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". (Casación de 23 de marzo de 1954. G. J. Nos. 2138 y 2139, página 119).

Lo primero que debe examinarse es, pues, si el hecho que aparece evidentemente demostrado con la confesión del demandante es tal que tenga la fuerza de fundar la excepción de confirmación o ratificación del acto nulo, que el demandado opone a la acción del demandante. En otros términos: para que el error de hecho en la apreciación de esta prueba de confesión, que ha sido alegado por el recurrente, incida sobre el fallo, es preciso que el hecho que aparece evidentemente demostrado con la confesión que el tribunal no tuvo en cuenta o pasó por alto, constituya una confirmación o ratificación tácita del contrato de permuta hecha por el menor después de haber llegado a la mayor edad y con la intención de confirmar o ratificar dicho contrato. Porque solamente en ese caso la no consideración por el tribunal de ese medio de prueba (error de hecho) podría haber tenido como resultado la violación de los textos legales que el recurrente cita. Esos textos son, en efecto, los que definen la confirmación o ratificación **tácita del acto nulo.**

Ahora bien: con la confesión de que se trata no aparecen manifiesta o evidentemente probados todos los hechos necesarios para fundar dicha excepción. De esa confesión resulta, sin duda, que el menor recibió su cuota y entró a ejercer sobre ella actos de disfrute, pero no que la recibiera y la hubiera empezado a disfrutar después de que dejó de ser incapaz. Al contrario, de la escritura de permuta, hecha cuando el demandante era menor, aparece que en la fecha de ella recibió, en común con sus hermanas, el inmueble dado por Montoya. Desde esa fecha entró, pues, a disfrutar de su cuota parte. No aparece que, al llegar a la mayor edad, hubiera ejecutado Alvarez acto alguno en relación con el inmueble que recibió en la fecha de la celebración de la permuta, distinto de haber continuado en el uso y goce de él. Pues en la confesión en que se funda el cargo que se está examinando, sólo reconoce el demandante que recibió la cuota y que la ha venido disfrutando sin impedimento alguno.

Si aparece, pues, que la recibió y entró a disfrutarla **cuando era menor de edad,** no puede considerarse que la simple persistencia de ese estado sin que a éste se agregara **ningún acto nuevo** demostrativo de su voluntad de renunciar a la acción de nulidad y **ejecutado después de llegar a la mayor edad,** baste para fundar la presunción de que, **al dejar de ser incapaz,** quiso ratificar el acto nulo, o sea, renunciar a la acción de nulidad. La verdad de esta aseveración se ve mejor teniendo en cuenta que la ley da al menor, después de que llegue a la mayor edad, un plazo dentro del cual puede ejercer esa acción. Ese plazo es el término de la prescripción. Si en el presente caso se admitiera que el demandante perdió su acción por no haber ejecutado, al llegar a la mayor edad, un acto positivo para demostrar

su voluntad de no aceptar el contrato nulo, se echaría sobre él por una parte, la carga de la prueba del hecho negativo de no haber querido, ya mayor, renunciar a esa acción; lo que sería evidentemente violatorio de las normas legales que definen la ratificación tácita, pues éstas exigen un acto positivo demostrativo de la voluntad de renunciar a dicha acción; o bien, se le obligaría, para destruír esa presunción en su contra, a demandar la nulidad del acto inmediatamente después de llegado a la mayor edad; lo cual sería violatorio de las normas que definen la prescripción de la acción y señalan su término.

No basta que el menor hubiera ejecutado los actos calificados como de ratificación; es necesario, además, probar que esos actos los ejecutó después de haber llegado a la mayor edad y con intención de ratificar. Se concluye, pues, que la aludida confesión no es prueba de que, en este caso, se verificara la ratificación; por tanto, aunque el tribunal no la hubiera tenido en cuenta, ello no constituye un error de hecho en la apreciación de esa prueba, bastante para acarrear la violación de los artículos del Código Civil citados por el recurrente. Este cargo es, pues, infundo.

Tercer cargo.—Este se funda en que el menor cometió dolo para inducir al demandado a contratar. Fue formulado así:

"Incurrió, pues, el H. Tribunal en error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas: a). De la confesión hecha por el demandado en posiciones que contradijo palmariamente la demanda; b). De las declaraciones de los testigos Epifanio Montoya y José María Torres; y c). Del certificado de paz y salvo de la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, obtenido subrepticiamente para dar la apariencia de mayor edad. La interpretación errada de estas pruebas, llevó a dicha entidad a la violación del art. 1744 del C. C., en primer término, y consecuencialmente de los arts. 1740, 1741 inciso final, 1743, 1745, 1746 y 1747 ibídem".

Debe tenerse en cuenta, para considerar este cargo que el juez que falla un litigio juzga sobre si están probados o no los hechos fundamentales de la acción o excepción y cuáles de ellos están probados; y sobre si esos hechos que aparecen probados son suficientes para fundar dicha acción o excepción. En este pleito es verdad que el demandante alegó como hecho fundamental de la demanda, que **había sido sugestionado,** siendo menor de edad, por el demandado y los comisionistas, para que celebrara el contrato. También es verdad que confesó en posiciones tomadas en el juicio, (respuesta a la pregunta décima-cuarta) que Luis Montoya no lo había **"inducido ni sonsacado"** para que realizara la venta. Pero el solo hecho de que fuera menor de edad cuando celebró el contrato basta para fundar su derecho a pedir la nulidad; la circunstancia de que no estén probadas las sugestiones del demandado, pues el demandante reconoce en la citada confesión que no existieron, no incide sobre el fallo.

El testigo Montoya, a quien el recurrente se refiere en este cargo, declara que no sabía que el demandante fuera menor de edad ni se percató de ello, pues su apariencia no lo hacía sospechoso de tal. El testigo Torres afirma simplemente, que Alvarez no denunció su menor edad sino que, por el contrario, la ocultó "maliciosamente". No dice por qué estima **maliciosa** esa ocultación. Estos dos testigos fueron de los comisionistas que tomaron parte en la negociación. Pero el simple hecho de que el menor no hubiera denunciado su edad y antes la hubiera ocultado no lo inhabilita para obtener la nulidad (artículo 1744 del C. C., inciso segundo); para tal inhabilitación se requiere, además, que haya habido de parte suya una maniobra o maquinación fraudulenta para inducir a la otra parte al contrato, pues esta maquinación es el hecho constitutivo del dolo. Y esta maniobra debe ser distinta de la simple afirmación que haga el menor de ser mayor o del simple hecho de ocultar su menor edad. Tal es el sentido del citado inciso segundo del artículo 1744 del C. C. El hecho, pues, de que el demandante no **denunciara u ocultara** su menor edad tampoco incide sobre el fallo, pues por sí solo no constituye el dolo a que se refiere el texto legal.

Dice el recurrente que el certificado de paz y salvo fue obtenido **subrepticiamente** por el menor para dar la apariencia de mayor edad, mediante una maniobra que consistió en hacerle poner a ese certificado el número de la cédula postal para engañar así al notario y al contratante. El tribunal no encontró que estuviera probada esta maniobra. El recurrente tampoco señaló al formular este cargo cuáles fueron los elementos probatorios que el tribunal pasó por alto o no consideró y con los cuales esté probado, **de manera evidente,** que el menor hizo aquella maniobra dolosa sirviéndose de la cédula postal. Por tanto, no puede hablarse, a este propósito, de

error de hecho evidente en la apreciación de la prueba.

Se concluye, pues, que tampoco está fundado este tercero y último cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha cinco (5) de junio de mil novecientos cincuenta y dos (1952), que ha sido objeto de este recurso. Las costas que se hayan causado en el recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía. — **Manuel Barrera Parra.**—**José J. Gómez R.**—**José Hernández Arbeláez.**—**Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.



LA SENTENCIA QUE DECRETE LA RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESION ENORME, DEBE ESTATUIR SOBRE LAS RESTITUCIONES MUTUAS, AUNQUE LA DEMANDA NO CONTENGA SUPLICA EXPRESA AL RESPECTO

Demandada la venta por lesión de ultramitad, se pide también en forma implícita, pero no menos clara, el decreto judicial sobre prestaciones mutuas; y si el juzgador la rescinde, está en la necesidad de proveer sobre las últimas, a fin de conseguir que se restablezca el equilibrio entre las partes. Reconocida la causal civil de rescisión, se reconocen también sus efectos jurídicos, aunque la demanda no contenga súplica expresa en materia de restituciones recíprocas, envueltas necesariamente en el objeto de la súplica y en los fines de la acción judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Isaura Gallego, conocida indistintamente también como Calero o Galero, demandó a Campo Elías Rodríguez para obtener las siguientes declaraciones:

"a). Que al otorgar la señora Isaura Gallego la escritura distinguida con el número doscientos cincuenta y tres de veinte de abril de este año (1949), no tuvo intención de transferir el dominio; y a su vez el señor Campo Elías Rodríguez, tuvo (sic) al figurar en el otorgamiento de la misma escritura, intención alguna de adquirir el dominio del inmueble que en dicho título se dijo presuntivamente vender, siendo, en consecuencia, el contrato de venta allí relacionado simulado;

"b). Que como consecuencia de lo anterior, se decrete la cancelación del registro del título presuntivo de venta de que da cuenta la escritura Nº 253 relacionada;

"c). Que el señor Campo Elías Rodríguez, sea condenado en las costas de esta acción, y se ordene en el fallo la investigación penal respectiva sobre los hechos relacionados en la parte motiva, y que en el curso de este debate habré de demostrar.

"En subsidio, de las anteriores declaraciones, solicito a usted se sirva decretar las siguientes:

"a). Que se decrete la rescisión por lesión enorme, por ser írrito el precio de compra, del contrato de venta otorgado por medio de la escritura Nº 253 de 20 de abril de 1949, pasada en la Notaría 1ª de esta ciudad.

"b). Que el demandado sea condenado en las costas de esta acción, si temerariamente se opusiere.

"En subsidio de las declaraciones anteriores, solicito a usted se sirva decretar las siguientes:

"a) Que es nulo por error en la naturaleza del contrato, y por dolo, el contrato de venta que aparece otorgado en la escritura Nº 253 de 20 de abril de 1949, pasada en la Notaría 1ª de esta ciudad; y

"b) Que en consecuencia, se ordene la cancelación en el Registro del título mencionado, y se condene al demandado a indemnizar a mi mandante por los perjuicios que se le han ocasionado, y a pagar las costas de esta acción, si se opusiere a su viabilidad procesal".

Campo Elías Rodríguez demandó en reconvención para pedir que se le declarara dueño del inmueble sobre que versa la citada escritura 253 de 20 de abril de 1949, o sea una casa de habitación, ubicada en el barrio de San Antonio de la ciudad de Armenia, y para que Isaura Gallego fuese condenada a restituírsela, más los frutos respectivos, y al pago de costas.

El Juzgado Civil del Circuito de Armenia, por sentencia del 23 de octubre de 1950 resolvió la controversia así:

"Primero.—No están acreditadas las excepciones propuestas por el apoderado del demandado.

"Segundo.—Declárase que Isaura Gallego, Galero o Calero, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa del solar y casa de habitación,

situada en el área urbana de esta ciudad, celebrado con el señor Campo Elías Rodríguez, contrato que se formalizó por medio de la escritura Número 253 de abril 20 de 1949, pasada en la Notaría primera de esta localidad y registrada en la oficina de Registro de esta localidad, el 20 de abril de 1949.

"**Tercero.**—En consecuencia se declara la rescisión de dicho contrato, y por tanto se condena a Campo Elías Rodríguez a devolver a la demandante Isaura Gallego, Galero o Calero, el predio con su correspondiente casa de habitación a que se refiere la escritura número 253 de abril 20 de 1949, purgado de toda hipoteca o derecho real que hubiere constituído en dicho inmueble. Esta restitución la hará el demandado Campo Elías Rodríguez, seis días después de vencido el término que se señalará en el numeral cuarto y siempre que ésta no opte por completar la suma de doce mil pesos que fue el justo precio asignado pericialmente al inmueble aludido.

"**Cuarto.**—Condénase a la demandante en este juicio, señora Isaura Gallego, Galero o Calero, a devolver a Campo Elías Rodríguez, dentro del plazo de sesenta días, el precio del bien raíz pagado por Rodríguez, o sea la suma de cuatro mil pesos recibidos por la señora Gallego, y siempre que no se opte por completar el justo valor en la forma indicada en este fallo.

"**Quinto.**—La vendedora, señora Isaura Gallego debe los intereses legales del dinero que Rodríguez entregó como precio de dicho inmueble, o sea la cantidad de cuatro mil pesos de que trata la escritura número 253 de 20 de abril de 1949, a partir de la contestación de la demanda. Estas prestaciones se llevarán a cabo siempre que no se opte por completar el justo valor del inmueble.

"**Sexto.**—Queda a opción del comprador Campo Elías Rodríguez o consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio del inmueble en referencia, que es de $ 12.000.00 con deducción de una décima parte, o sea la suma de mil doscientos pesos ($ 1.200.00). Dicho comprador tendrá plazo de sesenta días, contados desde la ejecutoria de esta providencia, para completar el justo precio.

"**Séptimo.**—Si el demandado Rodríguez consintiese en la rescisión del contrato, se librará oficio con destino a la notaría primera y a la oficina de Registro de esta ciudad, para la cancelación de la escritura número 253 de abril 20 de 1949 ya mencionada, y para la cancelación de la inscripción de ella, pero cuando la demandante haya hecho las restituciones correspondientes al demandado. "Sin costas".

Ambas partes apelaron y, tramitado el recurso, fue resuelto por el Tribunal Superior de Pereira en fallo plenamente confirmatorio proferido con fecha 15 de mayo de 1952. No hizo condenación en costas.

Tanto la parte actora como la parte demandada interpusieron recurso de casación. Pero como el de la última no fue formalizado ante la Corte, se le declaró desierto en proveído de 14 de febrero de 1953.

Corresponde así resolver únicamente sobre la demanda formulada por el actor con base en las causales 1ª y 2ª de casación. Mas como en realidad se trata de los mismos motivos para ambas causales, se estudia la 1ª que, al prosperar, hace inútil cualquier examen adicional.

Se acusa la sentencia porque "el Tribunal al decretar la rescisión por lesión enorme, nada dijo sobre las prestaciones civiles que recíprocamente se deben las partes implicadas en el contrato rescindido, imponiendo únicamente al vendedor el pago de intereses a partir de la contestación de la demanda sobre el saldo obligado a devolver en el evento de que el comprador no acepte completar el justo precio".

Admite el recurrente que en la parte petitoria de la demanda inicial no se solicitó declaración sobre prestaciones mutuas, pero alega que ello no era necesario, por ser una consecuencia de las normas que rigen la rescisión, según los artículos 1948, inciso 2º, 1951 y 1952, en armonía con los artículos 1746, 964 y 1617 del Código Civil. Dice que se trata de un elemento natural de la litis pendencia en la acción rescisoria por lesión enorme, que debe ser decretado por el Juez, aunque no haya expresa petición de parte. Cita en su apoyo varias doctrinas de la Corte, y concluye el cargo así:

"El Tribunal se quedó a medio camino, decretó la rescisión del contrato, ordenó la devolución del precio recibido con los intereses legales, pero nada dijo respecto a los intereses que conforme a la ley adeuda el comprador sobre el exceso del valor de la venta, ni sobre mejoras, gravámenes, etc., etc. La falta de aplicación comple-

ta del texto legal, artículo 1948, especialmente en su elemento formal (consecuencias judiciales y de orden patrimonial de la rescisión) lo llevó a no hacer declaratoria alguna en el concepto estudiado en este motivo, en la parte resolutoria de la sentencia, violando en esta forma directamente y por falta de aplicación los **textos legales** arriba citados y estudiados en esta exposición".

Se considera:

La lesión, al trastornar profundamente el equilibrio contractual, conduce al enriquecimiento injusto. Es contraria a la equidad, como cristalización de la buena fe en las relaciones humanas, y afecta la conmutariedad de los pactos. Mas como, de un lado, el principio de la equivalencia al ser reducido a la práctica obedece a innumerables y cambiantes situaciones y circunstancias de hecho; y de otro, es menester darle asiento seguro al plano en que se desarrolla la actividad económica y las transacciones se mueven, el régimen jurídico no destruye de una vez el contrato en que incide la lesión, sino que concede alternativa a la parte vencida para mantener la firmeza del negocio, mediante compensaciones adecuadas a conseguir razonablemente el equilibrio económico en las cargas de las partes, que la lesión rompiera. Si el vencido no se allana, el contrato no puede subsistir, y la rescisión se cumple para obtener por este medio el restablecimiento del equilibrio jurídico, lo cual exige que se cumplan las consecuenciales restituciones recíprocas entre las partes.

Esto demuestra que demandada la venta por lesión de ultramitad, se pide también en forma implícita, pero no menos clara, el decreto judicial sobre prestaciones mutuas; y que si el juzgador la rescinde, está en la necesidad de proveer sobre las últimas, a fin de conseguir que se restablezca el equilibrio entre las partes. Reconocida la causa civil de rescisión, se reconocen también sus efectos jurídicos, aunque la demanda no contenga súplica expresa en materia de restituciones recíprocas, envueltas necesariamente en el objeto de la súplica y en los fines de la acción judicial.

Es constante la jurisprudencia de la Corte en materia de que las prestaciones mutuas no exigen petición expresa en el libelo. Y así, en sentencia de casación proferida el 18 de agosto de 1945, se lee:

"El Tribunal debió proveer al respecto. No cabe pensar que deliberadamente se abstuviera de atender a tan importantes detalles por no estar expresamente planteados en la demanda o no haber sido propuestos en reconvención y que por ello lo detuviera el temor de fallar **ultra petita**, porque las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad son complemento obligado de la acción misma y, así las cosas, perteneciendo como pertenecen de suyo a lo demandado, que las produce o lleva consigo, no requieren pedimento expreso o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre esas que son sus consecuencias". (G. J. Nº 2025 bis., p. 906).

En igual sentido: Casación, 28 de junio de 1919, G. J. XXVII, 212; Casación: 29 de agosto de 1922. XXIX, 245; Casación, 22 de julio de 1931, Nº 1881, 222; Casación, 6 de diciembre de 1932, Nº 1892, 56; Casación, 6 de mayo de 1941, Nº 1971, 265.

Prospera, en consecuencia, el cargo. Y la Sala provee lo conducente a completar el fallo de instancia en lo tocante a las restituciones recíprocas que, en conformidad con el artículo 1948 del Código Civil, comprenden intereses sin distinción, bien se trate de los que se liquidan sobre el importe de lo recibido por el vendedor como precio, caso que la rescisión se consume; o bien sobre el complemento que el comprador haya de sufragar para mantener el contrato; y en ambos casos a partir de la fecha de la demanda.

Se resolverá, pues, sobre todos los extremos de la litis. En cuanto a costas, cabe observar que si bien prosperó para el actor la primera súplica subsidiaria, le fue adversa la demanda principal, lo que basta para no modificar al respecto el criterio del sentenciador en punto que ha venido a ser de naturaleza procedimental, dado el sistema objetivo en que se informa el artículo 2º del Decreto 243 de 1951.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de fecha 15 de mayo de 1952 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y en su lugar.

Resuelve:

Primero.—Declárase que **Isaura Gallego, Galero o Calero** sufrió lesión enorme en el contrato

de venta celebrado con Campo Elías Rodríguez por escritura pública 253 de 20 de abril de 1949, otorgada en la Notaría 1ª de Armenia, registrada el mismo día en la respectiva oficina de dicho Circuito.

Segundo.—En consecuencia, se declara la rescisión del mismo contrato y se condena a Campo Elías Rodríguez a restituír a Isaura Gallego, Galero o Calero, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento de la presente sentencia, el inmueble determinado en la citada escritura pública 253 de 20 de abril de 1949, Notaría 1ª de Armenia, previamente purificado de hipotecas u otros derechos reales que hubiere constituído sobre él, además de los frutos desde el día en que recibió la finca, por ser posterior al de la demanda.

Tercero.—Si no consintiere en la rescisión, el comprador Campo Elías Rodríguez completará, dentro del plazo señalado en el punto segundo, el justo precio del inmueble, esto es $ 12.000, con deducción de un diez por ciento; lo que sobre la base de $ 4.000 recibidos como precio arroja saldo complementario de $ 6.800, más los intereses legales sobre esta cantidad desde la fecha de la demanda.

Cuarto.—Trascurrido que sea el término señalado sin que Campo Elías Rodríguez haya hecho uso de la opción de que trata el punto anterior, o si consintiere expresamente en la rescisión, el Juez a quo ordenará al Notario 1º de Armenia la cancelación de la escritura pública 253 de 20 de abril de 1949, y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito la de la inscripción de dicha escritura, de modo que quede vigente el registro anterior a favor de Isaura Gallego, Galero o Calero, una vez que ésta haya hecho al demandado las restituciones correspondientes.

Quinto.—Siempre que haya lugar a la restitución del susodicho inmueble, Isaura Gallego, Galero o Calero devolverá a Campo Elías Rodríguez la cantidad de $ 4.000.00 con los intereses legales desde la fecha de la demanda.

Sexto.—No se hace condenación en costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro, Secretario.

PARA QUE EL CERTIFICADO DE LA CAMARA DE COMERCIO SIRVA PARA ACREDITAR EN JUICIO LA CONSTITUCION Y EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL, ES NECESARIO QUE CONTENGA TODAS LAS INDICACIONES O DATOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 40 DE LA LEY 28 DE 1931.—NO PROCEDE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PORQUE EL TRIBUNAL SE HAYA ABSTENIDO DE FALLAR EN EL FONDO PORQUE A SU JUICIO FALTA UNO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

1—Es imposible que la infracción invocada de unos textos legales, con apoyo en la causal primera de casación, sea a la vez cargo que pueda fundarse en la causal segunda. Las dos causales se excluyen.

2—Si el Tribunal no falló en el fondo el negocio porque llegó a la conclusión de que falta en el juicio uno de los presupuestos procesales respecto de la parte demandada (la capacidad para ser parte), no puede hablarse de incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

En efecto, siendo la capacidad para ser parte, uno de dichos presupuestos, el fallador estaba en el deber de referirse a él ante todo, y si halló que no existía, se ajustó a la ley inhibiéndose de considerar la entraña de la litis. Esto no es fallar sobre materia no controvertida, porque mal puede decirse en el fondo sin saber si actor y reo tienen capacidad para ser partes, es decir, si existen legalmente. No se trata tampoco de una excepción perentoria, de modo que si no se propone pueda pasar desapercibido lo tocante a tal capacidad; y si se propone, haya de tratarse como defensa capaz de aniquilar la acción interesando la sustancia de la controversia. Se trata, simplemente, de un elemento, factor o condición del proceso, cuya ausencia aparta al juzgador de instancia de la cuestión debatida.

3—No hay error de hecho cuando el Tribunal no ignora o no tiene en cuenta la existencia de un medio de prueba demostrativo de la de un determinado hecho, es decir cuando considera y aprecia ese medio, pero le niega la virtud de acreditar el hecho.

4—Como las sociedades comerciales son sujetos de derecho llamados por lo mismo a trabar múltiples relaciones con otros de su especie y con infinidad de personas físicas, la publicidad del hecho de haber nacido una nueva persona jurídica, juega papel importantísimo, y de aquí que el extracto de la escritura social, como medio para lograr un más completo conocimiento público del suceso, deba mencionar no sólo lo que es esencial en el contrato de sociedad, sino también lo que sea peculiar a la sociedad que se ha fundado y lo que especialmente debe saber el público como mira a las posibles relaciones futuras.

Apenas es lógico, por tanto, el artículo 40 de la Ley 28 de 1931 (reproducido en el artículo 253 del Decreto 2521 de 1.950) al exigir que el certificado con el cual se trate de "acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial" contenga las indicaciones que componen el extracto de la escritura social, según los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, este último en relación con la sociedad anónima, fuera de los datos relativos al instrumento de fundación.

Si, pues, ese certificado no contiene el mínimo de indicaciones o datos que el dicho artículo 40 menciona, no podrá demostrar la constitución y existencia de una sociedad comercial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B). — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide en seguida el recurso de casación introducido contra la sentencia de 10 de julio de 1952, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio ordinario de Juvenal Viñas Morales contra Empresa Transportadora de Ganados S. A.

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes:

Juvenal Viñas Morales demandó a Empresa Transportadora de Ganados S. A., para que se le condenase a pagarle varias cantidades de dinero, como indemnización de perjuicios materiales y morales, causados por haber hecho naufragar dos lanchas del actor, en el río Magdalena, frente al aserradero del mismo demandante.

El cuatro de septiembre de 1939, en las horas de la tarde, bajaba el río Magdalena un barco llamado "Napoleón", de la Empresa demandada, impulsando tres botes o remolques que formaban una línea de treinta y cinco metros y al pasar frente al aserradero de propiedad del actor y hallándose atracadas allí dos lanchas y una balsa de la misma pertenencia, las dos primeras desaparecieron bajo las aguas, debido, según la parte actora, al oleaje que se produjo por "mal acondicionamiento" del barco y no haber sido disminuída la marcha, habiendo contribuído a esto último la corta vista y la sordera del capitán.

La sentencia del Juez de primera instancia —3º Civil del Circuito de Barranquilla— condenó en abstracto a la parte demanda, a pagar al actor los perjuicios causados, así como a las costas del juicio.

La de segunda instancia —proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha 10 de julio de 1.952— revocó aquélla y negó las peticiones de la demanda 'por no estar legalmente probada en autos la existencia de la sociedad demandada'.

Interpuesto el recurso de casación contra dicho fallo por la parte actora, se procede a decidir.

CAPITULO SEGUNDO

Las causales de casación y los cargos

Se invocan dos causales de casación, la primera y la segunda del artículo 520 del C. J. Se trata en primer lugar del cargo referente a esta última, pues de hallarse probado no habría objeto en estudiar el cargo o cargos relativos a la primera. (art. 537 C. J.).

Primero

Sustenta el recurrente la incongruencia en estos motivos:

1º—En las mismas alegaciones formuladas en apoyo de los cargos expuestos en relación con la primera causal, por violación de los artículos 2349, 2343, 2347 y concordantes del C. C. "por tener una íntima vinculación y relacionarse estrechamente con la causal segunda".

2º—En que la sentencia de primera instancia "hizo especial declaración de no estar probadas en el juicio las excepciones perentorias propuestas. La sentencia recurrida violó el artículo 342 del C. J., pues se abstuvo de decidir sobre las excepciones propuestas por la parte demandada". Y

3º—En que la sentencia "resolvió en el fondo una cuestión jurídica que no era materia de controversia, cual es la de calificar la legalidad o ilegalidad de la constitución de la sociedad demandada".

Además, no obstante que se invoca la causal segunda, el recurrente consideró del caso combinarla con la primera, al alegar en este cargo la infracción de los artículos 342 y 393 del C. J. que, por cierto, no son disposiciones sustantivas como lo tiene declarado la Corte. G. J. Nº 2001-2005. 279. Nº 1978. 183).

Se considera:

1º—En cuanto al primer motivo, es imposible que la infracción invocada de unos textos legales, con apoyo en la causal primera, sea a la vez cargo que pueda fundarse en la causal segunda. Las dos causales se excluyen y auncuando podría ser alegada la una como subsidiaria de la otra, no lo fueron así, y en el caso de haberlo sido, no puede configurarse la causal de incongruencia afirmando la violación de textos legales.

2º—Sin parar mientes en la tacha de quebrantamiento del artículo 342 del C. J., por ser extraña a la causal segunda, fuera de que, como ya se dijo, es precepto adjetivo, cabe observar que el fallo no absolvió, sino que se limitó a resolver "que no es el caso de hacer las condenaciones pedidas en la demanda, por no estar legalmente probada en autos la existencia de la sociedad demandada", y ello sucedió así porque el sentenciador llegó a la conclusión de que falta en el juicio uno de los presupuestos procesales respecto de la parte demandada, o sea la **capacidad para ser parte,** de manera que el negocio no fue decidido en el fondo, caso en el cual no puede hablarse de incongruencia entre lo pedido y lo fallado. La Corte ha dicho que "la incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formule

la respectiva acusación, le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto" (Casación de 23 de agosto de 1939. G. J. Nº 1947. 75). No es éste el caso de autos por no haberse definido el asunto en el fondo. La Corte agrega en la misma sentencia: "Pero, cuando, como en el caso presente, el juzgador estima que es defectuoso el ejercicio del derecho porque hay insuficiencia de personería de una de las partes, entonces no es que haya incongruencia en el fallo, puesto que decide dentro de la órbita del pleito, al declarar que el derecho está mal invocado y dar esta razón para inhibirse de examinarlo a fondo".

3º—El hecho de haberse abstenido el sentenciador de decidir sobre lo sustancial de la litis, por considerar que no se había probado la existencia de la persona moral demandada, no implica haber fallado sobre una cuestión no sometida a la controversia. No se discute la necesidad de que el juicio, como forma procesal para lograr la efectividad del derecho subjetivo, debe descansar sobre determinados soportes, sin los cuales el debate no puede conducir a la solución del problema controvertido, con la secuela de la cosa juzgada y demás efectos concernientes al fallo definitivo. Esos soportes son: demanda legalmente viable, competencia, capacidad para ser parte (activa y pasiva) y capacidad procesal (activa y pasiva). La Corte incluye entre los presupuestos la legitimación en causa, según sentencias de casación de 18 de noviembre de 1.937 (XLV. 845 1ª) y 25 de noviembre de 1.938 (XLVII. 416); pero en los fallos, también de casación, de 31 de enero de 1.947 (LXI. 712) y 16 de agosto de 1.938 (LXIV. 710), la excluye, por ser elemento de la acción y no del proceso, habiendo sido acogida de nuevo esta última tesis en sentencia reciente aún no publicada en el órgano de la Corporación, fechada el 13 de julio de 1.954 y proferida en el juicio de Clodoveo Londoño y Amelia Londoño de Malagón contra Alfonso del Río Villamil y Miguel Hernando Villamil Cruz. La Sala hace esta mención, al parecer impertinente, puesto que en este negocio se trata del elemento procesal de la "capacidad para ser parte" y no de la "legitimación en causa", pues, se repite, la sentencia del recurso al tratar de los factores procesales, consideró atinente referirse a la anterior jurisprudencia de la Corte, que hacía figurara la dicha legitimación en causa entre los presupuestos del proceso.

De manera que, siendo, sin lugar a duda, la capacidad para ser parte, uno de dichos presupuestos, el fallador estaba en el deber de referirse a él ante todo, y si halló que no existía, se ajustó a la ley inhibiéndose de considerar la entraña de la litis. Esto no es fallar sobre materia no controvertida, porque mal puede decidirse en el fondo sin saber si actor y reo tienen capacidad para ser partes, es decir, si existen legalmente. Ni se trata tampoco de una excepción perentoria, de modo que si no se propone pueda pasar desapercibido lo tocante a tal capacidad; y si se propone, haya de tratarse como defensa capaz de aniquilar la acción, interesando la sustancia de la controversia. Se trata, simplemente, de un elemento, factor o condición del proceso, cuya ausencia aparta al juzgador de instancia de la cuestión debatida.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Segundo

En esta parte de la demanda de casación se invoca la primera causal y en ella enhila el recurrente diversos cargos, sin la debida separación ni el orden indispensable, contraviniendo lo que dispone el artículo 531 del C. J. que da al debate en casación un sentido y un ambiente en que deben emular la ilustración jurídica, el método la claridad y la concisión, teniendo muy presente que se trata de un recurso que por su naturaleza obedece a un sistema peculiar que se separa radicalmente de los acostumbrados en instancia y que es poco menos que desconocido por numerosos profesionales. Son muchos los recursos que naufragan por defectos de técnica. El artículo 520 del C. J., ordinal 1º, consagra la más importante de las causales de casación, porque es la que está ligada más íntimamente a la función primordial de la Corte, dirigida no sólo a unificar la jurisprudencia, como literalmente dice el artículo 519, sino también a renovar el derecho positivo, como que es una de sus fuentes; pero discrimina de tal modo las formas de violación de la ley y el error en que el Juez puede incurrir en la tarea estimativa de las pruebas, que la formulación del recurso es ante todo técnica rigurosa, para invocar la causal o causales de casación; para presentar los cargos, uno a uno, con la debida separación para que no resulten aquéllos golpeando en el vacío sino sobre la espina dorsal de la sentencia; para indicar con firmeza y pre-

cisión aquellas partes del fallo que contienen los razonamientos o conceptos que llevaron al quebrantamiento de la ley; para señalar los textos legales infringidos, teniendo en cuenta que más vale un certero que ciento a la topa tolondra, en largas columnas y aún por capítulos de lo Códigos, como es de usanza; y para exponer en el más abnegado esfuerzo de brevedad y en estilo adecuado que los afanes de la época hacen de día en día más escaso, las razones enderezadas a combatir los conceptos de la sentencia. Pero, esta técnica es bastante ignorada, se repite, y por ello un crecido número de demandas de casación fracasa, motivo por el cual esta materia debiera ser objeto de una especialidad, como acontece en otros países, en beneficio de la doctrina y de la justicia.

Con apoyo, pues, en la causal primera se acusa el fallo de violar la ley así:

I

Por error de hecho debido a que omitió la consideración de los certificados: a) de la Cámara de Comercio de Barranquilla, los que figuran a los folios 36, 34 y 38 del cuaderno 1º, sobre existencia legal de la persona jurídica demandada y personería de su gerente; b) de la Intendencia Fluvial de Barranquilla, el certificado del folio 27 del mismo cuaderno, sobre la pertenencia del barco "Napoleón"; y c) el memorial dirigido al Juez 3º del Circuito de Barranquilla por el Gerente de la misma empresa, por medio del cual designó apoderado judicial. La única disposición legal que se cita como violada es la del artículo 649 del C. J., porque el fallador no podía rechazar aquellos certificados sobre existencia de la sociedad, siendo así que la parte demandada no los había tachado de falsos.

Se considera:

No procede este cargo, por dos razones:

1ª Porque no hay error en la apreciación de la prueba. Esta Sala ha dicho recientemente cubriendo las diferentes formas en que puede haber error de esta especie: "El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consisten en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o nó 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 lo haya tenido como no probado, por haber ignorado no haber tenido en cuenta la existencia en el proceso, de un medio de prueba que demuestra 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 de prueba que no consta en los autos. En todas estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probrar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo". (Casación de 23 de marzo de 1954. LXXVII. 114).

El Tribunal no halló probada la persona jurídica, no por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba demostrativo de la existencia de ese hecho, puesto que el sentenciador consideró y apreció los certificados a que se refiere el cargo, pero les negó la virtud de acreditar la personalidad jurídica de la parte demandada.

2ª Porque, en la hipótesis de que se tratase de error de derecho, no se citan los preceptos legales sustantivos violados, con incidencia sobre la decisión misma del litigio. Se menciona el artículo 649 del C. J., sobre facultad de las partes para tachar de falsedad los instrumentos que lleguen a figurar en el juicio, y se asegura que la infracción se produce por haber desatendido los certificados de la Cámara de Comercio, cuando por no haber sido tachados de falsos debían haber sido aceptados. Basta la enunciación del cargo para palpar su inconducencia. 3º El certificado de la Intendencia Fluvial. Barranquilla sobre pertenencia del barco y el memorial-poder elevado por el Gerente de la Empresa Transportadora de Ganados S. A., no tienen que ver con la capacidad de derecho de la parte demandada, es decir, con la capacidad para ser parte, procesalmente hablando.

II

Por error de derecho, debido a "errónea apreciación de la prueba legal sobre la existencia de la sociedad demandada", con el quebrantamiento, por interpretación errónea, de los artículos 550 del Código de Comercio y 2º de la ley 42 de 1.898, lo cual no impide que este último texto lo sea también por indebida aplicación; los artículos 465 y 551 del mismo Código y 40 de la ley 28 de 1931, en esta última forma; y por infracción directa de los artículos 477 y 484 del ci-

tado Código, 632 y 649 del C. J. y 1758 y 1759 del C. C.

Dice el Tribunal:

"En el caso sub-judice la parte que figura como demandada es una sociedad anónima que, como tal, está sujeta la demostración de su existencia a determinadas solèmnidades, establecidas taxativamente por la ley. Así, por ejemplo, el artículo 465 del Código de Comercio, el cual según el art. 551 ibidem también es aplicable a esta clase de sociedades, establece como medio de tal comprobación la escritura pública debidamente registrada. Bien es cierto que posteriormente el artículo 40 de la ley 28 de 1.931 simplificó un poco los medios probatorios, al dejar consignado que bastará un certificado firmado por el Presidente y Secretario de la respectiva Cámara de Comercio. Pero la jurisprudencia, interpretando el texto legal que se comenta, y en el cual se expresan también en forma taxativa los requisitos que debe tener dicha certificación, ha venido sosteniendo que no basta cualquier certificado de la Cámara de Comercio, si no que se hace necesario que en él se consignen todos aquellos requisitos que para la publicación de los extractos exigen los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la ley 42 de 1.898 según el caso.

"En el caso sub-judice la parte demandante acompañó a su demanda un certificado suscrito por el presidente y secretario de la Cámara de Comercio de esta ciudad, con el objeto de acreditar en el juicio la existencia de la sociedad demandada y la de sus representantes legales; pero tal certificación, observa el Tribunal, no contiene los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia comentada para servir de prueba eficiente en este juicio, ya que en él no se expresa el número y fecha de la escritura de constitución de dicha sociedad, ni la Notaría en que fué corrida aquélla, así como tampoco el nombre, apellido y domicilio de los socios fundadores, ni la época en que dicha entidad debe principiar y terminar. Bien es cierto que en autos aparecen dos certificados más en que se complementa un poco el primero que se acompañó con la demanda y a que se hizo referencia anteriormente; pero dichos documentos no son suficientes, en sentir de la Sala, para concluír que con ellos se llena el vacío antes anotado, ya que en los mismos no se expresa tampoco concretamente el nombre, apellido y domicilio de los socios fundadores, así como tampoco la época en que dicha sociedad comercial deba disolverse. Este último requisito, en sentir de la Sala no constituye una mera formalidad, puesto que se hace indispensable expresarlo en el correspondiente certificado para saber si al tiempo de instaurada la respectiva demanda dicha entidad o persona jurídica existía como tal, representada por su gerente capaz de ser considerado como sujeto pasivo en este litigio, cosa que muy acertadamente anota el señor apoderado de la entidad demandada".

El recurrente ataca así la motivación anterior:

"Para acreditar en juicio la existencia de una sociedad anónima, por la naturaleza misma de esa entidad; para establecer su vida legal y la identidad necesaria que determine su capacidad jurídica para ser parte en el juicio, no es requisito esencial acompañar la prueba del extracto social con la totalidad de las exigencias legales señaladas en el artículo 552 del Código de Comercio ya que la disposición transcrita o sea el artículo 551 del Código de Comercio no dice expresamente que sea de rigurosa aplicación para las sociedades anónimas el artículo 467 de la misma obra.

"Los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Barranquilla y que obran en autos son documentos públicos de eficacia jurídica probatoria para acreditar la existencia de la sosociedad anónima "Empresa Transportadora de Ganados", y existe una presunción legal, que no ha sido enervada, de que el extracto social registrado en esa entidad se verificó cumpliéndose todas las exigencias legales determinadas en el Código de Comercio con excepción de la aplicación de las normas generales sobre el régimen de las sociedades comerciales y que son incompatibles con el contrato de sociedad anónima, entre las cuales figuran los requisitos de señalar el número de socios fundadores y otras formalidades secundarias que no son indispensables en el régimen de las sociedades anónimas para acreditar su existencia, pues por su naturaleza misma, y para acreditar la capacidad jurídica de una entidad comercial de esa índole, basta que se compruebe su existencia legal, y se establezca quién ejerce su personería o representación.

"El extracto social, con las exigencias determinadas en los artículos 467 y 352 del Código de Comercio, se presume registrado legalmente en la Cámara de Comercio, y la certificación que sobre su contenido expida la entidad respectiva tiene fuerza probatoria de documento público que no puede desconocerse sin que se acredite su falsedad".

Según estos apartes y de otros varios que componen este cargo, para el recurrente la personalidad jurídica de la parte demandada aparéce de los certificados de la Cámara de Comercio que figuran a folios 26, 34 y 38 del Cuaderno 1º, pues no es menester que en ellos figure el número y la fecha de la escritura de constucción, ni la Notaría en que fué otorgada; ni el nombre y domicilio de los socios, ni la duración de la compañía, porque se presume que el extracto del instrumento de fundación se registró con el lleno de los requisitos exigidos por la ley.

Se considera:

1º No se trata de presunción de haberse registrado el extracto con todas las exigencias legales, porque si el certificado no contiene toda la información requerida, puede ser por deficiencia del extracto. Se trata simplemente de demostrar en juicio la constitución y existencia de la sociedad, y para ello el artículo 40 de la ley 28 de 1.931 exige que en el certificado de la Cámara de Comercio conste:

a) Número y fecha de la escritura de constitución y notaría de su otorgamiento;

b) Número y fecha de las escrituras de reforma y notaría de su otorgamiento;

c) Las indicaciones generales exigidas para los extractos a que se refieren los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la ley 42 de 1.898; y

d) Que la sociedad ha sido registrada en la Cámara de Comercio.

Las personas jurídicas son creaciones del hombre. Su existencia depende, por tanto, de la realización humana del derecho objetivo que las contempla y señala los requisitos que deben cumplirse para lograr la personalidad jurídica, según sus distintas especies. Unas son **no lucrativas**, porque persiguen fines elevados de mejora y perfeccionamiento; otras son lucrativas, tales son las sociedades civiles y comerciales, cuyo objeto esencial y exclusivo es la especulación o tráfico en cualquiera de las actividades propias para ello.

La sociedad civil es un contrato meramente consensual, en tanto que la comercial, es solemne. Las solemnidades a que está sujeta la última son las siguientes:

A) Escritura pública registrada (artículos 465, 598 y 613 del C. de Co., para las colectivas y en comandita; 2º inciso de la ley 124 de 1937, para las de responsabilidad limitada; 552 del C. de Co. y 7º del decreto Nº 2521 de 1950, para las anónimas);

B) Registro, dentro de los quince días siguientes al de la escritura de constitución, de un extracto de esta escritura, en la Cámara de Comercio del domicilio social, si la hubiere, o de no, en el Juzgado del Circuito del mismo lugar (artículos 469, 598, 599 y 613 del C. de Comercio, para las colectivas y encomandita; 3º de la ley 124 de 1937,, para las de responsabilidad limitada; 2º de la ley 42 de 1898, 470 del C. de Co. 10, inciso 1º, del Decreto Nº 2521 de 1950, para las anónimas; y 39 de la ley 28 de 1931, para todas);

C) Publicación del mismo extracto en el boletín de la Cámara de Comercio en cuyo círculo se halle el domicilio de la sociedad o en un periódico del respectivo Departamento o por carteles (artículos 470, 471, 598 y 613 del Código de Comercio, para las colectivas y en comandita; 3º de la ley 124 de 1937, para las de responsabilidad limitada; 2º de la ley 42 de 1.898 y 11 del Decreto Nº 2521 de 1950, para las anónimas; y para todas, Decreto Nº 1449 de 1.932).

D) El extracto de la escritura de constitución deben contener los datos o indicaciones que se ñala la ley, según la especie de sociedad de que se trate: 1) los expresados en los ordinales 1º a 4º y 7º del artículo 407 del C. de Co., más la fecha de la escritura, nombre y domicilio del Notario ante quien fué otorgada, para las colectivas, según los dispone el artículo 469, inciso 2º ib.; 2) los mencionados en el mismo artículo 467, ordinal 1º a 4º y 7º, para las en comandita, con la modificación que para el caso de la simple trae el artículo 599, según lo prescriben este precepto y los artículos 598 y 613 del C. de Co.; 3) los señalados en el artículo 469 ib. por mandato del artículo 3º de la ley 124 de 1.937 y los que este precepto exige, además, para las de responsabilidad limitada; y 4) los requeridos por los artículos 2º de la ley 42 de 1.898 y 10, inciso 2º, del Decreto Nº 2521 de 1950, para las anónimas.

Sobre requisitos o solemnidades de los entes jurídicos lucrativos véase la sentencia de casación de 20 de noviembre de 1935 (XLIII. 330).

Tales son las solemnidades que deben cumplirse en la constitución de las sociedades comerciales. Como se trata de sujetos de derecho llamados por lo mismo a trabar múltiples relaciones con otros antes de su especie y con infinidad de personas físicas, la publicidad del hecho de haber nacido una nueva persona jurídica, juega papel importantísimo, y de aquí que el extracto de la escritura social, como medio para lograr un más

completo conocimiento público del suceso, deba mencionar no solo lo que es esencial en el contrato de sociedad, sino también lo que sea peculiar de la sociedad que se ha fundado y lo que especialmente debe saber el público con mira a las posibles relaciones futuras.

Apenas es lógico, por tanto, el artículo 40 de la ley 28 de 1.931 (reproducido en el artículo 253 del Decreto Nº 2521 de 1.950) al exigir que el certificado con el cual se trate de "acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial" contenga las indicaciones que componen el extracto de la escritura social, según los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la ley 42 de 1898, este último en relación con la sociedad anónima, fuera de los datos relativos al instrumento de fundación.

De los requisitos exigidos por dicho último precepto y el citado artículo 40 no constan en los certificados de los folios 26, 34 y 38, los datos referentes: 1) a la escritura de constitución (número, fecha y notaría); 2) al nombre, profesión y domicilio de los socios fundadores (art. 552, ord. 1º C. de Co.; 3) al domicilio del Gerente y de los suplentes del Gerente, (ord. 11º.); y 4) a la duración de la sociedad (ord. 6º). Tampoco aparecen los datos sobre la escritura de constitución, que demanda igualmente el artículo 40 de la citada ley 28.

De consiguiente, los certificados no contienen los datos requeridos por los citados textos, entre los cuales unos atañen a la más importante de las solemnidades, cual es la escritura pública de fundación; y otros a la sustancia del contrato, como el nombre de los socios fundadores y el tiempo de duración de la sociedad. El artículo 40 de la mencionada ley 28 determina un mínimo de indicaciones o datos para que los certificados demuestren la constitución y existencia de las sociedades comerciales, de suerte que si no reúnen ese mínimo, no podrán demostrarlos. Por tanto, al negar el fallo mérito a dichos instrumentos para acreditar la personalidad jurídica de la empresa, no incurrió en errores de derecho, con infracción de los textos citados, quedando en pie la resolución del Tribunal de no entrar a decidir en el fondo.

La Corte ha consagrado en repetidas ocasiones la doctrina de que si el certificado de que trata el artículo 40 citado no menciona los datos o indicaciones en él exigidos, no se acredita con él la constitución y existencia de las sociedades comerciales. (V. entre otras, las sentencias de casación de 20 de noviembre de 1.935 (XLIII. 330), de 28 de octubre de 1.941 (LII. 604 y 1º de diciembre de 1.944 (LVIII. 163), porque, como lo dice la de 20 de noviembre de 1.935 "no presumiéndose la personería jurídica, el Juez necesita conocer cómo surgió a la vida una compañía que ha de condenar o absolver, o a cuyo favor ha de decretar o negar un derecho".

II

Se acusa en seguida el fallo de error de hecho en la estimación de los certificados de la Cámara de Comercio, de folios 34 y 38 del Cuaderno 1º, pues habiendo sido presentado el primero con la corrección de la demanda, y el segundo con el poder conferido por el primer suplente del Gerente, ingresaron al proceso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 597 del C. J.

Dice la sentencia:

"Por otra parte, observa la Sala que las dos últimas certificaciones a que se ha hecho mención no fueron acompañadas con la demanda, o al menos no existe constancia alguna que así haga suponerlo, ni tampoco fueron pedidas durante el término probatorio de las instancias surtidas en el juicio, ni aparece que hubiesen sido presentadas en diligencias judiciales o tenidas como prueba en el juicio, circunstancia ésta que obliga a la Sala a no estimar dichos documentos como pruebas, al tenor de lo preceptuado por el artículo 597 del Código de Procedimiento Civil."

Tiene razón el recurrente, porque auncuando no hay una mención expresa de la aducción de tales documentos, su presencia en el juicio no puede explicarse, respecto de uno de ellos, sino por la reforma de la demanda, consistente en que la litis debía seguirse con el primer suplente del gerente de la empresa demandada y no con el gerente, (f. 35 C. 1º) y respecto del otro, por el hecho de haber presentado el suplente el memorial en que confirió poder para representar a la misma parte.

Pero, el error no se refleja en la sentencia, como es obvio, porque los documentos expresados no prueban la constitución y exigencia de la sociedad demandada, como antes se vió.

III

Por último, se acusa el fallo de violar directamente los artículos 2343, 2347 y 2349 del C. C., por no haber condenado al pago de los perjuicios. Pero, quedando en firme la decisión en cuanto se abstuvo de considerar el fondo del negocio, por

falta del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte, tampoco procede el cargo dicho, que sólo podría entrar a actuar en el caso de haberse acometido el estudio de la materia del debate.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Juvenal Viñas Morales contra la "Empresa Transportadora de Ganados S. A.".

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE COBRO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES.— ALCANCE DE LA PROHIBICION PARA LOS REPRESENTANTES Y SENADORES CONTENIDA EN EL ARTICULO 110 DE LA CONSTITUCION

Al expresar con toda claridad el constituyente, en el art. 110 de la Carta, que los senadores y representantes no podrán admitir poderes de nadie para gestionar negocios relacionados con el Gobierno de Colombia, quiso limitar tal prohibición a aquellas actividades en las que los congresistas se presentan en la escena jurídica como representantes de otra persona a gestionar negocios en los que tenga interés el Gobierno, es decir, en calidad de mandatarios. No otra cosa significa la frase "poder para gestionar" que emplea el precepto, que denota representación, idea o concepto que hace parte de la naturaleza intrínseca del contrato de mandato.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiséis de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre)

El doctor Odilio Vargas, conocido abogado que ha ejercido su profesión en Bogotá, estuvo prestándole sus servicios al señor Hans Timm, de nacionalidad alemana, con el objeto de obtener que de los bienes de dicho señor, que se habían entregado en administración fiduciaria al Fondo de Estabilización del Banco de la República, de conformidad con los decretos 1668 y 2622 de 1943 y 1723 de 1944, se le devolviera la mayor parte, no afectándolos, en cuanto fuera posible, según la ley 39 de 1945, con la destinación al pago de las indemnizaciones de guerra a cargo de súbditos alemanes.

El doctor Vargas prestó esos servicios a Timm, por encargo del apoderado de éste señor Jorge Martín, en 1945, mediante gestiones particulares, como conferencias con funcionarios del Fondo, redacción de memoriales, etc., pero sin presentar ni ejercer formalmente allí ningún poder, por hallarse investido entonces de la calidad de miembro de la Cámara de Representantes.

Como resultado de dichas gestiones se obtuvo que en una primera liquidación efectuada por el Fondo de Estabilización, de los bienes en referencia, que valían $ 200.409-50 se devolviera a Timm la mitad, por ser padre de un hijo nacido en Colombia.

Además, por iniciativa de Vargas, se llevó el asunto en apelación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en ese Despacho se redujo, por otras consideraciones, a $ 52.352.39 la cuota que se retendría para indemnización.

Como al regresar al país el señor Timm se negara a pagar el honorario exigido por Vargas, éste propuso el juicio ordinario de que hoy a trata, que fue decidido en primera instancia en favor del actor, pero con fallo de condena en abstracto.

Llevado el asunto al Tribunal Superior de Bogotá, éste redujo la condena al pago de las gestiones llevadas a cabo en el Fondo de Estabilización, pero excluyendo las cumplidas ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque allí había actuado otro profesional con poder conferido formalmente por el interesado.

La parte resolutiva de la sentencia de segundo grado, fechada el 10 de abril de 1953, es del siguiente tenor:

"**Primero.**—Declárase infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"**Segundo.**—Declárase que el doctor Odilio Vargas prestó al señor Hans Timm sus servicios profesionales de abogado en gestiones adelantadas ante el organismo oficial denominado Fondo de Estabilización y con la finalidad de buscar para dicho señor Timm una menor indemnización de guerra en su condición de ciudadano alemán.

"**Tercero.**—En consecuencia de la anterior declaración, condénase al citado señor Hans Timm a pagar al actor, doctor Odilio Vargas, el valor de esos servicios, con los alcances que se han fijado en la parte motiva de esta providencia, valor de los servicios cuya cuantía será fijada mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

"Las costas de la primera instancia, a cargo del recurrente. Sin costas en el recurso.

"En los anteriores términos queda reformada la sentencia materia de la apelación".

El demandante se conformó con este fallo, pero el demandado interpuso el recurso de casación, que la Corte procede hoy a examinar y decidir mediante las consideraciones que siguen:

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por dos extremos: violación directa de los arts. 6 y 1519 del Código Civil (causal primera del art. 520 del Código Judicial), e incongruencia del fallo con las pretensiones deducidas por las partes (causal segunda).

La Corte se ocupará ante todo, por ser de lógica procesal en la causal segunda.

El cargo consiste, resumiendo, en que habiendo apoyado el demandante su reclamación de pago de honorarios por las gestiones realizadas en beneficio de Timm, en virtud de contrato de mandato celebrado con Jorge Martín, representante de aquél, el Tribunal ordenó el referido pago pero no en razón de contrato de mandato propiamente dicho, sino como prestación por servicios inmateriales (art. 2063, que a su vez se remite al 2054).

La Corte no ve en el reparo falta de consonancia entre las pretensiones deducidas por las partes y el fallo recurrido.

La pretensión de Vargas no se encaminó a que se declarara judicialmente que entre él y Timm había contrato de mandato, sino que el segundo le debía, y era su obligación pagarle, el valor de las gestiones hechas en defensa del patrimonio del demandado en el Fondo de Estabilización y en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (trabajos o gestiones que éste no niega, particularmente las del Fondo de Estabilización); y la pretensión de Timm se reduce a que no se le obligue a pagar lo que el demandante pretende.

Ahora bien, el Tribunal se limitó a reconocer parte de lo pedido por Vargas: el valor de sus servicios en el Fondo de Estabilización; y a reconocer parte de las pretensiones del demandado: la absolución por gestiones que Vargas no demostró haber realizado en el Ministerio, cuando el asunto referente a los bienes de Timm subió a aquel Despacho en virtud de apelación contra la providencia por la cual el Fondo liquidó el monto de la indemnización de guerra a cargo del súbdito alemán prenombrado.

Así pues, la sentencia recurrida no se salió del círculo trazado por las pretensiones de las partes, luego el cargo de incongruencia es infundado.

La acusación de mayor fondo aparece, en lo sustancial, formulada así:

"Al contestar la demanda, se propuso la excepción consistente en la "nulidad del contrato de mandato inicialmente celebrado con el doctor Odilio Vargas y por consiguiente inexistencia de la obligación demandada".

Al formularse esta defensa, se dijo lo siguiente:

"Fundo esta excepción en la circunstancia de haber ejercido el doctor Odilio Vargas el cargo de miembro de la Cámara de Representantes, durante los años de 1945 y 1946 y en lo dispuesto en el art. 110 de la Constitución Nacional, según el cual el doctor Vargas no podía por sí, ni por interpuesta persona, gestionar negocios de ninguna clase ante el Gobierno. Según el art. 1519 del C. C., "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación". La prohibición Constitucional es de orden público. Además el artículo 6º del C. C., dispone que "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley".

"Tengo por bien sabido, según jurisprudencia de la Corte que "las disposiciones de la Constitución en general no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo primero del artículo 520 del C. J., porque aunque es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de la ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales que pudieran hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. De esto resulta que por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la Ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de normas constitucionales (casación de 29 de mayo de 1942, Gaceta Judicial Nº 1989 pg. 110).

"De lo dicho anteriormente se deduce que si bien no se puede fundamentar el cargo de casación por el motivo primero del art. 520, alegando el quebranto clarísimo de lo dispuesto en el art. 110 de la Constitución, sí se puede apoyar dicho cargo por la violación de lo dispuesto en los artículos 1519 y 6º del Código Civil que son textos dictados en desarrollo de las normas cons-

titucionales, para usar de la misma expresión de la Corte.

"Según el artículo 6º de nuestro Código Civil, (segundo inciso), "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas aparte de las que se estipulan en los contratos".

"La Ley civil ha sancionado, pues, con el vicio de la nulidad absoluta a todo acto ejecutado contra expresa prohibición de la ley. Se preguntará que cuál es la ley violada por el doctor Odilio Vargas al haberse encargado de gestionar por interpuesta persona un negocio contra el tesoro del Estado, en fin contra el Gobierno? Esa ley violada, aparece muy claramente en el texto del artículo 1519 del Código Civil que dispone: "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación".

Al estudiar el Tribunal la excepción a que alude el recurrente ante la Corte, y en presencia del art. 110 de la Constitución, dice:

"Pero cuál es la órbita jurídica de tal precepto constitucional? Al expresar con toda claridad el constituyente que los senadores y representantes no podrán admitir poderes de nadie para gestionar negocios relacionados con el Gobierno de Colombia, quiso limitar tal prohibición a aquellas actividades en las que los congresistas se presentan en la escena jurídica como representantes de otra persona a gestionar negocios en los que tenga interés el Gobierno, es decir, en calidad de mandatarios. No otra cosa significa la frase "poder para gestionar" que emplea el precepto, que denota representación, idea o concepto que hace parte de la naturaleza intrínseca del contrato de mandato. Tan cierto es esto, que el Ejecutivo Nacional, en vista de lo restringido del precepto constitucional aludido, y en uso de la facultad que le confiere el art. 121 de la Constitución, por medio del Decreto Nº 3485 de 23 de noviembre de 1950, estableció un nuevo régimen de incompatibilidades desarrollando el pensamiento del Constituyente al respecto. Así, en su artículo 1º que contiene en esencia la misma norma del 110 de la Constitución, cambió la frase "poder para gestionar" que entraña el concepto de la procuración, forma externa del mandato, por la diferente y más amplia de "gestionar en nombre ajeno".

Para la Corte es acertada la tesis del Tribunal, sobre todo tomando el texto completo del art. 110 de la Constitución, y no, como lo hace el recurrente, la última parte, la relacionada con los **poderes,** pero añadiéndole un complemento, el de la interpuesta persona, que sólo atañe a la primera parte: la referente a los contratos con la Administración; y Vargas no solamente no ha celebrado contrato alguno con el Gobierno, sino que ni siquiera se presentó con poder otorgado ante el Fondo de Estabilización.

Esto, en estricto derecho, basta para refutar el cargo; pero la Corte no puede menos que reprobar así el hecho de que un miembro del Congreso se encargue de manejar por tercera mano asuntos que se ventilen ante el Gobierno, como que la persona a quien se le prestaron servicios por un congresista, no se los pague alegando la nulidad del mandato.

Por tanto 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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 10 de abril de 1953, en el juicio ordinario seguido por Odilio Vargas contra Hans Timm.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial**

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SI LOS TITULOS PRESENTADOS POR EL ACTOR EN JUICIO REIVINDICATORIO NO SE ACOMODAN A LAS PRESCRIPCIONES LEGALES, LA DEMANDA NO PUEDE PROSPERAR AUNQUE EL DEMANDADO NO TENGA TITULO ALGUNO QUE JUSTIFIQUE SU POSESION

La lucha entre un título o unos títulos inscritos, tachados de injustos por no acomodarse a las prescripciones de la ley y la posesión del artículo 762 del C. C., o sea la material, única verdadera posesión, cuya raíz se hunde en la propia naturaleza humana, ya que es la manifestación más fuerte de la voluntad aplicada a las cosas, se tiene que decidir a favor de la última, a menos que los títulos se hubiesen purificado por la posesión misma, cuyo poder llega hasta crear el derecho y sanear la propiedad de todo vicio. Si se invoca un título injusto, sin el amparo de la posesión que lo sanee, nada podrá ante la posesión material del demandado, aunque ésta no llegue a estructurar la prescripción adquisitiva: la sola presunción del artículo 762 prevalece y decide; si el título del actor se purifica de sus vicios mediante la posesión, la posterior posesión del demandado nada logrará, a menos que corone una usucapión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte decide sobre el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de octubre de 1952, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de Natalia Silva v. de Payán y otros contra Leopoldo Henao O.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

La señora Natalia Silva v. de Payán, en representación de sus hijos menores María Marta, María Ignacia, Jaime Alfonso y Jorgina Payán S., y las señoritas María Susana Payán S., y Gabriela Payán S., han ejercido contra el señor Leopoldo Henao O., la acción petitoria de dominio y la de reivindicación en relación con un lote de terreno, situado en el Municipio de Cali, denominado "La Viga" y determinado así: "Por el norte, con terrenos del señor Jaime Córdoba; por el sur, con el camino que conduce de la estación de la Viga a Cascajal; y por el oriente, con el camino público que de Cali conduce a Jamundí al medio con propiedad de los herederos de Ismael Hormaza hoy propiedad de Jaime Córdoba, carrilera al medio".

La sentencia de primera instancia —dictada por el Juez 2º del Circuito de Cali, con fecha 24 de octubre de 1951 declaró que "no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda", sentencia que fue confirmada por la de segunda instancia.

El recurso fue admitido y la demanda formulada oportunamente, de modo que corresponde ahora dictar el fallo.

CAPITULO SEGUNDO

La casación, causales y cargos

El recurrente funda el recurso en la causal primera (art. 520, ord. 1º C. J.) y expone dos cargos:

Primero.—Apreciación errónea de la escritura pública Nº 389, de 10 de abril de 1944, de la Notaría 1ª de Popayán, e infracción de los artículos 1350 y 1162 del C. C., por una parte, y 946 y 949 ib., por otra. Y

Segundo.—Apreciación errónea de varias escrituras públicas y violación de los artículos 740, 752, 946 y 949 del C. C.

Primer cargo

Así lo motiva el recurrente:

"La sentencia apreció erróneamente el título 389 que se presentó con la demanda como base

de la reivindicación; y por esto incurrió en error de hecho que condujo al error de derecho. Dice el fallo en el penúltimo considerando, folio 14 del C. Nº 3:

"La Sala comparte los siguientes conceptos del señor Juez a-quo consignados en la sentencia que se revisa; dice así el señor Juez: Por otra parte, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados ya mencionado, la sucesión del señor Manuel Dolores Muñoz, por quien el Albacea transfiere derechos a la parte demandante en el bien materia de la controversia en la escritura 389 ya varias veces citada, se encuentra ilíquida, y en tal caso ningún heredero a título universal o singular (sic) es dueño de cosa singular, sino de una universalidad, y en tal caso tampoco es procedente la acción ejercitada en este caso, de acuerdo con lo expresado anteriormente'.

"Basta con leer la definición que da el artículo 1162 del C. C., para convencerse del error cometido. Según este artículo los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios. En el caso, los hijos de Rafael Payán Z. son legatarios de dinero o sea de cosa singular. Estos no representan al testador. Lo contrario de los herederos o asignatarios de cosa universal, que es la herencia, representan la persona del testador y sus cargos como herederos y sucesores de su persona. Por esto, si para los herederos es obligante la liquidación, no lo es para los legatarios, a quienes precisamente hay que pagar con anticipación sus legados para saber lo que queda para liquidar la herencia.

"Fuera de lo dicho, de acuerdo con el artículo 1350 del mismo Código el Albacea está obligado a pagar los legados en dinero, y si no lo hay, a entenderse con los herederos presentes, si están presentes, bien para vender los muebles o para que se opongan a la venta, pero dándole los que necesite para ese efecto. Pero como no hubo ni herederos presentes, ni herederas presentes que le den esos dineros, el Albacea actuó de conformidad con la disposición citada, enajenando o dando con dación en pago, en vez de dineros, los derechos que el testador tenía en el fundo La Viga.

"Por lo dicho, es el Tribunal y no el Albacea, quien violó el artículo 1350 citado.

"Habiendo, pues, incurrido en error de hecho por errónea interpretación del título 389, y violados por esto los artículos 1162 y 1350 del C. C., violados quedaron también los artículos 946 y 949 del mismo, porque negada la eficacia legal del título, negado quedó el carácter de dueños de la mitad proindivisa que reclaman los demandantes".

Se sigue de lo anterior que el único concepto en que el cargo se funda es el que transcribe la misma formulación anterior y que desempeña en la sentencia un papel secundario. Para mayor claridad y precisión se copia dicho concepto nuevamente:

"Sobre este punto, y para concluír, la Sala comparte los siguientes conceptos del señor Juez a quo consignados en la sentencia que se revisa; dice así el señor Juez: 'Por otra parte, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos ya mencionado, la sucesión del señor Manuel Dolores Muñoz M., por quien el albacea testamentario transfiere derechos a la parte demandante en el bien materia de la controversia en la escritura Nº 389 ya varias veces citada, se encuentra ilíquida y en tal caso ningún heredero a título universal o singular (sic) es dueño de cosa singular, sino de una universalidad, y en tal caso, tampoco es procedente la acción ejercitada en este caso, de acuerdo con lo expresado anteriormente".

Se considera:

El cargo así formulado ataca el concepto que la sentencia recurrida adopta del fallo de primera instancia; pero si bien tiene razón el recurrente en la crítica que le formula, queda en pie la apreciación fundamental del sentenciador sobre el mérito de la escritura Nº 389, de 10 de abril de 1944, de la Notaría 1ª de Popayán.

El concepto que la sentencia prohija, confunde, en primer lugar, la noción de asignación a título universal con la de asignación a título singular, porque el asignatario a título universal es siempre heredero y representa al causante, según los artículos 1008, 1.011 y 1155 del C. C.; en tanto que el asignatario a título singular es siempre legatario y no representa al de **cujus**, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1008, 1011 y 1162 del mismo Código. En consecuencia, la locución 'heredero a título singular" es contradictoria: como **heredero** sucede al causante en la universalidad herencial y lo representa; como asignatario a título singular, sólo en una o más especies o cuerpos ciertos, o en una o más especies indeter-

minadas de cierto género, y no lo representa. De igual manera la expresión "heredero a título universal" es en principio pleonástica, porque la calidad de heredero reposa sobre la noción de universalidad.

En segundo lugar, en tratándose de legados es manifiestamente injurídico afirmar que el legatario, antes de la liquidación de la herencia, es dueño de la universalidad o siquiera de una parte de la universalidad. El legatario, es sucesor a título singular, esto es, en relación con una o más especies o cuerpos ciertos, o una o más especies indeterminadas de cierto género, y por esto mismo no representa al causante, de modo que es craso error —inexplicablemente acogido por el Tribunal— atribuírle a un legatario derecho a la universalidad. El distintivo de ésta se halla en la afectación íntima e ineludible entre una masa de derechos activos y una carga de derechos pasivos; por ello, el asignatario a título universal no puede aceptar la herencia y rechazar las deudas, y de allí el principio de que el heredero continúa la persona de su causante, si bien se ha tratado de revaluarlo últimamente.

No obstante estas rectificaciones, se repite, queda en pie la apreciación que hace el fallo del instrumento Nº 389, como título en que descansa el derecho de los demandantes y de la cual no puede separarse la que le merece el título o títulos del demandado, a los cuales se refiere en conjunto el cargo segundo .

No se acoge, por tanto, el cargo.

Segundo cargo

Se acusa el fallo de infringir los artículos 740, 752, 946 y 949 del C. C., a través de error de hecho consistente en "haber dejado al margen" el estudio de las escrituras públicas y demás documentos que cita en este capítulo, con los cuales se prueba de manera evidente que los demandantes son titulares de la mitad indivisa del fundo a que se refiere la litis, habiendo dejado de hacer la sentencia, sin embargo, ese reconocimiento al negar las declaraciones formuladas en la demanda.

Dice la sentencia:

"Para acreditar el segundo elemento o sea el atinente al dominio invocado por el demandante sobre el inmueble materia del juicio, se trajo a los autos la escritura pública Nº 389, de 10 de abril del año de 1944, de la Notaría 1ª del Circuito de Popayán. En tal instrumento, Monseñor Nereo Piedrahíta, diciéndose albacea del causante, señor Manuel Dolores Muñoz, y en atención a que éste dejó un legado en dinero a favor de los menores Alfonso, Jaime, Jorgina, M. Susana, Graciela, María I., y María Marta Payán S., transfiere a los dichos señores y como dación en pago, los derechos de dominio que el señor Manuel Dolores Muñoz tenía en un lote de tierra situado en el Municipio de Cali, denominado "La Viga", adquirido por el causante mediante las escrituras Nos. 1182, de 15 de noviembre de 1927, 1442 de 1938 y 99 de 1º de febrero de 1937, las dos primeras de la Notaría 1ª de Cali y la última de la Notaría 2ª de Popayán, lote que se alindera en la misma forma que se hizo en la demanda. En contraposición a ese título de la parte demandante, el demandado acompañó a su contestación de la demanda copia de la escritura pública Nº 3232, de 9 de diciembre del año de 1948, de la Notaría 1ª de este Circuito, por medio de la cual el señor Alberto Peña Zamorano vendió al señor Leopoldo Henao el inmueble que es objeto del presente juicio. Obran además en el expediente varias escrituras otorgadas a favor de los antecesores en el dominio del inmueble vendido al señor Henao.

"Parece innecesario estudiar los títulos aducidos por el demandado, pues, en sentir de la Sala, la escritura pública presentada por el demandante para acreditar el dominio que invoca, carece de valor en orden a ese fin. En efecto: Monseñor Nereo Piedrahíta, al otorgar la escritura de dación en pago a las personas que hoy forman la parte demandante, dijo ser albacea del causante señor Manuel Dolores Muñoz M., para transferir así a las mencionadas personas los derechos de dominio que el señor Muñoz tenía en el inmueble objeto del juicio. Sin embargo, no hay constancia en el proceso de que el señor Manuel Dolores Muñoz haya fallecido tampoco la hay de que Monseñor Nereo Piedrahíta sea o haya sido albacea en el mencionado juicio sucesorio, ni que las personas a favor de quienes se otorgó la dicha escritura fueran legatarias del señor M. Dolores Muñoz. Pero aún suponiendo la muerte de dicho señor, y el cargo invocado por Monseñor Nereo Piedrahíta, y la calidad de legatarias de las personas nombradas, tampoco podría admitirse la validez del instrumento aducido como título de dominio en este juicio, pues el albacea, motu propio, no puede disponer de bienes inmuebles de la sucesión para el pago de deudas o legados, sin previa anuencia de los herederos, tal

como lo dispone el artículo 1350 del Código Civil, en armonía con el 1347 de la misma obra; y sobra decir que en el expediente no hay constancias al respecto. En el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos traídos a los autos con el objeto de acreditar la suficiencia de los títulos invocados por las partes, y luego de relacionarse la escritura que se estudia, se afirma que la sucesión del señor Manuel Dolores Muñoz se encuentra ilíquida".

Según los conceptos del fallo, la escritura pública Nº 389, de 10 de abril de 1944, de la Notaría 1ª del Circuito de Popayán (f. 1 C. 1º), invocada por la parte actora, "carecé de valor" para "acreditar el dominio" que dice pertenecerle, por una parte; y por otra, el demandado tiene a su favor la escritura Nº 3232, de 9 de diciembre de 1948, de la Notaría 1ª de Cali, que es un título "inscrito, válido y ejerce, además posesión material sobre el inmueble".

El recurrente, apoyado en las escrituras Nos. 510, de 27 de marzo de 1942, de la Notaría 1ª de Cali, 389 de 10 de abril de 1944, de la Notaría 1ª de Popayán, y otras, así como en los certificados del Registro que figuran en autos, sostiene, por una parte, que los demandantes son titulares de la mitad proindivisa del fundo de que se trata, y por otra, que el demandado no lo es sino de una cuota igual.

I

Con respecto a lo primero, cabe observar:

Ciertamente, Manuel Dolores Muñoz adquirió todo el inmueble: la mitad proindiviso de la mortuoria de su esposa (escritura de protocolización del juicio de sucesión, Nº 99 de 1º de febrero de 1937, Notaría 2ª de Popayán; punto 2º certificado de folios 16 y 16v C. 1º); la otra mitad, por compra a Manuel Ignacio Rosero (escritura Nº 1442 de 21 de septiembre de 1938, Notaría 2ª de Cali; punto 3º Certificado ib.).

Cierto, igualmente, que según la escritura Nº 389 de 10 de abril de 1944, de la Notaría 1ª de Popayán, Monseñor Nereo Piedrahíta, llamándose albacea de Manuel Dolores Muñoz y afirmando cumplir una disposición testamentaria de este mismo, dijo transferir a los menores Alfonso, Jaime, Jorgina, M. Susana, Graciela, María S. y María Marta Payán S., "los derechos de dominio que tenía el causante" en el mencionado inmueble, esto es, la mitad indivisa que le quedaba al testador, por haber vendido antes la mitad a Rafael Payán, mediante escritura Nº 1448, de 22 de septiembre de 1938, pasada ante el Notario 2º de Cali.

Pero, como dice el Tribunal, no consta en el juicio ni la muerte de don Manuel Dolores Muñoz, ni el acto testamentario en el cual hubiese designado a los menores como legatarios de sumas de dinero y a Monseñor Piedrahíta como albacea; ni aparece tampoco que la transferencia de los derechos proindiviso en el bien raíz, a los menores, se hubiese efectuado mediante el lleno de los requisitos que exigen los artículos 1347 y 1350 del C. C.

La desestimación que de este título hace la sentencia, con fundamento en tales circunstancias, no peca de errónea, de modo que ha de mantenerse, y así, pues, el fallo es inconmovible en cuanto a la falta de prueba del derecho invocado por la parte actora, como base primordial de las acciones petitoria y de reivindicación.

II

En cuanto a la situación del demandado, la sentencia considera que basta la escritura Nº 3232, de 9 de diciembre de 1948, de la Notaría 1ª de Cali, por una parte, y la posesión, por otra, ya que el título invocado por los demandantes adolece de tales fallas que no puede probar la propiedad de la cosa que es objeto de la doble acción incoada.

El recurrente demuestra que la titulación del reo no comprende sino la mitad proindiviso de la finca; pero, tal demostración no influye en la sentencia, porque aunque hubiese probado que no comprende parte alguna, la posesión protegería al demandado, según la presunción establecida en el inciso 2º del artículo 762 del C. C., frente a la carencia de derecho en cabeza de los actores. En otros términos, la sentencia recurrida no halló la prueba del derecho alegado por aquéllos, no habiendo incurrido en error en la apreciación del título invocado; luego se imponía la absolución del reo, no sólo respecto de la acción de pertenencia, sino también en cuanto a la reivindicatoria, probada como quedó la posesión ejercitada por él.

La lucha entre un título o unos títulos inscritos, tachados de injustos por no acomodarse a las prescripciones de la ley y la posesión del artículo 762, o sea la material única verdadera posesión, cuya raíz se hunde en la propia naturaleza humana, ya que es la manifestación más fuerte

de la voluntad aplicada a las cosas, se tiene que decidir a favor de la última, a menos que los títulos se hubiesen purificado por la posesión misma, cuyo poder llega hasta crear el derecho y sanear la propiedad de todo vicio. Si se invoca un título injusto, sin el amparo de la posesión que lo sanee, nada podrá ante la posesión material del demandado, auncuando ésta no llegue a estructurar la prescripción adquisitiva: la sola presunción del artículo 762 prevalece y decide; si el título del actor se purifica de sus vicios mediante la posesión, la posterior posesión del demandado nada logrará, a menos que corone una usucapión. En el caso de autos, el título de la parte actora, está solo, sin el apoyo de la posesión material. En verdad, aparece inscrito en el Registro Público; pero, la inscripción, o mejor, la llamada posesión inscrita, ni es posesión, ni hace falta, ni existe sino teóricamente en algunos textos del C. C. El momento actual de la doctrina nacional pide que se revalúe su presencia en la legislación, porque siempre fue almácigo de incongruencias inconciliables y casi siempre de injusticias en contra de quien vinculó trabajo, bienes, preocupaciones y vida a la tierra, y en favor de quien no supo de la suya sino para ejercer las acciones posesorias desde la fortaleza invencible de las inscripciones. Con razón la Comisión Revisora del Código Civil de 1953 propone que se prescinda de ella.

Así, pues, el título de los demandantes carece de eficacia, como lo estima la sentencia, en tanto que el del demandado la tiene respecto de la mitad indivisa; pero, le basta la posesión que ejerce, para que prevalezca su situación, como el fallo lo considera igualmente.

Se rechaza, en consecuencia, el segundo y último cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Snprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por Natalia Silva v. de Payán y otros contra Leopoldo Henao O.

Costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—EXCEPCION DE COSA JUZGADA

Para que sea procedente la excepción de cosa juzgada se requiere que en juicio anterior ya fallado, se haya ejercido la misma acción, pedido las mismas cosas e intervenido las mismas personas que en el juicio en que se propone la excepción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

La sociedad denominada Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda., domiciliada en Pereira, construyó en la ciudad del mismo nombre un edificio para montar en él un establecimiento de tejidos.

El terreno sobre el cual se hizo la construcción es inclinado y contra la pared de uno de sus lados, Jesús Iza I. posteriormente levantó otro, no sobre terreno firme sino sobre 'tierra llevada", lo cual es decir sobre un terraplén.

Según sostuvo dicha Compañía en la referida pared, mientras estuvo descubierta, no apareció humedad alguna, pero luégo sí se notó que la había en grado de causar serio perjuicio a la fábrica, desde que Iza levantó su edificio, ello con grave perjuicio por el daño causado a los productos fabriles de aquella sociedad.

Debido a lo expuesto, se siguió un juicio especial que fue desfavorable a la sociedad expresada.

Más tarde, otra entidad denominada Industrias Charles. Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda., demandó a Jesús Iza I., ante el Juez del Circuito de Pereira, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—El edificio de propiedad del demandado Jesús Iza está causando daño a la construcción colindante de propiedad de Rafael Restrepo y Compañía Ltda., Industrias Charles, y en el cual funciona la fábrica de confecciones textiles de esta firma. Tal daño consiste en filtraciones de humedad provenientes de la edificación de propiedad del demandado que afectan la construcción, mercancías y materia prima de propiedad de la firma demandante. Estas dos edificaciones están situadas en el área urbana de Pereira, Calle 19 entre Carreras 4ª y 5ª.

"**Segunda.**—El demandado procederá a la ejecutoria de esta sentencia a reparar el muro divisorio de los dos inmuebles, en forma que se elimine totalmente la filtración de humedad hacia el interior de la fábrica de propiedad de la firma demandante, y dentro de un plazo para la ejecución de la obra que el Juzgado prudencialmente le señalará. Esto, para terminar el daño que se causa.

"**Tercera.**—A la ejecutoria de esta sentencia el demandado pagará a la firma demandante las siguientes sumas de dinero, a título de indemnizaciones por el daño causado:

"a).—Dos mil pesos ($ 2.000-00) moneda legal por las reparaciones efectuadas y por efectuar en el local de propiedad del demandante, para cambio de vigas, pisos, revoques de paredes, levantamiento de estantería y otras obras menores, dañados por la humedad proveniente del edificio del demandado.

"b).—Tres mil pesos ($ 3.000-00) moneda legal por concepto del daño causado a la materia perdida en su totalidad con el humedecimiento, provenientes de la edificación de propiedad del demandado.

"c).—Dos mil pesos ($ 2.000-00) moneda legal por concepto de pérdida total de mercancías elaboradas, y sin valor comercial alguno, a causa del daño causado (**sic**) con la humedad proveniente de la edificación de propiedad del demandado.

"d).—Treinta mil pesos ($ 30.000-00) moneda legal por concepto de las pérdidas sufridas por el demandante en las ventas de "mercancías de segunda" a menos precio y por causa del daño de

humedad, en forma parcial, ocasionado por el edificio de propiedad del demandado.

"e).—Diez mil pesos ($ 10.000-00) moneda legal por concepto de los perjuicios causados a la firma demandante, la cual a causa del deterioro sufrido por sus mercancías con el daño proveniente del edificio del demandado, se ha visto obligada a vender esas mercancías deterioradas en parte con la humedad, como artículos de segunda y a menos precio, lo cual ha disminuído el good will de la empresa en proporción a la indemnización señalada.

"Cuarta.—Que se condene al demandado a las costas del juicio

"Subsidiariamente pido que se condene al demandado a pagar las indemnizaciones que se declaren probadas en el juicio".

El demandado contestó la demanda y opuso contra ella las excepciones perentorias de cosa juzgada, petición de modo indebido, cobro de lo no debido y cualquiera otra que resultara establecida.

El Juzgado desató la controversia así:

"Primero.—Absuélvese al señor Jesús Iza de todos los cargos que le fueron formulados en este juicio ordinario por el doctor Alvaro Campo Posada como abogado o representante de la fábrica o firma "Industrias Charles. Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda. de Pereira", con la salvedad que se indica en el punto segundo.

"Segundo.—Reconócese la excepción de cosa juzgada en relación con la petición segunda de la demanda, y en concordancia en lo dicho en la parte motiva de este proveído.

"Tercero.—Sin costas".

Y el Tribunal Superior revocó el numeral Segundo del fallo apelado y confirmó el Primero y el Tercero.

La sociedad demandante interpuso contra la sentencia en que esto se dispuso el recurso de casación, el que fundó oportunamente y se halla listo para ser fallado.

La casación

Tres son los motivos alegados contra la sentencia acusada por la demanda de casación, todos ellos bien expuestos por abogado conocido y experto y de los cuales la Corte estudia preferentemente el Tercero que da asa para fundar la infirmación demandada.

El recurrente, arrimándose a la primera de las causales establecidas por el artículo 520 del Código Judicial, acusa el fallo por el extremo de haber incurrido el Tribunal sentenciador en error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba pericial que le llevó a violar los artículos 913, 914, 998, 2341, 2347 y 2356 del Código Civil por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Al efecto, dice él con razón, que si el Tribunal admite, como es la verdad, que el muro que separa los predios de las partes es de propiedad exclusiva de la sociedad demandante, o medianero entre las dos propiedades, fue construído por aquélla, y que por tanto no tenía esa parte constructora por qué ni para qué impermeabilizarlo, salta a la vista, observa la Corte, que si un terraplén que se hace no para construír una o varias piezas cerradas sino un patio, si no se completa la obra con una impermeabilización, necesariamente se humedece la pared a cuyo lado se hace una construcción descubierta.

Esfuerza esta conclusión la presencia en el proceso de lo siguiente:

Dicen esto los peritos que intervinieron en inspección ocular:

"D).—La altura del muro de la fábrica que está contigua al barranco es de 2.51 metros. De ahí para arriba sigue el muro formando también parte del edificio del demandado. En cuanto a la afirmación de que los patios de la casa del señor Iza están construídos sobre barranco firme y no sobre tierra echada, no pudimos constatarlo porque ello implicaría una destrucción muy grande de los pisos de los patios y habitaciones contiguas al muro, que implicaría hacer desocupar la casa de sus actuales habitantes mientras se subsanaban los daños (C. 2º f. 16 v.).

"6º—Sí hubo imprevisión al no impermeabilizar el muro, en la época oportuna, según nuestro concepto anterior (C. 2º f. 15).

"4º—La humedad localizada al frente de la propiedad del señor Iza, proviene naturalmente, de esa propiedad, y la causa principal es la humedad del terreno que se transmite al muro no impermeabilizado. Posiblemente esta humedad se aumenta por filtraciones a través de ranuras en el patio o de fugas en los desagües que no pudimos localizar (C. 2º f. 15).

"15.—Naturalmente la humedad del muro afecta los textiles almacenados en la fábrica, especialmente los que quedan cerca del lugar donde se localiza dicha humedad (C. 2º f. 15 v.).

"b).—Los desagües los encontramos correctos y en una excavación que hicimos no encontramos indicio de fuga de agua por alguna juntura de

tubos. El patio de baldosa tiene pequeñas grietas, especialmente contra las paredes, que pueden dar lugar a filtraciones de aguas lluvias que aumenten la humedad del terreno en ese punto (C. 2º ff. 15 v. y 16).

"d).—En realidad el muro de la fábrica de la firma demandante en el lindero con propiedad del señor Antonio Gómez, tiene un muro adicional que lo defiende de la humedad. A pesar de que en el solar del señor Gómez existe un desagüe para las aguas lluvias que se recogen en éste y en otros solares vecinos, la deficiencia de su funcionamiento hace que parte de las aguas permanezca estancada y se filtre en el terreno, aumentando la humedad natural de éste. (C. 2º f. 16).

"g).—Como ya dijimos en el aparte e), la humedad del muro proviene de su contacto con el terreno del lado de la casa del demandado, y por no estar este muro debidamente impermeabilizado" (C. 2º f. 16).

"12.—En toda construcción nueva, en cualquier posición que esté en relación con la antigua, el constructor o propietario debe tomar todas las precauciones del caso para no causar perjuicios a las construcciones vecinas ya existentes". (C. 2º f. 15 v.).

"e).—Como regla general todo constructor al iniciar una obra debe realizar obras de impermeabilización en tal forma que no perjudiquen al vecino" (C. 3º f. 40 v.—Declaración del arquitecto Jorge Arango Uribe).

De lo transcrito surge que, efectivamente, como lo dice el recurrente, erró el Tribunal de modo evidente en la estimación de la prueba pericial, estimación de la que se desprende que ha sido culposo por parte del demandado el humedecimiento de la pared que separa su casa del edificio de que es propietaria la entidad demandante, y siendo esto así, como lo es, se sigue que el Tribunal sentenciador, como consecuencia de esa errónea interpretación, quebrantó los textos del Código Civil citados en la demanda de casación, al dictar sentencia absolutoria en pro del demandado Iza.

Y por tanto, en el caso en que está la Corte, lo procedente es que ella case la sentencia acusada y avoque el conocimiento del asunto cual si fuera Tribunal Superior de Distrito Judicial; y, al hacerlo, procede sobre la base ya expuesta de que realmente la parte demandada es responsable de los perjuicios causados a la demandante.

El monto de éstos fue estimado en la parte principal de la demanda en la suma de $ 47.000-00; pero tal estimación peca de exagerada si se confiere con la de los peritos que dictaminaron sobre ella en el juicio, avaluándolos en la de $ 26.-882.35, avalúo que debe respetarse por lo bien fundado que aparece y por no haber sido objetado en el juicio, lo que satisface la petición subsidiaria de la demanda.

Y cuanto a las excepciones de cosa juzgada, por haber sido decidida ya la cuestión judicialmente, petición de modo indebido, por no ser el procedimiento que corresponde, y de cobro de lo no debido, se observa:

1º—Cuanto a la de **cosa juzgada**, que no es procedente, como lo reconoció la sentencia de primera instancia, porque en el juicio posesorio de que se habla en los **Antecedentes** "era otra la acción y se pedían cosas distintas a las del presente" y porque, como lo asienta el Tribunal, no existe identidad jurídica entre las personas litigantes, **Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda.**, en uso de los juicios e **Industrias Charles. Rafael Restrepo & Cía. Ltda.**, en el otro.

2º—Cuanto a la de **petición de modo indebido**, porque la vía ordinaria es la indicada para demandar perjuicios por daños que se acrediten en él; y

3º—Cuanto a la de **cobro de lo no debido**, porque ello no es excepción, sino la materia **sub judice**.

En mérito de lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

1º—**Cásese** la sentencia acusada.

2º—**Revócase** la de primera instancia.

3º—**Condénase** a Jesús Iza I., a pagar a la entidad llamada Industrias Charles. Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda., domiciliada en Pereira, la cantidad de veintiséis mil ochocientos ochenta y dos

pesos y treinta y cinco centavos ($ 26.882.35) dentro del término de los quince días siguientes al registro de este fallo, y, si no lo hiciere, a cubrirle, además, intereses legales sobre dicha suma, hasta el día del pago.

4º—A reparar el muro divisorio existente entre los inmuebles de las partes, que elimine la infiltración de la humedad, dentro del término de ciento ochenta (180) días comunes siguientes al registro de este fallo.

5º—A pagar las costas del juicio en sus dos instancias y en el recurso.

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

Alfonso Márquez Páez.— Eduardo Rodríguez Pires.—Alberto Zuleta Angel.—Gustavo A. Valbuena, Conjuez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACION REIVINDICATORIA.— ESTA ACCION NO PUEDE DIRIGIRSE CONTRA EL MERO TENEDOR.— ALCANCE DE LA NORMA DEL ART. 971 DEL CODIGO CIVIL.—CONFESION

1—La declaración que hace una parte en juicio, no con el propósito de reconocer la existencia de un hecho que pueda perjudicarle, sino con el ánimo de defenderse, no constituye confesión.

2—Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el art. 971 del C. C., a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el art. 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

1.—En el juicio sobre declaración de pertenencia promovido por **Jorge Ardila Guerrero,** el Juzgado Octavo del Circuito de Bogotá, en sentencia de **21 de mayo de 1949,** aclarada el **31** de agosto y registrada el 30 de septiembre del mismo año, decidió:

"El señor Jorge Ardila Guerrero ha ganado por prescripción adquisitiva extraordinaria y por lo mismo le pertenece el dominio de un lote de terreno, junto con la edificación de algunas piezas en él construídas, ubicado en la ciudad de Bogotá, distinguido en su puerta de entrada con el Nº 2-A-36 de la calle 4ª-A y deslindado así: "Por el Ocicdente, con propiedades de Alfonso Figueroa; por el Oriente, con propiedades de Alfonso Reina, Julio y otros; por el Norte, con la calle 5ª de esta ciudad; por el Sur, con la calle 4ª-A. y propiedades de N. Montes y Alfonso Figueroa".

La mencionada sentencia quedó en firme y así lo declaró el Juzgado en providencia de 7 de septiembre del citado año, por no haberse interpuesto contra ella ningún recurso.

2.—Expresa el referido fallo que en la respectiva demanda expuso el actor, ehtre otros hechos: "que el lote de terreno en cuestión lo posee actualmente, como lo ha poseído en los últimos veinticinco años anteriores a la fecha presente, el señor Jorge Ardila Guerrero, ejercitando sobre tal inmueble actos de verdadero dueño y poseedor, ocupándolo sin reconocer dominio ajeno, haciendo mejoras y reparaciones, etc. b) Que ninguna persona distinta del demandante ha pretendido considerarse como dueña del mencionado terreno, durante el lapso en que lo ha tenido en su poder Jorge Ardila G.". Después de analizar todas las pruebas aducidas en el juicio, concluye el Juzgado: "En el examen de la parte probatoria se vió que Jorge Ardila Guerrero ha poseído ininterrumpidamente por un lapso mayor de veinticinco años el inmueble en cuestión, y que él es actualmente su poseedor...." .

3.—**Jorge Ardila Guerrero,** en escrito presentado al Juzgado del Circuito de Bogotá el día 29 **de marzo de 1950,** demandó a **Emiro Vásquez Perez** para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera:**—Que el señor **Jorge Ardila Guerrero** es dueño de un globo de terreno situado en la ciudad de Bogotá, distinguido en la puerta de entrada con el Nº 2-99 de la calle 5ª de esta misma ciudad y deslindada generalmente así: "Por el Norte, en extensión aproximada de siete metros, con la calle 5ª de Bogotá; por el Sur, en extensión aproximada de diez metros con veinte centímetros, con propiedad del demandante; por el Oriente, en extensión aproximada de treinta y cuatro metros, con propiedades de Julio Rozo, Rafael Romero y Francisco Rincón; y por el Occidente, en extensión aproximada de treinta y

cuatro metros, con propiedades de Alfonso Figueroa;

"**Segunda**:—Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a restituír al demandante, dentro del término que Ud. o la ley señalen, el globo de terreno ya deslindado, con sus dependencias y anexidades;

"**Tercera**:—Que se condene al demandado a pagarle a mi poderdante los frutos naturales y civiles del lote de terreno cuya reivindicación se solicita, y no solamente los percibidos, sino los que el demandante hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad, si el bien de que se trata hubiera estado en su poder;

"**Cuarta**:—Que se condene al demandado, en el caso de que haya hecho enajenación del inmueble mencionado, a pagarle al demandante, dentro de la oportunidad que el fallo señale, la suma que haya recibido el demandado como precio de la enajenación que haya efectuado, o la que por medio de peritos se establezca en el curso del juicio como equivalente del valor del inmueble citado; y

"**Quinta**: Que se condene al demandado al pago de las costas procesales, en caso de oposición".

4.—El solar de que trata la demanda forma parte del bien inmueble a que se refiere la sentencia sobre declaración de pertenencia dictada por el Juzgado Octavo a favor de Jorge Ardila Guerrero. Así lo expresa el actor en el hecho segundo de la demanda, y así se comprobó en el curso del juicio.

5.—Entre los hechos fundamentales de la demanda se encuentra el siguiente:

"5º: — El demandado, señor **Vásquez Perez**, hace más o menos unos ocho años resolvió ocupar, sin autorización de su legítimo dueño, que es mi poderdante, la faja de terreno cuya reivindicación se pide, y la detenta en la actualidad, contra la voluntad del demandante, quien no lo ha autorizado en forma alguna para la ocupación, y antes, por el contrario, le ha pedido en distintas ocasiones que le entregue la posesión material del globo de terreno, al cual no tiene derecho, encontrándose siempre el señor Ardila Guerrero con la obstinada resistencia del demandado".

6.—Se opuso el demandado a las pretensiones del actor. Al **hecho quinto** que se acaba de citar, contestó: "No es cierto; soy poseedor regular aún por confesión del demandante, hecha en la oposición que formuló a una acción semejante en el Juzgado 1º del Circuito". A la contestación de la demanda acompañó copia autenticada expedida por el Juzgado Primero del Circuito de Bogotá, de un memorial presentado por **Jorge Ardila Guerrero** en un juicio sobre bienes vacantes promovido por **Adolfo Carrizosa**, memorial en el cual afirma aquél que Vásquez Pérez es dueño y poseedor del inmueble a que se refiere el presente juicio.

7.—Tramitada la primera instancia del juicio, a ésta le puso término el Juzgado Octavo del Circuito de Bogotá con sentencia absolutoria para el demandado, la cual, apelada por el demandante y previa la sustanciación de la segunda instancia, fué confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

La absolución decretada en la primera de esas sentencias se basa en el hecho de que el título presentado por el demandante, o sea el fallo de fecha 21 de mayo de 1949, dictado en el juicio sobre declaración de pertenencia, es **posterior** al hecho de la iniciación de la posesión por parte del demandado.

La del Tribunal, luégo de citar algunos párrafos del alegato presentado por el apoderado del demandante, expone:

"Es decir, que el demandante le niega categóricamente posesión al demandado ;enfáticamente afirma que éste es simple tenedor, que no tiene el ánimo de señor y dueño.

"Esta es una ratificación de su demanda, en la cual también le niega este carácter al manifestar que el demandado "resolvió ocupar", "ejecuta actos de tenencia material".

'Ahora bien, si el propio actor le niega al demandado su carácter de poseedor de la finca, cómo puede ahora aquí reconocérsele como tal, para con ello suplir la falta de uno de los elementos indispensables para que prospere la acción incoada, cual es, según varias veces se ha dicho, la posesión por parte del demandado?".

Expresa, además, el sentenciador que, 'aún admitiendo, claro está en gracia de discusión, que el demandado sí fuera poseedor, habría lógicamente que aplicar para el presente caso el ejemplo tan conocido, citado por el Juez de la causa en el fallo recurrido" y que, "trasladado a estos autos sería: "Si Ardila, con un título de 1949, demanda a Vásquez cuya posesión principió con anterioridad a tal título (hecho 5º de la demanda), debe triunfar Vásquez"; y agrega: "Así mismo, en el hecho 5º de la demanda base de este

juicio, el actor afirma, afirmación ésta que según el artículo 604 del C. J. tiene el carácter de confesión judicial y, por ende, el de plena prueba al tenor del artículo 606 **ibidem**, que el demandado ocupa la finca "hace más o menos unos ocho años". Es decir, que confiesa Ardila que antes de haber instaurado la acción de pertenencia era Vásquez poseedor o detentador, es decir, había dos posesiones coetáneas, simultáneas sobre la finca de cuya reivindicación aquí se trata, la del actor y al del demandado, situación lógicamente inaceptable en hecho y en ley".

La casación

8.—Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, cuyo apoderado lo fundó en demanda que la Corte pasa a estudiar.

Cuatro son los motivos por los cuales, con base en la causal primera, se acusa dicho fallo.

El primero: por violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, proveniente del **error de hecho** en que, según el recurrente, incurrió el sentenciador al apreciar el **hecho quinto de la demanda** y las aseveraciones del apoderado del demandante en el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia. Dice al respecto el recurrente:

"Como puede observarse, existe en la apreciación que hace el Tribunal, de lo dicho por el suscrito en las dos piezas mencionadas, un verdadero **error de hecho,** cual es el de atribuírle a la parte demandante **confesión** sobre un hecho, que no existe, pues de que el apoderado del demandante haya señalado en el hecho 5º fundamental de la demanda, que el demandado ha ejecutado determinados actos de **tenencia** material, sin autorización del dueño del terreno, esas manifestaciones no equivalen a sostener que no ha habido **posesión** en el bien raíz de que se trata, por parte del demandado. La tenencia material es uno de los elementos constitutivos de la posesión, y cuandoquiera que un demandante en acción reivindicatoria, afirma esa circunstancia y los hechos que la constituyen, está afirmando en el demandado **posesión.**

"Y en cuanto a la afirmación hecha por el suscrito, como comentario y análisis de las pruebas producidas en el curso del juicio, en el alegato de conclusión dirigido al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en la forma como las interpretó y consideró el sentenciador de la segunda instancia, existe, también, **error de hecho,** porque lo que el suscrito dijo en ese alegato fue lo siguiente: "De conformidad con lo dispuesto en el art. 789 del C. C., en tratándose de bienes raíces es necesario que haya inscripción del título en la Oficina de Registro correspondiente y no basta la tenencia material".

Y luego agrega el mismo recurrente:

"Pero además de esto, existe en las consideraciones que al respecto hace el Tribunal en la sentencia de segunda instancia, un error manifiesto cuando considera que las afirmaciones hechas por el suscrito en el alegato de conclusión, constituyen prueba de **confesión,** si se tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 607 del C. J., el apoderado sólo puede hacer confesión, o se presume que la hace, en los **escritos de demanda** y de **excepciones** y en las respuestas correlativas. Y ya se ha visto cómo el suscrito en ninguna de las piezas en donde podía hacer manifiestaciones constitutivas de confesión, ha dicho en parte alguna que el demandado **no tiene** la posesión del inmueble cuya reivindicación se ha solicitado".

El segundo: por violación de los artículos 1769, 946 y 950 del Código Civil y 604 del Código Judicial, a consecuencia del **error de hecho** en que incurrió el Tribunal por no haber apreciado como **confesión del demandado sobre el hecho de la posesión,** la respuesta dada por éste al hecho quinto de la demanda.

El tercero: por violación de los artículos 873, 758, 946, 2512, 2518, 2534, 2º y "concordantes de la Ley 120 de 1928", por haber incurrido el sentenciador en **error de derecho,** consistente en no haberle atribuído a la sentencia dictada en el juicio de pertenencia el valor que le corresponde. Tal sentencia, dice el recurrente, es **declarativa de dominio,** tiene autoridad de cosa juzgada **erga omnes,** y sus efectos se retrotraen al momento en que empezó la posesión por parte de quien adquirió el dominio por usucapión.

El cuarto: por violación de los artículos 946 y 971 del Código Civil, que resulta, según el recurrente, del **"error de derecho** en la apreciación de la prueba establecida con toda nitidez en el curso del juicio, que consagra a favor del demandante un derecho que no se ha hecho efectivo".

9.—En relación con estos cargos, la Corte considera:

Cuanto al primero, que el Tribunal, al expresar que el demandante le niega al demandado la calidad de poseedor, no incurre en los errores de hecho que le atribuye el recurrente.

En efecto:

a). La acción promovida por el demandante se funda en la sentencia ya citada de 21 de mayo de 1949, dictada por el Juzgado Octavo del Circuito de Bogotá, en la cual se lee:

"La demanda se funda en los hechos que a continuación se enumeran: a) **Afirma el actor que el lote de terreno en cuestión lo posee actualmente,** como lo ha poseído en los últimos veinticinco años anteriores a la fecha presente, el señor Jorge Ardila Guerrero, ejercitando sobre tal inmueble actos de verdadero dueño y poseedor, ocupándolo sin reconocer dominio ajeno, haciendo mejoras y reparaciones, etc. b) **Que ninguna persona distinta del demandante ha pretendido considerarse como dueña del mencionado terreno, durante el lapso en que lo ha tenido en su poder Jorge Ardila G.** c) Que los hechos ejecutados por Jorge Ardila G., como dueño y poseedor del terreno de que se trata, los ha ejecutado no sólo en su carácter y con intención de dueño exclusivo sino económicamente. d) Que por el transcurso del tiempo y habiéndose cumplido la prescripción que exige la ley vigente como modo de adquirir el dominio, el demandante se encuentra en el caso de obtener la declaratoria de pertenencia que se solicita, con la seguridad de que no habrá persona alguna que le discuta el dominio cuya declaratoria pide". (Subraya la Corte).

Ahora bien: afirma el demandante que Vásquez Pérez ocupa el terreno de que trata la demanda hace aproximadamente **ocho años** (hecho 5º de la demanda). Al hacer esta afirmación, el demandante no pudo atribuirle al demandado la calidad de poseedor, ya que esto hubiera sido absolutamente contrario a lo aseverado por el mismo demandante en el juicio de pertenencia y a lo decidido en éste. La sentencia dictada en tal juicio, que se invoca como fundamento de la acción (hecho segundo), sentencia que encontró demostrados los hechos de la respectiva demanda, reconoció como **poseedor exclusivo** a Ardila Guerrero y, con base en tal posesión, lo declaró dueño.

b).—En el hecho 7º de la demanda declara el actor: "Durante la tramitación del juicio de pertenencia a que se hizo alusión en el numeral segundo de los hechos fundamentales de esta demanda, el demandado no hizo gestión alguna para oponerse al derecho claro y perentorio del demandante, a pesar de las publicaciones que se hicieron en la prensa y por carteles fijados en el globo general de terreno a que se ha hecho alusión en los numerales tercero y cuarto, **lo que significa que el señor Vásquez Pérez no hace oposición al dominio que tiene el señor Ardila Guerrero en la extensión que reclama en este juicio que se inicia".** (Subraya la Corte).

En la parte de la demanda que se acaba de transcribir, el actor, en forma inequívoca, le niega al demandado la calidad de poseedor.

c)—En el alegato de segunda instancia dice el apoderado del demandante:

"6º—La tenencia material que durante el tiempo determinado en la demanda, ha tenido el Dr. Vásquez Pérez, en la parte del lote o predio que se está reivindicando, no constituye siquiera **posesión,** en el significado lato que se le da a esta palabra, porque dadas las circunstancias en que empezó a tener en su poder el predio reivindicado el señor demandado, es obvio que él no pudo tener la intención de ocuparlo con ánimo de **señor y dueño,** a lo cual se suma la circunstancia de que el Dr. Vásquez Pérez no puede exhibir, porque no lo tiene, **título inscrito** alguno, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 789 del C. C., en tratándose de **bienes raíces** es indispensable que haya **inscripción** del título en la Oficina de Registro correspondiente, y no basta la tenencia material"; y adelante, bajo el ordinal 10º del mismo alegato: "De ahí el que haya causado al suscrito una profunda extrañeza, que el señor Juez en el fallo apelado, sostenga que el demandado tiene **posesión** sobre el predio de que se trata, y que esa presunción constituye, en su favor, una **presunción** de dominio. Porque el mismo funcionario no cita, y mucho menos podría analizar, un solo elemento probatorio que le sirviera de base a sus conclusiones. En cambio, partiendo de un hecho que no existe y que está por demostrar, saca una conclusión absurda, por lo injurídica, como se verá en seguida".

d)—Más aún: En la propia demanda de casación comenta el recurrente un párrafo de la sentencia acusada en los términos siguientes:

"Y cuando el Tribunal, al comentar el alcance y eficacia de la sentencia dictada a favor del señor Jorge Ardila Guerrero, en el juicio de **pertenencia,** que declaró a su favor el dominio del bien raíz de que se trata, se admira de que haya podido existir, en forma simultánea y coetánea, posesión de dos personas distintas sobre un mismo bien raíz, por un lado olvida que esa pose-

sión no ha sido coetánea en el demandante y en el demandado, toda vez que la de aquél se remonta a un lapso de casi treinta años **con anterioridad al año de 1948, en que se inició el juicio de pertenencia, y que su posesión se ejerció no sólo sobre la faja de terreno que ahora se trata de reivindicar, sino sobre la totalidad del inmueble de que forma parte ese lote cuya reivindicación se pide,** y, por otro lado, no se ve la razón por la cual el Tribunal haya hecho el comentario de que se viene hablando, porque dentro de las atribuciones que esa corporación tenía en el momento en que se dictó la sentencia de segundo grado, no estaba la de criticar el alcance jurídico de un fallo pronunciado en juicio distinto, pasado en autoridad de cosa juzgada". (Subraya la Corte).

De lo expuesto se desprende claramente que la afirmación del sentenciador, conforme a la cual "el demandante le niega categóricamente posesión al demandado; enfáticamente afirma que éste es simple tenedor, que no tiene el ánimo de señor y dueño", encuentra firme asiento no sólo en la demanda sino en las declaraciones hechas por el demandante en las instancias del juicio y, aunque aparezca increíble, en el mismo recurso de casación. No existen, por tanto, y mucho menos con el carácter de manifiestos, los errores de hecho de que habla el recurrente.

A esto puede agregarse:

Que es legalmente inadmisible el concepto expuesto por el recurrente, en parte que se transcribió de la demanda de casación, según el cual afirmar **tenencia** en el demandado equivale a afirmar **posesión** en el mismo;

Que el sentenciador, al citar los pasajes del alegato de segunda instancia en que el demandante le niega al demandado el carácter de poseedor, no expresa que ellos tengan alcance de confesión; simplemente expone, con acierto, que constituyen una ratificación de la demanda en la cual, como se ha visto, no fue señalado como poseedor el demandado;

Que en el supuesto de que el Tribunal le hubiera atribuído a tales declaraciones el valor de **confesión,** el error no sería de **hecho** sino de **derecho;** y el fallo no ha sido acusado por este extremo.

En consecuencia, se desecha el cargo.

10.—**Cuanto al segundo,** la Corte observa que la manifestación del demandado en la respuesta dada al **hecho quinto** de la demanda no es **confesión,** vale decir, "declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra" (art. 604 del Código Judicial). En el caso de que se trata, el demandado, en su respuesta, no declaró ser cierto el hecho afirmado por la parte demandante, sino que expresamente lo contradijo. La demanda calificó como simple detentador al demandado y éste negó tener dicho carácter al afirmar que era dueño y poseedor. La declaración que hace una parte en juicio, no con el propósito de reconocer la existencia de un hecho que pueda perjudicarle, sino con el ánimo de defenderse, no constituye confesión.

A lo expuesto se agrega que como es sabido, no le es dable al Juez acceder a las pretensiones del demandante con base en hechos no alegados en la demanda, aunque aparezcan demostrados en los autos (artículos 471 y 593 del Código Judicial).

Por otra parte, si el actor, durante las instancias del juicio, le ha negado al demandado el carácter de poseedor, no puede pretender, en casación, que las pruebas se aprecien en sentido contrario, o sea en el de atribuírle al demandado tal calidad.

11.—**Cuanto al cuarto,** se observa:

Que el recurrente acusa la sentencia por **error de derecho** en la apreciación de pruebas, en términos que son inadmisibles por su vaguedad, ya que no indica las pruebas que considera erróneamente apreciadas;

Que aunque lo expuesto es suficiente para desechar el cargo, la Corte, por lo que hace a la disposición del artículo 971 del Código Civil, citado por el recurrente, reitera la doctrina expuesta en fallo de 8 de diciembre de 1944, según el cual "la acción de dominio es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor **—corpus et animus—** y que por eso es poseedor y cuenta con favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido. No cabe suponer ese conflicto sin tal pretensión, en una y otra de las partes contendoras. Otras serán las acciones y recursos del dueño para recuperar lo suyo cuando es tenido por otro que no tiene ánimo de señor. La acción reivindicatoria implica necesariamente este ánimo en el demandado y no sólo en el demandante. Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del C. C., a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede enten-

derse el art. 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido rospecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente".

12.—**Cuanto al tercero,** la Corte no cree necesario entrar a estudiarlo, ya que se refiere a considerandos de la sentencia que aparecen expuestos, como en ella se dice, "admitiendo, claro está en gracia de discusión, que el demandado sí fuera poseedor".

Hubiera sido necesario examinar este cargo únicamente en el caso de que hubieran prosperado los anteriormente analizados.

13.—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 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá para decidir este litigio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro L., Secretario.



ACCION DE FILIACION NATURAL.—TECNICA DE CASACION

Si el Tribunal desechó como prueba de la posesión notoria del estado civil unos testimonios porque, a su juicio, no la acreditaban, por su vaguedad e imprecisión, no es procedente acusar la sentencia en casación por error de derecho, pues este tópico se refiere a punto de hecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

A los treinta y tres años de su edad, Margarita Vallejo (o Botero como firmó), por medio de apoderado, ante el Juez del Circuito de La Ceja, demandó a la señora María Josefa Jaramillo viuda de Botero, madre y heredera de Enrique Botero Jaramillo, para que, con su audiencia, se declarase:

"Primero.—Que Margarita Vallejo o Botero, cuya acta de nacimiento acompaño a esta demanda, es hija natural del señor don Enrique Botero Jaramillo, quien a su vez era hijo legítimo del señor don Francisco Emilio Botero y de doña María Josefa Jaramillo.

"Segundo.—Que dicha Margarita Vallejo o Botero tiene derecho a ser considerada legalmente como heredera del mentado señor Enrique Botero Jaramillo y, como tál, a que se le tenga en cuenta, al practicar la partición de los bienes, en la proporción legal.

"Tercero.—Que, en consecuencia, dicha partición se hará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 45 de 1.936 o en el 24 de la misma.

"Cuarto.—Que, en caso de que el causante señor Botero Jaramillo hubiere otorgado testamento y no hubiere hecho asignación alguna a favor de mi poderdante, el testamento debe considerarse reformado para los efectos de esta demanda (C. C. arts. 1274 y ss.)".

La demandada se opuso a ello y al contestar los hechos fundamentales del libelo, en escrito firmado por su abogado, negó enfáticamente el segundo de aquéllos por estas palabras:

"No es cierto. Por el contrario: por los datos que poseo sé que la señora Matilde Vallejo mantuvo relaciones sexuales con su esposo y con muchas otras personas, no con Enrique Botero J., de suerte que los varios hijos naturales que procreó difícilmente se pueden atribuír a persona determinada".

Tramitado el juicio, la demandada fué absuelta así por la sentencia de primera instancia, como por la de segunda, proferida ésta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, contra la cual se interpuso el recurso de casación por la parte actora, y en cuyo estudio emprende la Corte.

La sentencia recurrida

Para denegar las peticiones de la demanda, el Tribunal sentenciador, sienta estas bases:

a) Cuanto a relaciones sexuales estables entre Botero y la Vallejo: que las declaraciones de los testigos, con las que se quiso probar, son contradictorias, ayunas de razones, carentes de certeza en lo atinente a la época en que principiaron y terminaron y si dentro de ésta nació la demandante, inexpresivas sobre si los deponentes habían visto al primero visitar a la segunda y si les constaba la ayuda económica que le prestara;

b) Cuanto a la posesión notoria del estado civil: que sólo existen dos testimonios, el de uno quien afirma que por su conducto Botero le envió dinero y algunos objetos de uso personal a la Vallejo en dos ocasiones, y el del otro quien dice que con él le mandó cinco pesos, y que "nada consta sobre el hecho de que Botero hubiese proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de la Vallejo, en la forma requerida por la Ley, ni acreditado siquiera hecho alguno de suficiente idoneidad para inducir de él la relación familiar que se investiga".

A este propósito, agrega el Tribunal que, si bien nueve testigos que nombra aseguran que en el paraje de Aures la Vallejo ha sido tenida siempre como hija natural de Botero, tales testimonios "son inatendibles para acreditar la posesión notoria del pretendido estado, toda vez que falta a esta opinión o creencia colectiva la base real en que debe descansar, cual es el tratamiento de hija prodigado por Botero a la Vallejo"; y,

c) Cuanto a la confesión extrajudicial atribuída a Botero de que hablan algunos testigos: que para que pueda tomarse en cuenta confesión de tal clase, según el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, ha de ser escrita que la recoja, "mayormente tratándose de acciones iniciadas después de muerto el padre por la imposibilidad en que se colocan sus herederos para desvirtuarlo".

La casación

El recurrente acusa la sentencia, acogiéndose a la primera de las siete causales de casación establecidas por el artículo 520 del Código Judicial, por diversos extremos que se propuso tratar en varios capítulos, bien que en realidad no los numeró separadamente, pues luégo de hablar de un Primer cargo, no señaló cuál o cuáles deberían ser Segundo y demás.

Dentro de este desorden, la Corte entra a examinar si está bien o mal fundada la demanda de casación, observando ante todo:

1º—Que el recurrente deja de lado una de las bases en las cuales se fundó la demanda inicial del juicio: la base relativa a las relaciones sexuales estables entre Botero y la Vallejo, de tal manera que sólo subsiste la otra aducida en tal demanda: la atinente a la posesión notoria del estado civil.

2º—Que en parte alguna de tal demanda de casación, se alega la existencia de un error de hecho en la apreciación de las pruebas aducidas en las dos instancias del juicio.

3º—Que, cuanto a errores, sólo se alegan varios de derecho, ninguno de hecho, en esa apreciación de las pruebas; y

4º—Que, por tanto, la tarea de la Corte se reduce sencillamente a examinar si el Tribunal incurrió o nó, en los errores de derecho de que se trata, y si, acreditados éstos, se violaron o nó los textos legales sustantivos que la demanda considera quebrantados o violados en varios conceptos.

Desbrozado el camino, se pasa al examen de fondo.

El recurrente, para demostrar la procedencia de su acusación por el extremo indicado, cita once declaraciones de testigos que brillan por su vaguedad, la que se ostenta con la misma citación de nombres y dichos que hace la demanda de casación, de los cuales se transcriben algunos, no todos, dado que ello es innecesario, debido a que la acusación sobre error en la apreciación de la prueba testimonial, se limita a errores de derecho, no de hecho:

"JULIO ARANZAZU, fls. 4 del c. Nº 3, dice: "Sé..que la señora Margarita Vallejo o Botero, casada con Camilo Betancur.... ha sido tenida por todo el vecindario de su región o vereda, como hija natural de Enrique Botero Jaramillo.. que la razón para ello ha sido entre otras cosas, la particular adhesión que Botero J. tuvo por la citada señora y su marido Betancur, las confesiones hechas ordinariamente por dicho Botero, y que, en fin, en la vereda en que vive dicha Vallejo o Botero, es tenida como cosa cierta y sabida que dicho Botero J. es o fue padre natural de dicha Vallejo o Botero, por lo cual nadie pone en duda aquel hecho". Al ser repreguntado este testigo a fls. 13 del mismo cuaderno, dice: "Sé que Margarita Vallejo es hija de Enrique Botero, por voz pública en el vecindario.... Todo el vecindario de Aures me ha dicho que Margarita Vallejo es hija de Enrique Botero"..... .....JUAN DE DIOS LOPEZ, fls. 6 y v. del C. Nº 3, da su testimonio así: "Sé.. que Margarita Vallejo o Botero.... ha sido tenida por todo el vecindario de su región o vereda como hija natural del señor Enrique Botero Jaramillo..que la razón para ella ha sido la particular adhesión que Botero J. tuvo por la citada señora.. y las confesiones hechas ordinariamente por dicho Botero.... y que en la vereda en que vive es tenida como cosa cierta.... que dicho Botero J. es o fué el padre natural de dicha Vallejo o Botero"..... Al ser repreguntado, a fls. 15 v. del mismo cuaderno, dice: "Sé que Margarita Vallejo es hija de Enrique Botero, porque ese es el decir de la gente.... Enrique Botero y la madre de Margarita Vallejo tuvieron relaciones sexuales continuas, permanentes y exclusivas.... Enrique Botero residió en Aures por algún tiempo.... y venía cada ocho días.... Aseguro que Margarita Vallejo es hija de Enrique Botero porque lo he oído decir. Mis padres me han dicho que Margarita Vallejo es hija de Enrique Botero. No puedo afirmar qué intenciones tenía Enrique Botero J. al ser atento con Margarita Vallejo".... ....

....Por otra parte, el testigo FERNANDO MARIN, fls. 4 v. id. cdno. afirma que Enrique Botero Jaramillo en varias ocasiones que Margarita Vallejo o Botero, "era su hija natural" y en una ocasión le mandó dinero con el testigo. A fls. 13 v., cuando es repreguntado, se ratifica y explica más y mejor su anterior dicho jurado. JESUS ANTONIO ARANZAZU, a fls. 5 v. del mismo cuaderno, dice: "Fuí amigo personal de don Enrique Botero Jaramillo.... me manifestó repetidamente que la señora Margarita Vallejo o Botero.... era su hija.... por mi conducto el citado Botero Jaramillo le remitió a la Vallejo o Botero, por **muchas veces** dinero conmigo, y además presencié en algunas veces que Botero Jaramillo directamente le daba dinero a la Vallejo o Botero, y es así mismo cierto que cuando ésta se fué a casar, Botero Jaramillo le envió de la Ceja zapatos y otros objetos". Repreguntado, el testigo, a fls. 14 v., es más explícito aún, como vamos a verlo: "Enrique Botero envió dinero conmigo para Margarita Vallejo o Botero, por dos veces.... la primera vez, hace por allí unos dos años; la segunda vez que hizo tal envío, hace por allí unos siete meses mas o menos, y el envío de los zapatos y demás objetos hace, **hace (sic) por allí al rededor de unos catorce o quince años.** La intención que tenía Botero al enviar esos dineros a Margarita Vallejo era porque éste la reconocía por su propia hija.... Afirmo por la referencia que me hizo Botero, que Margarita sí era hija de él.....".

De lo transcrito el recurrente deduce, y por ello acusa el fallo, que el Tribunal cometió **error de derecho** en la apreciación de esas declaraciones y la consiguiente violación de los artículos 399, 395, 394, 398, 401, a 404, 1046, 1321 del Código Civil, 696, 697, 698 y 700 del Código Judicial, 5º y 6º, 7º y 8º de la Ley 45 de 1.936; 68, 69, 73 y 75 de la Ley 153 de 1.887 y 1º y 2º de la Ley 38 de 1945, unos directamente, otros por no haber sido aplicados o haberlo sido mal, terminando todo ello con este paso final de su demanda de casación:

"Por no admitir como prueba plena los testimonios de once declarantes sobre el estado, o sobre la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante, del difunto Enrique Botero Jaramillo, que es el **"conjunto de testimonios fidedignos** que exige el C. C., y la existencia de pruebas idóneas que dejan establecido que esta posesión notoria del estado civil referido duró más de diez años, lo cual estaba el sentenciador obligado a admitir, y no lo hizo con violación de la ley sustantiva, cometió el error de derecho que dejo señalado, y a través de ese error infringió, especialmente, los ordenamientos sustantivos que dejo citados".

Todo lo cual carece de asiento:

Porque si hubo error en la apreciación de ese legajo de testimonios humanos, éste sería **de hecho, extremo** por el cual no se acusó el proveído, y no **de derecho:** habría sido de éste si el Tribunal hubiese dicho, por ejemplo, que con declaraciones de testigos no se puede acreditar la posesión notoria del estado civil, no obstante ser contestes, cuando lo que dijo fue que **ninguno** de tales testimonios acreditaban tal **posesión notoria,** por su vaguedad e imprecisión, tópico éste referente a puntos de hecho; y,

Porque para la Corte, en casación, le es forzoso acatar la estimación de hecho que hagan los Tribunales de fondo, salvo el caso de que el error sea **evidente,** lo que el recurrente ,se repite, ni alegó ni mucho menos probó.

Por todo ello, 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 acusada y condena en las costas del recurso a la parte que lo interpuso.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS TERRENOS

Es contrario a la técnica de la casación acusar en forma global por error en la apreciación de las pruebas. El recurrente debe indicar claramente cuáles son las pruebas que considera fueron mal apreciadas y también en qué consiste el yerro respecto de cada prueba en concreto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 29 de septiembre de 1951, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de pertenencia seguido por "Urbanizaciones Sardi-Limitada" según el procedimiento señalado en los artículos 6º y siguientes de la Ley 120 de 1932.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1º—"Urbanizaciones Sardi Limitada", sociedad constituída por medio de escritura pública Nº 1278, de 4 de junio de 1945, otorgada en la Notaría 3ª de Cali, ha ejercido la acción consagrada en el artículo 2º de la ley 120 de 1928, por el procedimiento señalado en los artículos 6º y siguientes de la misma ley.

2º—La declaración de pertenencia o de dominio la pide respecto de un lote de terreno ubicado en la prolongación Sur del barrio Guayaquil de esta ciudad, fundado en parte de los terrenos indivisión de Pasoancho de Borreros, con una cabida aproximada de 68.732 metros cuadrados, el cual lote se halla comprendido dentro de los siguientes linderos actuales: Por el norte, con la carrera 21 de esta ciudad en parte, y en parte con terrenos de Bernardodino Roa en parte, y en parte con terrenos de Avelino Núñez; por el oriente, con terrenos de José Fernández, del Dr. Santiago Jiménez Arrecha (sic) y de los señores Piedrahíta Hermanos, o de sucesores de estos propietarios; y por el occidente, con terrenos de Avelino Núñez, en parte y en parte con terrenos de la señora Celmira Triana de Marchant".

3º—Se oponen a la declaratoria solicitada el Municipio de Cali, por hacer parte el fundo de que se trata de los ejidos, pertenencia de la misma entidad; y el "Centro Católico de Familias Pobres de Cali", cuya personalidad de derecho le fue reconocida por el Gobierno según Resolución Nº 15, de 12 de enero de 1946, por hallarse comprendido en extensión donada a las familias pobres de Cali, por el señor Manuel María Barona, según escritura pública de 23 de junio del año de 1848.

4º—El Juez de primera instancia declaró infundadas las oposiciones, por una parte, e hizo la declaración de pertenencia a favor de "Urbanizaciones Sardi Limitada", por otra. El Tribunal Superior de Cali confirmó aquel fallo y condenó en costas al "Centro Católico de Familias Pobres".

5º—De la sentencia recurrió en casación únicamente esta última persona jurídica, de modo que aquélla está en firme para el Municipio. El recurso fue concedido, admitido y fundado en oportunidad. La parte no recurrente replicó y el señor Procurador General de la Nación, sin embargo de no haber recurrido el Municipio, ha coadyuvado la demanda de casación, con el fin de que en sentencia de instancia se resuelva el pleito a favor de la misma entidad de derecho público.

CAPITULO SEGUNDO

La casación, causal y cargo

Después de hacer una pormenorizada relación de los hechos, el recurrente señala, como base de su demanda, la causal primera (artículo 520, ordinal 1º C. J.) y como cargo único la violación de la ley sustantiva "por infracción directa que proviene de apreciación errónea en las pruebas presentadas por mí, y en el peritazgo de segunda instancia", según sus palabras, y sin decir de qué

especie de error o errores se trata, si de hecho, si de derecho, señala como norma quebrantada la ley 32 de 1929, la que a juzgar por la transcripción que hace en el desarrollo del cargo, se reduce al artículo 1º.

Habrá de excluírse del cargo "las pruebas presentadas" por el apoderado de la asociación referida, no sólo porque este sistema de acusación global es contrario a la técnica del recurso, sino también porque se ignora —repítese— la clase de error de que se moteja la apreciación del sentenciador y sobre todo en qué consiste el yerro en que incurriera respecto de cada prueba en concreto. La Corte ha dicho y repetido que tal forma de acusación se opone radicalmente a la naturaleza de este recurso y obliga a que el cargo sea rechazado de plano.

De esta suerte, el cargo se limita a la errónea estimación del dictamen pericial rendido en la segunda instancia del juicio, a solicitud de la persona jurídica recurrente, pero en parte alguna del escrito en el cual se funda el recurso se especifica el error, el cual, atendiendo al párrafo siguiente, parece ser de hecho:

"Demostrado está tanto con el experticio de primera instancia, como con el experticio de segunda instancia, que las 327 plazas donadas al Municipio, son ejidos y no solamente los peritos dicen que son ejidos, sino que con este carácter fueron entregadas por el señor Manuel María Barona, en la diligencia ya mencionada. Conforme a los linderos dados por los peritos agrimensores, los expresados en el hecho primero de la demanda, del indiviso de PASO ANCHO, los expresados en la escritura de donación del 23 de junio de 1848 y los relacionados en la inspección ocular practicada por el Juez 2º del Circuito el 4 de noviembre de 1948, el lote en litigio de los 69.732 metros cuadrados que la sociedad Urbanizaciones Sardi Limitada persigue en prescripción adquisitiva de dominio, se encuentra dentro de los linderos del lote de terreno que comprende las 327 cuadras".

Señalada así esta condición indispensable para entrar a estudiar el cargo, y concretando éste al experticio de la segunda instancia, se considera:

1º—Los peritos de la segunda instancia conceptuaron:

"En vista de la historia que hemos seguido acerca de los antecedentes que han originado la apropiación y expropiación de los terrenos ejidos de la ciudad, fundados en documentos de indiscutible validez y claridad procedemos a rendir nuestro dictamen de la manera siguiente: El lote de terreno en litigio, a que se refiere la escritura sin número, del 23 de junio de 1848, por la cual Manuel María Barona donó a los pobres cien plazas de tierra cuadradas, que obra a folios 60 y 61 del expediente, se encuentra dentro de los terrenos del Municipio de Cali que fueron señalados como ejidos por un despacho del Virrey de 1779, y, naturalmente, los terrenos de don Manuel María, incluídos los que donó a los menesterosos de Cali por medio de la escritura sin número de 23 de junio de 1848, como los que en esa época, cercaron entre otros los señores Manuel Garcés y doctores Rafael Caicedo y Vicente Borrero, **se encuentran dentro de esa limitación ejidal** hecho que, hasta el año de 1848, nueve (9) de diciembre de ese mismo año, se estableció en forma evidente por la sentencia dictada en esa fecha por el señor Juez letrado del Cantón de Cali, don Juan Nepomuceno Núñez Conto. Esta es la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, establecida en forma clara y absolutamente imparcial". (C. 3º f. 41 v. Subraya la Sala).

Se sigue de este concepto que las tierras del donativo del señor Barona están comprendidas en el área territorial de los ejidos de la ciudad de Cali; pero, el dictamen no esclarece el punto esenciai para dirimir la litis; si en los terrenos traspasados por el señor Barona a los pobres o al menos en los que tienen aquella condición jurídica,, se halla el fundo respecto del cual la casa demandante ejerce la acción de pertenencia contemplada en la ley 120 de 1928.

2º—La sentencia dice respecto de dicho ditamen:

"En esta segunda instancia, a solicitud del opositor, se llevó a cabo otra diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, con el objeto de establecer si el lote objeto del juicio se encuentra dentro de los linderos que señala la escritura de 23 de junio de 1848, a que ya se hizo alusión. Los peritos que en tal diligencia intervinieron, concluyen así su dictamen: 'El lote de terreno en litigio a que se refiere la escritura sin número del 23 de junio de 1848, por la cual Manuel Barona donó a los pobres cien plazas de tierra cuadrada, que obra a folios 60 y 61 del expediente, se encuentra dentro de los terrenos del Municipio de Cali, que fueron señalados como títulos por un despacho del Virrey, de 1779, y, naturalmente, los terrenos de don Manuel María Barona incluídos los que donó a los menesterosos de Cali, por medio de la escritura sin número de

23 de junio de 1848, como los que en esa época cercaron entre otros, los señores Manuel María García y doctores Rafael Caicedo y Vicente Borrero, se encuentran dentro de esa limitación ejidal, hecho que hasta el año de 1848, nueve (9) de diciembre de ese mismo año, se estableció en forma evidente, por la sentencia dictada en esa fecha por el señor Juez letrado del cantón de Cali, don Juan Nepomuceno Núñez Conto'.

"Como bien puede advertirse, los señores peritos que intervinieron en la diligencia a que antes se hizo mérito, y según lo que de tal dictamen acaba de transcribirse, sólo afirman que las cien plazas de tierra donadas por el señor Manuel María Barona a las familias pobres de esta ciudad se encuentran dentro de los terrenos del Municipio de Cali, que fueron señalados como ejidos por un despacho del Virrey en 1779, pero nada dicen sobre si dentro de esas cien plazas se encuentra comprendido el lote que es objeto del juicio, no obstante que esto fue lo solicitado por el opositor. Queda entonces en firme el dictamen pericial producido en la primera instancia, en donde se afirma, con variados fundamentos, que el mencionado lote de tierra no se encuentra comprendido dentro de las cien plazas donadas por el señor Manuel María Barona a las familias pobres de Cali en el año de 1848. Siendo esto así, carece de fundamento la oposición formulada en tiempo oportuno por el señor apoderado del "Centro Católico de familias pobres" de esta ciudad". (Subraya la Sala).

3º—El extenso dictamen, por referirse a diversos temas casi todos ellos extraños a la materia que había sido sometida a los peritos, no alcanzó a tocar el concerniente a la sustancia del debate: si la tierra cuya propiedad pretende la sociedad actora hace o no parte de los terrenos donados a los menesterosos por el señor Barona, mediante la citada escritura de 1848, que era de lo que se trataba en la litis entre "Urbanizaciones Sardi Limitada" y el "Centro Católico de Familias Pobres", y quizá también entre aquella sociedad y el Municipio; y apenas llegó a ubicar las tierras donadas en el área de ejidos de la ciudad de Cali. Para que el dictamen pudiese prestar fuerza al cargo, de modo que la apreciación quedase afectada de manifiesto error de hecho, habría sido necesario que los expertos hubiesen conceptuado que los 69.732 metros cuadrados cuya pertenencia pide la parte actora que le sea reconocida, se hallan contenidos entre los linderos que determinan las cien plazas de la donación. Pero los peritos callaron al respecto, habiéndose limitado la sentencia a registrar este silencio afirmando que "nada dicen sobre si dentro de esas cien plazas se encuentra comprendido el lote que es objeto del juicio". Hay, por tanto, armonía completa entre la prueba pericial y la apreciación del juzgador; así que es absolutamente imposible que pueda configurar el error alegado. Además, la falta de prueba de tal hecho, no aducida por la corporación, habría bastado al Tribunal para desechar la exigencia de la misma; sin embargo, se apoyó en una prueba categórica, del hecho opuesto, esto es, de que el fundo cuya pertenencia y propiedad se discuten no se halla comprendido entre las tierras donadas en 1848. "Queda entonces en firme el dictamen pericial producido en la primera instancia, en donde se afirma, con variados fundamentos, que el mencionado lote de tierra no se encuentra comprendido dentro de las cien plazas donadas por el señor Manuel María Barona a las familias pobres de Cali en el año de 1848", y así sucede que la estimación que el fallo hace del experticio de la segunda instancia, fue acusada de manera improcedente, al tiempo que la del dictamen de la primera, no mereció ningún reparo, motivo por el cual el recurso no puede tocar esa doble valuación.

En consecencia, no procede el cargo.

Para terminar, la Corte observa una vez más la falta de técnica en la formulación de los cargos en casación, falta que conduce no sólo a que el recurso se malogre, sino también a que sea más difícil la función de la doctrina jurisprudencial y más relativa la misión de la Justicia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por "Urbanizaciones Sardi Limitada" contra el Municipio de Cali y otros.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Darío Echandía —Manuel Barrera Parra.— José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a treinta de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Existió en el Municipio de Pasca, un latifundio denominado El Retiro que fue de Germán y Juan Cubillos Fernández, de quienes fue sucesor jurídico Germán Cubillos Vargas.

Este parceló la tierra, dentro de la cual varias personas que de antiguas feudatarias pasaron a decirse dueñas de varias porciones y otros de mejoras hechas por ellas. Entre éstas figuraba un terreno poseído por José Palencia, causahabiente de Dimas Pardo, **de un lado,** quien por escritura número 804 **de 18 de junio de 1.947** dijo venderlo a Palencia y a Raúl Guevara "las mejoras existentes dentro de una parcela ubicada en la vereda de Lázaro Fonte, jurisdicción de Pasca, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el pie, con propiedades de los compradores (Guevara y Palencia); por un costado, con los mismos compradores Guevara y Palencia; por la cabecera, con propiedades de Primitivo Urrea; y por el último costado, con propiedades de José Nicolás Muñoz, en parte, y, en parte, con propiedades de Jorge Gutiérrez"; **de otro,** de Raúl Guevara Torres, quien por medio de escritura 1.471 **de 17 de noviembre de 1.948** le transfirió la parte pro indiviso que le correspondió por concepto de la compra que hizo simultáneamente con Palencia y Dimas Pardo. Por este mismo instrumento le vendió la posesión y mejoras que adquirió de Lisandro Rincón por escritura número 1.202 **de 29 de agosto de 1945,** vinculadas en el terreno denominado Las Mesetas, ubicado en el sector de Lázaro Ponte, deslindado así: "por el pie, con parcelas de Raúl Guevara, Teodomiro Beltrán y José Vejarano; por el costado derecho, con parcelas de Teodofniro Beltrán e Ismael Alvarado; por la cabecera, con parcelas de Primitivo Urrea y Dimas Pardo; y por el costado izquierdo, con parcelas de Alfredo Pérez, Isidro García y el otorgante Guevara"; y, **finalmente,** de Agustín Cortés, quien por medio de escritura número 714 de 29 de mayo de 1950, le vendió el derecho de dominio con todas sus mejoras, usos, costumbres servidumbres y demás anexidades sobre una finca o lote de terreno llamado El Retiro, situado en Lázaro Fonte, Municipio de Pasca, lote determinado por los siguientes linderos: "por el costado derecho Sur, con propiedades de Julio Cruz, Isaías Gómez y Primitivo Urrea, parte separando con una rastra; por la cabecera, propiedad del mismo Primitivo Urrea; por el costado izquierdo Norte, con finca de Nicolás Muñoz, Jorge Elías Gutiérrez, Alfredo Pérez e Isidoro García; y por el pie, con posesión de Isaías Palencia, Parmenio González y Santos Rodríguez". Que el vendedor adquirió el inmueble por escritura número 3.398 **de 7 de junio de 1948,** como adjudicatario en la sucesión de Juan y Nicolás Cuenca o Cueca, se dijo. Germán Cubillos Vargas, de su lado, por escritura número **708,** otorgada en la Notaría de Fusagasugá el 29 de mayo de 1947, expresó lo siguiente :

"Primero.—Que es legítimo propietario y poseedor inscrito de la hacienda denominada "El Retiro", ubicada dentro de la jurisdicción Municipal de Pasca y la cual se encuentra encerrada por los siguientes linderos generales: "Partiendo de una piedra marcada A, que se halla colocada a la orilla del río "Corrales", cien metros (100 mts.) abajo de la confluencia de este río con el Juan Viejo, aguas abajo, hasta el punto en que la línea divisoria entre los Municipios de Fusagasugá y Pasca corta el río Cuja; de este punto y por esta línea divisoria, pasando por cerro Pelado, a dar al río 'Batán'; de este punto río Batán aguas arriba, hasta llegar al punto divisorio con la hacienda de la Constancia, que es o fué del General Carlos A. Muñoz; de este punto en línea recta y por esta línea divisoria, a dar a la piedra marcada A., punto de partida de es alinderación".

"Segundo.—Que la mencionada hacienda así alinderada ha venido siendo parcelada desde

tiempo atrás, hasta la presente fecha, quedando de ella una parte que actualmente se halla ocupada por algunos de los antiguos arrendatarios de la misma que se declararon el (sic) rebeldía y que hoy se apellidan colonos, cuyos sobrantes de tal hacienda, no están en continuidad o en un solo globo, sino que por el contrario se hallan en retazos pequeños, dentro de dicha hacienda.

"Tercero.—Que tales sobrantes de terreno en cantidad más o menos de quinientas fanegadas (500 fgdas.) de cabida y localizados dentro de los linderos generales de la hacienda ya citados, los da hoy en venta real y enajenación efectiva a favor del doctor Alberto Otálora Z., también mayor de edad y vecino actualmente del Municipio de Pasca, portador de la cédula de ciudadanía número 463.980 expedida en el Municipio de Iquira (Huila) y a quien de la misma manera conozco y por tanto, doy fe, sobrantes que conoce ampliamente el comprador de los cuales solamente se exceptúan las estancias o lotes prometidos en venta a algunos de los mismos ocupantes que auncuando no han recibido sus escrituras, sí tienen contratos de promesa de venta suscritos y firmados con anterioridad a la presente fecha..."

Lo que tanto quiere decir que lo enajenado por tal escritura al Presbítero doctor Alberto Otálora Z. era nada más ni nada menos que terrenos indeterminados, carentes de linderos, algo que no eran un cuerpo cierto, sino un remamente que había quedado a Cubillos después de haber hecho numerosas enajenaciones a terceras personas, algo que el Registrador de Instrumentos Públicos no debió anotar en sus libros por tal carencia de linderos, en presencia de texto expreso como el del artículo 2.658 del Código Civil: los que se estamparon en la escritura fueron los de toda la finca de "El Retiro", como quedó copiado arriba.

Esto no obstante, con su perdón sea dicho, el Presbítero Otálora Z., dueño como se ha visto de una porción indeterminada de El Retiro, creyó que por sí solo podía volver cuerpo cierto lo que era incierto, y por medio de la escritura pública Nº 49, pasada en la misma Notaría el 16 de enero de 1951, declarándose "dueño y poseedor inscrito de una extensión de terreno comprendido dentro de los linderos generales de la hacienda de El Retiro", vendió al Doctor Miguel A. Garavito dos parcelas "que forman un solo globo, comprendidas dentro de los linderos arriba indicados ubicadas en la sección de 'Lázaro Fonte', jurisdicción del Municipio de Pasca, comprendidas dentro de los siguientes linderos generales: la primera parcela ocupada por el señor José Palencia, linda así: "por cabecera, con Peregrino Pérez y Primitivo Urrea; por un costado, con José Nicolás Muñoz, Jorge Gutiérrez, Alfredo Pérez e Isidro García; por el pie, con Isaías Palencia, Parmenio González y Santos Rodríguez; y por el otro costado con Isaías Gómez y Julio Cruz". La segunda ocupada por Isaías Palencia, linda: "por cabecera, con José Palencia; por un costado con Isidro García; por el pie, con Teófilo Acosta y Luis Rodríguez; y por el último costado con Hermógenes González y Parmenio González".

Como brilla al ojo, las titulaciones de las partes son a úna deficientes y carentes de los respectivos certificados sobre la suficiencia de sus últimos títulos que exige de modo perentorio el artículo 635 del Código Judicial.

Las instancias del juicio

En esta situación, Miguel A. Garavito, ante el Juez del Circuito de Fusagasugá, entabló demanda contra José Palencia, la que, en su parte petitoria, dice así:

"Primera.—Que el suscrito demandante es dueño exclusivo y absoluto de un terreno ubicado en la sección de 'El Retiro' o 'Lázaro Fonte', de la jurisdicción de Pasca, determinado por los siguientes linderos: "Por cabecera, con propiedad de los señores Peregrino Pérez y Primitivo Urrea; por un costado, con posesiones de José Nicolás Muñoz, Jorge Gutiérrez, Alfredo Pérez e Isidro García; por el pie, con propiedad del suscrito demandante ocupada por el señor Isaías Palencia, y con posesiones de Parmenio González y Santos Rodríguez; y por el último costado, con Isaías Gómez y Julio Cruz".

"Segunda.—Que el demandado, como poseedor actual del terreno alinderado en el punto anterior, está en la obligación de restituírmelo, libre de todo gravamen, embarazo o limitación, en el término de tres días a partir de la ejecutoría de la sentencia, junto con todos sus accesorios, mejoras y frutos pendientes.

"Tercera.—Que se condene al mismo señor José Palencia a pagar los frutos civiles y naturales que hubiese producido el fundo durante el tiempo que ha estado en su poder, no sólo los producidos sino los que hubieran podido percibirse por el dueño de la cosa durante el mismo tiempo.

"Cuarta.—Que se le condene a pagar los perjuicios ocasionados al inmueble en cuestión, por

razón de la destrucción de la montaña y la disminución de las aguas.

"Quita.—Que se le condene en costas, en caso de oposición".

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio.

Tramitada la primera instancia del juicio, a ésta le puso termino el Juzgado del Circuito de Fusagasugá con sentencia absolutoria para el demandado "por carencia de acción, o sea, por la falta de personería sustantiva en el demandante".

Esta sentencia, previa la sustanciación de la segunda instancia, fue confirmada por la que pronunció el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de mayo de 1953.

La absolución decretada en la primera de esas sentencias se basa primordialmente en el hecho de que al título exhibido por el demandante es posterior al hecho de la iniciación de la posesión del terreno disputado por parte del demandado.

La del Tribunal, luego de examinar los términos de la escritura por la cual Cubillos vendió al Presbítero Doctor Otálora Z. los sobrantes de El Retiro de que habla la escritura número 708 citada atrás, dice lo que sigue:

"De la simple lectura de las manifestaciones acabadas de insertar, se deduce claramente que el contrato de compraventa celebrado entre el señor Cubillos y el señor doctor Otálora tuvo como objeto varias porciones discontinuas de terreno, vale decir, varios cuerpos ciertos, que, con los ya enajenados a otras personas por el señor Cubillos y también con los que habían (sic) prometido en venta, constituían el bién denominado El Retiro. Pero, al emprender su dueño la parcelación de dicho inmueble, y luego de haber efectuado enajenaciones de lotes o parcelas, ese cuerpo cierto y determinado dejó de serlo, en virtud de la desmembración del dominio, para dar origen a tántos otros como ventas fuera realizando.

"La circunstancia anterior obligada en forma perentoria a los contratantes a expresar en el instrumento traslaticio del dominio los linderos del globo o globos objeto de la transacción, tal como lo exige el inciso 2º del artículo 2.594 del Código Civil, que dice: "Las cosas y las cantidades serán determinadas de una manera inequívoca, y si en el instrumento se tratara principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el distrito o distritos de la situación; y si urbano, además, la calle en que estuviere situado, y el número de inmueble si lo tuviere".

"Las exigencias contenidas en la norma transcrita encuentran su explicación en el fenómeno jurídico de que siendo el dominio el derecho real que se tiene sobre una cosa corporal ,para que pueda ser efectivo necesita ser conocido en su extensión, tanto por el agente activo del derecho como por los agentes pasivos del mismo; porque de otra manera el primero no sabe a ciencia cierta qué es lo que debe hacer respetar, y los segundos qué es lo que están obligados a respetar; de manera que un dominio sobre una cosa corporal inmueble, es decir, sobre un predio rústico que no se sabe hasta dónde va su extensión, bien puede considerarse como un derecho ineficaz, máxime cuando se trata de hacerlo prevalecer sobre otro.

"Así que, en el título por medio del cual el señor doctor Alberto Otálora Z. adquiría los sobrantes de la antigua hacienda de El Retiro, consistentes en lotes, porciones o parcelas, separados entre sí, era necesario haber determinado los distintos globos de manera inequívoca, es decir, haber individualizado cada uno de ellos por medio de sus linderos, pues sólo así podía dar cumplimiento a las exigencias de la Ley. No cabe la menor duda de que en el momento mismo en que se otorgaba la escritura número 708 de 30 (29?) de mayo de 1947, las porciones que entraban al patrimonio del comprador, si bien habían sido parte del primitivo inmueble "El Retiro", ya eran cuerpos ciertos en razón del desmembramiento del dominio causado por las varias enajenaciones efectuadas, y por ende, fáciles de ser determinados o especificados por medio de sus respectivos linderos. Al decir en el instrumento precitado que el objeto de la venta "son los sobrantes de terreno de la hacienda El Retiro que no están en continuidad o en un solo globo", en cantidad más o menos de quinientas fanegadas (500 fgdas.) de cabida y localizados dentro de los linderos generales de la hacienda ya citada, en forma alguna se da cumplimiento a la norma comentada, porque determinar "de una manera inequívoca" una cosa, es individualizarla de las otras mediante la expresión de las características que le son propias, que para el caso de los inmuebles le son su ubicación, su nomenclatura, cabida, sus linderos, etc.

"Por haberse omitido en la escritura número 708 de 30 (29?) de mayo de 1947, firmada ante el Notario del Circuito de Fusagasugá, la expresión de los linderos del globo o globos de terre-

no que eran objeto de la compraventa, tal instrumento no tiene valor probatorio. Esta es doctrina constante de la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de mayo de 1.934" (C. 4º, ff. 20 v. a 21 v.).

La casación

Contra el fallo del Tribunal interpuso el recurso de casación la parte desfavorecida, cuyo apoderado la fundó en demanda que la Corte pasa a estudiar.

Tras un extenso estudio de los puntos que, en concepto del recurrente, dan asa para la casación del fallo acusado por la Causal primera, condensa la acusación en tres cargos diciendo: "quiero, para que se guarde el orden lógico, resumir esta demanda".

Primer cargo

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho por no haberle reconocido valor jurídico a la escritura número 2.837, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 1952, por la cual Ernesto Cubillos, procediendo en representación de su hermano Germán, ratificó la venta hecha por el Presbítero Otálora al demandante Doctor Garavito "de dos lotes contiguos denominados Las Mesetas y los Ensenillos ubicados en el Municipio de Pasca que son parte de la antigua hacienda El Retiro y de la porción que de tal finca su poderdante señor Germán Cubillos le vendió al Presbítero Otálora Z., lotes alinderados así.."; y que, debido a semejante falta de reconocimiento, incurrió ese cuerpo en error de derecho y consecuencialmente violó los artículos 946, 950, 952, 1.871 y 1.874 del Código Civil.

En lo que no le asiste la razón al recurrente:

1º—Porque, como lo dice la sentencia acusada "el título deficiente es precisamente al del señor Otálora y contenido en la escritura 708 tántas veces mencionada", que ha debido completarse, por las partes, para darle validez, por medio de escritura en la cual se hubiese determinado lo que indeterminadamente vendió Cubillos al mencionado Presbítero.

2º—Porque ni en la escritura 2.837, otorgada el 21 de octubre de 1952, por Ernesto Cubillos en nombre de su hermano Germán, ni en parte alguna del proceso, aparece el poder con el cual obró aquél y por ello el acto jurídico de la ratificación tendiente a validar la venta Otálora-Garavito, carece de existencia legal en el proceso; y

3º—Porque, no habiendo adquirido el Presbítero Otálora un cuerpo cierto sino unos sobrantes indeterminados de tierras, mal pudo convertir lo indeterminado en determinado para enajenárselo a Garavito y por ello carece éste de la acción reivindicatoria dirigida contra Palencia, quien tiene a su favor, por otra parte, la presunción de ser dueño de lo reivindicado por hallarse en posesión del bién disputado, a la que agregaba la de sus causantes.

De todo lo cual se deduce que por la sentencia acusada no se quebrantaron los textos que el recurrente considera violados en el cargo examinado.

Segundo cargo

Dice el recurrente que, "no obstante la imprecisión de la sentencia, debe acusarla también por el aspecto de la singularización del inmueble, acreditada con la confesión del demandado, la inspección ocular y el dictamen pericial, pruebas que el Tribunal sentenciador no apreció en el sentido que debieran serlo y de darles el valor que les corresponde, con lo que incurrió en error de derecho y violó por quebrantamiento indirecto los artículos 604, 607, 722 y 730 del Código Judicial.

Sobre lo que se observa:

Que la sentencia no es imprecisa sino, por el contrario, lo más precisa posible: absolutoria.

Que en parte alguna del fallo se niega que el predio objeto de la demanda no está singularizado y se respeta lo que sobre la materia se deduce de la contestación de la demanda, la inspección ocular y el dictamen pericial.

Que, por el contrario, reconoce que está en poder del demandado el bién que es objeto de la reivindicación.

Que lo que no está **singularizado** es otra cosa: lo vendido por Cubillos al Presbítero Otálora consistente es **sobrantes indeterminados** de El Retiro, que por ello mismo no dio derecho de domino a éste, dado que los inmuebles no pueden venderse como el trigo o la cebada, sino por su ubicación y linderos.

Y que, por tanto, es inane la acusación que por ese extremo de la singularización se hace contra la sentencia.

Tercer cargo

Lo formula en estos términos el recurrente:

"Ataco igualmente la sentencia en lo relacio-

nado con la posesión del inmueble que se reivindica por el demandado, puesto que dejó plenamente probado y demostrado en el curso de esta demanda que el demandado señor José Palencia es el poseedor del inmueble, lo cual se comprueba con los mismos elementos citados en el cargo anterior y como el Tribunal Sentenciador no apreció tales pruebas en ninguna forma, y no les dio el valor que les correspondía, incurrió en error de derecho que aparece de manifiesto en los autos y como consecuencia violó indirectamente los mandatos legales que cito como quebrantados en el cargo anterior, y que son disposiciones sustantivas no obstante encontrarse en el Código Judicial, puesto que miran el fondo del derecho, y no a su tramitación.

"Si el honorable Tribunal no incurre en esta violación y le da a tales pruebas el valor legal que les corresponde completa con esa prueba el tercer elemento esencial para declarar probada plenamente la acción reivindicatoria".

Acerca de lo cual se nota: que, contra lo expuesto, el Tribunal sí reconoció como poseedor del bien a Palencia; más aún que este reconocimiento fue la base en que se asentó firmemente el fallo acusado. Palencia, con sus títulos escritos, que a la verdad no son satisfactorios por entero, triunfó en la litis, y ese triunfo lo obtuvo, no sólo con ellos sino además con el hecho de su posesión real que lleva consigo la presunción de ser dueño mientras otra persona no justifique lo contrario.

Por lo dicho, 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 acusada.

Las costas corren a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA JUSTICIA ORDINARIA ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR VIAS DE HECHO DE FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Cuando el art. 68 del Código de lo Contencioso Administrativo permite que se demande de la Administración las indemnizaciones o reparaciones consecuenciales de un hecho u operación administrativa, sin que sea necesario ejercitar la acción de nulidad, presupone la existencia de un ACTO de los que tratan los artículos 62, 63, 64 y 65 del mismo capítulo de que hace parte el 68 sobre "jurisdicción contra los actos de la Administración", concepto que incluye el "HECHO U OPERACION ADMINISTRATIVA" a que alude el último artículo citado; caso diferente del que se designa con la expresión "VIAS DE HECHO" que excluye la preexistencia o siquiera coexistencia de decreto, providencia, resolución, acuerdo, ordenanza, etc., que, legal o ilegalmente, sirva de respaldo a la OPERACION.

La acción para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por tales "VIAS DE HECHO" es de competencia de la justicia ordinaria, como lo es, por ejemplo, la procedente de una culpa aquiliana o extracontractual.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla vino a la Corte Suprema, en virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, el juicio ordinario propuesto por Juan S. Robles y Rafael Llanos Montes, sobre indemnización de perjuicios, contra el Municipio que lleva el mismo nombre del Distrito

Son recurrentes los mismos actores y el apoderado de ellos hace en la demanda de casación el siguiente

Resumen de los hechos.

"En los días 6, 7, 8 y 9 de enero de 1950 el Inspector Octavo Municipal de Barranquilla, señor Manuel Agustín Carbonell, envió unos agentes de la policía con el objeto de decomisar y destruír las máquinas expendedoras mecánicas que estuvieran funcionando en la ciudad. Al efecto, dichos agentes procedieron a incautarse de 12 máquinas fabricadas por MILLS NOVELTY de Chicago (U.S.A.), amparadas por la patente de invención Nº 2739 de 25 de septiembre de 1930, cuyo funcionamiento estaba autorizado por la Resolución Nº 129 de 11 de julio de 1941, emanada de la Gobernación del Atlántico y por el Acuerdo del Concejo de dicha ciudad, Nº 6 de 1935, máquinas que pertenecían en número de 10 al señor Rafael Llanos Montes y 2 al señor Juan S. Robles, actores en esta litis. Llevadas las referidas máquinas a los patios del Cuartel de policía, fueron destruídas, se les sacó el dinero contenido en ellas; que se remitió en cantidad de $ 32.00 a la Tesorería Municipal. Hecho lo anterior, el mentado Inspector 8º Municipal de Barranquilla, dictó la Resolución Nº 252 de 10 de enero de 1950, por medio de la cual pretendió legalizar ex post facto las vías de hecho anteriormente consumadas, Resolución que ni siquiera llegó a ser notificada.

"Con base en los hechos resumidos y en los artículos 2347, 2349, 669 y 762 del C. Civil y 20 de la Carta Fundamental, los señores Llanos Montes y Robles, por medio de apoderado, demandaron al Municipio de Barranquilla para que le indemnizara los perjuicios que el proceder arbitrario del señor Inspector 8º les había causado.

"Surtidos los trámites del juicio ordinario, el señor Juez Segundo Civil del Circuito de la citada ciúdad, desató la litis absolviendo a la entidad demandada, "por no estar acreditados de autos, los hechos generantes de la responsabilidad civil que se le imputa en el escrito de demanda".

"Interpuesto el recurso de alzada contra el anterior fallo y tramitado conforme al ritual de

ley, la parte demandante produjo nuevas probanzas encaminadas a subsanar la deficiencia probatoria observada por el Juzgador de primera instancia.

"Agotado el procedimiento, el Tribunal Superior de Barranquilla falló así: "**REVOCASE el** fallo apelado para el solo efecto de resolver, como en efecto se resuelve, que este asunto no es de la competencia de la justicia ordinaria". Contra esta decisión de segunda instancia se ha interpuesto el actual recurso de casación".

A continuación, el apoderado de la parte recurrente formula el único cargo en estos términos:

"Acuso el fallo recurrido por la séptima de las causales de que trata el artículo 520 del C. J., por cuanto el Tribunal sentenciador se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, declarando en su decisión, en forma equivocada que el presente negocio no es de competencia de la justicia ordinaria".

En seguida el recurrente concreta la acusación así:

"Razona así el sentenciador de segunda instancia: "Estando hoy investida la rama de lo contencioso-administrativo de plena jurisdicción, es ante ella ante quien debió hacerse la solicitud encaminada a obtener la indemnización de los perjuicios que se reclaman ante la justicia ordinaria... .

"Por esta razón, y además por la muy poderosa de que los Tribunales administrativos tienen jurisdicción privativa para conocer de las acciones de reparación originadas en actos, hechos u operaciones de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales, según las leyes de competencia establecidas en el nuevo código (artículos 34, numeral 10, 51, numeral 2º, 67 y 69) la justicia ordinaria carece hoy del poder de decisión sobre los mismos negocios, aunque versen sobre reparaciones de índole estrictamente civil. Estas acciones en adelante deben proponerse ante los Tribunales contencioso administrativos, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben (artículo 83)". (S. N. G. 30 junio 1942.—G. J. Nº 1989)...

"Por tratarse de un acto de una autoridad administrativa (Resolución del Inspector Municipal) que según se afirma en la demanda está en pugna con disposiciones superiores (Acuerdo Municipal y Resolución Departamental) que deben prevalecer sobre aquél, es procedente en los artículos 65 y 66 del Código Contencioso Administrativo...".

Continúa el recurrente:

"Nada más errado que lo anterior: con posterioridad a la sentencia transcrita en parte por el sentenciador, tuvo la Corte oportunidad de precisar el alcance de su doctrina y de los arts. 67 a 69 del Código Contencioso-Administrativo (Ley 167 de 1941). En efecto, en decisiones de fecha 27 de septiembre y 2 de octubre de 1947, (G. J. T. 63, pgns. 281 y 471), la Corte dijo: .....,El Estado, así como las demás personas públicas administrativas está obligado a responder patrimonialmente por los actos jurídicos y los hechos materiales de sus funcionarios y agentes por modos diversos y ante jurisdicciones diferentes regladas unos y otras por las leyes civiles y administrativas. De ahí que en el sistema colombiano, lo mismo que en el de los demás países en donde se sigue el régimen de la cualidad jurisdiccional, los problemas relativos a la índole de acción ejercitable cuando la administración es parte en un litigio no siempre sean de fácil solución; pero ello no impide naturalmente que pueda darse una directriz más o menos completa que garantice en lo posible el acierto de los juzgadores y elimine los riesgos de acudir ante una jurisdicción incompetente.

"La existencia en Colombia de un derecho legislado tanto en lo contencioso civil como en lo administrativo facilita la tarea mediante la formulación de reglas generales clasificadoras de los preceptos positivos, como las que en seguida ensaya la Corte a propósito de la responsabilidad civil de las entidades de derecho público y del contencioso de reparación que es su efecto jurídico y su sanción legal:

"a).—Los actos jurídicos de la administración entendiéndose como tales todas aquellas manifestaciones de voluntad generadoras de un efecto de derecho son susceptibles de provocar el contencioso subjetivo, el cual se desenvuelve procesalmente en la acción de plena jurisdicción, encaminada a reparar el daño patrimonial causado por el acto jurídico expedido por la administración irregularmente, en su esencia o en su forma (artículo 67 de la Ley 167 de 1941). El dominio de este sistema de acciones reparatorias abarca todo el conjunto de los actos jurídicos unilaterales de los agentes públicos, cualquiera que sea la denominación que en el lenguaje de la ley o de la técnica administrativa se asigne a estas manifestaciones de voluntad, siempre eso sí, que por

medio de ellas se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular.

"De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los tribunales comunes. El contencioso de contratos pertenece de modo invariable a los jueces ordinarios, ya se trate de pactos civiles o administrativos.

"c).—Por regla general también originan acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona conforme al título 34 del Código Civil.

"d).—Solamente una clase o especie de hechos materiales ejecutados por los agentes de la administración se sustraen al imperio de esta regla, y son los causados con ocasión de trabajos públicos cuando con ellos se ocupa o daña una propiedad ajena (Ca. XXXII de la Ley 67 citada...".

"De este modo, la Corte ha restringido la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo a los **Actos jurídicos** de la administración (con exclusión del contencioso de contratos) y a **una sola clase de hechos materiales:** la contención por daños que causen a los inmuebles **los trabajos públicos.** Lo demás es de competencia de la justicia ordinaria".

En desarrollo de la acusación el recurrente hace un extenso alegato sobre los diferentes aspectos legislativos y doctrinarios, distintivos de las materias e índole de las controversias de carácter administrativo y civil, el campo en que funcionan las dos jurisdicciones y, más en concreto, el sentido y alcance del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941, que dice:

"También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

El recurrente considera que la disposición transcrita no impide o enerva la acción indemnizatoria ante la justicia ordinaria, cuando se trata de **vías de hecho** propiamente dichas que lesionaron al querellante, sin que procediera decisión o acto previo de la administración, debido o indebido, jurídico o injurídico, que sirviera legal o ilegalmente de apoyo al hecho perjudicial, pues en tal evento no se trataría de una **vía de hecho.**

El señor Procurador Delegado en lo Civil, obrando en nombre del Municipio demandado, en una pieza tan interesante y erudita como la demanda de casación, tomando en cuenta la cuestión debatida como quedó planteada con los hechos 3º y 5º de la demanda inicial del juicio, concluye que el asunto es de la competencia de la justicia ordinaria de conformidad con las nociones jurídicas, disposiciones legales pertinentes y doctrinas aplicables al caso sub-judice, llegando a declarar que, en su opinión, el fallo recurrido debe casarse por la causal invocada.

Con respecto a los mencionados hechos, el Procurador dice:

"Los hechos 3º y 5º son muy importantes por cuanto contribuyen a configurar mejor la especie de acción intentada, que es punto neurálgico en este recurso de casación.

"Según el 3º, el Inspector 8º Municipal "dictó la Resolución Nº 252 de 10 de enero de 1950, en virtud de la cual prohibió terminantemente el funcionamiento de las máquinas expendedoras de dulces, pretextando confundirlas con otra clase de máquinas que sirven para jugar dinero; y no sólo llegó a prohibir el funcionamiento sino que resolvió decomisarlas en número o en cantidad de doce (12) sino (sic) que ordenó también proceder a su destrucción, como en efecto las hizo destruír o destrozar a golpes de martillo en su condición ya dicha de Inspector 8º Municipal de Policía... **siendo de advertir que la ejecución del destrozo o rompimiento de las máquinas la llevó a cabo sin que se hubiera notificado siquiera la referida resolución"**

"Y según el hecho 5º, con anterioridad a esa providencia, en junio de 1949, el mencionado Carbonell, como Inspector 7º Municipal de la misma ciudad, sin tener en cuenta el Acuerdo Nº 6 de 1935 ni la Resolución Nº 129 del Gobernador, había decomisado por primera vez, máquinas de la especie que se contempla; pero el señor Alcalde distrital desautorizó al Inspector en oficio Nº 6.013-J. de 4 de agosto de ese año. (En los anexos a la demanda aparece copia de este oficio, dirigido por el Alcalde al Tesorero del Municipio de Barranquilla, en que le comunica la autorización dada a Rafael Llanos para poner en función las máquinas de que se trata)".

Y después de un detenido estudio sobre las **"vías de hecho"** y declarar su inconformidad con algunos conceptos del recurrente, concluye así:

"Pero sí me parece irrebatible la tesis central de que por el artículo 68 comentado se dió al particular un recurso excepcional de carácter indemnizatorio para ante la Administración y no para ante la jurisdicción especial. Los términos de la norma no dejan lugar a duda ya que son de diáfana claridad: no es lo mismo ejercitar una **acción contra** la Administración, que demandar "directamente **de ella**" el resarcimiento a que ha lugar, que es lo dicho por el precepto. Parece que con el artículo 68 quiso el legislador acabar con los reclamos de la índole estudiada, en su propia fuente, mediante la indemnización inmediata. Y no habló de nulidad del **acto** que abre paso al **hecho u operación material**, porque la Administración reforma o revoca sus propias decisiones, pero nunca la anula. Además, como lo anota el Dr. Pérez Vives, creado el acto regular que restrinja o niegue la indemnización, por hechos u operaciones materiales, mediante el reclamo directo a la Administración, ya puede accionarse ante la jurisdicción especial en demanda indemnizatoria. El artículo 68 es, en síntesis, un medio opcional valedero ante la Administración, (que excluye la consideración de vías **de hecho**), **al lado** de la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67.

"Muy interesante sería que por vía jurisprudencial se pronunciara la H. Sala sobre tópico tan importante.

"Síntesis:

"1º—El artículo 68 del C. C. A., siempre supone un acto administrativo, de carácter general o particular, que genere el hecho u operación administrativa a que ese precepto se refiere;

"2º—No es hecho u operación administrativa la "vía de hecho" en la Administración;

"3º—La aplicación del artículo 68 del C. C. A., corresponde exclusivamente a la Administración, no a la jurisdicción contencioso-administrativa. En ese procedimiento, que es opcional para el damnificado, no se ventila la nulidad del **acto**, sino la indemnización por el hecho perjudicial;

"4º—Puede también el damnificado, si así lo prefiere, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para pedir, no sólo la reparación por el hecho u operación, que estaría en posibilidad de reconocerle la Administración, sino también la nulidad del **acto** en virtud del cual se ejecutó ese hecho u operación material violatorio del derecho;

"5º—La justicia ordinaria es la única competente para decretar el resarcimiento por las **vías de hecho** en materia administrativa, ya que la **"vía de hecho"** excluye, como antecedente, el acto administrativo propiamente dicho por inexistencia del mismo ya sea en derecho, ya sea en el **hecho**.

"Contestación a la demanda de casación

"De los tres considerandos en que ella se funda, acojo el tercero que halla respaldo en los hechos 3º y 5º de la demanda con que se inició el juicio ordinario. La competencia por razón de la naturaleza del negocio debe estudiarse teniendo en cuenta la configuración jurídica que se dé al caso litigioso en libelo demandatorio. De éste, en el caso de autos, se desprende, sin que haya necesidad de acudir a las pruebas, la imputación de que el funcionario de la policía de Barranquilla, desacatando resoluciones y acuerdos vigentes que amparaban el funcionamiento de las máquinas expendedoras de dulces, procedió **de facto** a decomisarlas y a destruírlas. La expedición posterior de la Resolución 252, por la cual se ordenaba proceder como ya se había procedido, no purga el vicio de abuso de autoridad que contempla el artículo 171 del Código Penal, pues según jurisprudencia universal los actos administrativos no tienen efecto retroactivo sino en cuanto por ellos se someten a la legalidad actos o hechos anteriores violatorios de la ley. Por haberse planteado en la demanda ordinaria un caso clarísimo de vía de hecho en la Administración, el Tribunal de Barranquilla no ha debido inhibirse de conocer este negocio, para el cual tiene indiscutible competencia.

"Por tanto, **no me opongo** a que el recurso prospere.

"No veo ningún inconveniente en que sea el propio Tribunal de Barranquilla el que haya de dictar la sentencia que se profiera como consecuencia de la casación que sufra la que ha sido materia del recurso".

La Corte Suprema comparte la tesis jurídica central o principal en que se funda el recurso y que apoya el Procurador Delegado en lo Civil, no obstante la condición de opositor en que procesalmente está colocado:

Cuando el art. 68 del Código de lo Contencioso Administrativo permite que se demande de la Administración las indemnizaciones o reparaciones consecuenciales de un hecho u operación administrativa, sin que sea necesario ejercitar la acción de nulidad, presupone la existencia de un

acto de los que tratan los artículos 62, 63, 64 y 65 del mismo capítulo de que hace parte el 68 sobre "jurisdicción contra los actos de la Administración", concepto que incluye el "**hecho u operación administrativa**" a que alude el último artículo citado; caso diferente del que se designa con la expresión "**vías de hecho**" que excluye la preexistencia o siquiera coexistencia de decreto, providencia, resolución, acuerdo, ordenanza etc., que legal o ilegalmente sirva de respaldo a la operación; como en el caso de la suspensión de El Siglo el 10 de julio de 1944, día en que fue pronunciada la resolución Nº 882, señalada por el demandante como originaria de aquella suspensión en esa ocasión.

Caso diferente el que hoy se contempla, en que por "**vías de hecho**" se llevó a cabo el atropello contra los bienes de los demandantes, durante los días 6, 7, 8 y 9 de enero de 1950, y luego, el día 10 se dictó una resolución para cohonestar, respaldar o **legalizar** las verdaderas "**vías de hecho**" empleadas en los días anteriores. La acción para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por tales "**vías de hecho**", es de competencia de la justicia ordinaria, como lo es, por ejemplo, la procedente de una culpa aquiliana o extracontractual.

La réplica que pudiera hacerse a las doctrinas sentadas en los fallos de 1947 y que cita el recurrente, con la que se invoca como contraria, contenida en fallo de 3 de junio de 1950, carece de fuerza bastante para dar por revocada o rectificada la jurisprudencia de 1947 por dos razones:

1ª—Porque al examinar el pasaje referente a la jurisdicción contencioso-administrativa tocante a las vías de hecho a que alude el fallo de 1950, se observa que no toca sino incidentalmente la cuestión jurídica general que ahora se contempla. Lo que allí se examinó fue el caso de la calidad con que obraba el Gerente de la Lotería de Bolívar al adoptar la fórmula sobre premiación de un billete, asunto que, en concepto de la Corte, era de índole contractual, caso esencialmente distinto del que hoy se estudia;

2º—Porque, aún en controversias referentes a reclamaciones ocasionadas por perjuicios causados por ocupaciones de la propiedad, determinadas por obras públicas, en que el Código de lo Contencioso-administrativo trae disposiciones expresas que atribuyen a esa jurisdicción las querellas de tal clase, la jurisprudencia ha sufrido un viraje de fondo en el sentido de reconocerle a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las controversias sobre perjuicios causados a la propiedad particular por el amparo esencial que le otorga la constitución.

Véanse a este respecto las sentencias de la Corte de 23 de mayo y 7 de junio de 1951 (Gaceta Judicial, Tomo LXIX, Nº 2100, pgs., 808, 809 y 836), julio 6 y agosto 4 de 1951 (G. J. Tomo LXX Nº 2103 pgs., 226, 227, 228, 292, 293 y 294). Enero 19 de 1952 (G. J.. Tomo LXXI Nº 2110, pags. 235, 236 y 237).

Entre los varios pasajes pertinentes del último fallo citado, hay uno muy interesante que dice:

"Forzoso es reconocer que la justicia contencioso-administrativa, cuando falla, es también parte del poder jurisdiccional, y que en esa denominación se comprende toda entidad que sentencie definitivamente derechos en colisión, o sancionando delitos, por autoridad del legislador, pero cabe no olvidar que dentro del poder o rama jurisdiccional se han establecido categorías, encargada cada una de funciones diversas y que, cuando en la Constitución se emplean las expresiones "sentencia judicial" (artículo 30) y "órden judicial" (artículo 33), se entiende la justicia común u ordinaria. Eso se deduce de algunos preceptos como el 159, que habla de "los funcionarios del orden judicial" y de los de la "jurisdicción de lo contencioso-administrativo" como pertenecientes a entidades diferenciadas específicamente dentro de la rama jurisdiccional.

"Por lo demás, si se aceptara la tesis contraria, esto equivaldría en el fondo a que a los interesados se les permita escoger la jurisdicción que haya de juzgarlos, pues según los términos en que formulen sus peticiones, la acción será de competencia de la justicia ordinaria o de la justicia contencioso-administrativa. O sea, que si piden la declaración de dominio y el pago de la zona ocupada por razón de trabajos públicos, para el caso de que no se pueda decretar la reivindicación, el asunto será de la competencia de la justicia común; mientras que si se limitan a pedir únicamente el pago de la zona ocupada, también, por considerar que no es procedente la reivindicación, el proceso vendría a ser del conocimiento de la justicia contencioso-administrativa".

Por último, a la tesis invocada de que nuestra ley sobre lo contencioso-administrativo debe interpretarse con el criterio del Derecho Francés, por proceder de allí el estatuto colombiano, vale aducir la doctrina del Consejo de Estado, que aparece expuesta en fallo de 19 de octubre de 1948, y que dice:

"El Derecho Administrativo colombiano reco-

noce, como el francés, además del contencioso de legalidad de los actos jurídicos, o de anulación, de que trata el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, el contencioso de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho consagrado por los artículos 67 y 68 ibidem; empero, éste como aquél contenciosos no son de suyo originados, vale decir que no causan por sí competencia como bastan a comprobarlo esos textos legales, que requieren para que surja la acción la producción de un acto, un hecho u operación administrativos, a diferencia de lo establecido por el Derecho francés, en que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es la competente para conocer de **todas** las materias concernientes a la Administración, o que tengan relación con ella, aunque no haya mediado controversia, no propiamente por competencia enumerativa, sino en su mayor parte por las doctrinas del Consejo de Estado de Francia, elaboradas en una jurisprudencia uniforme y centenaria, que asigna a los tribunales de esa jurisdicción el carácter de jueces de derecho común de la Administración.

"Pero en este país el Derecho Administrativo se diferencia a este respecto de las doctrinas del Derecho francés, pues diversos asuntos que son en este Derecho de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, son en Colombia de la justicia ordinaria, como, por ejemplo, todos los en que sea parte o tenga interés la Nación; las controversias sobre los actos en que el Estado obra como persona de derecho privado o ejecuta actos de gestión; las relativas a su responsabilidad ex-contractual; los que versan sobre los asuntos enumerados por el artículo 36 del Código Judicial; las cuestiones sobre responsabilidad de los funcionarios adscritos al servicio público, etc.".

Las razones expuestas son suficientes para CASAR la sentencia recurrida por la Causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial, por haberse abstenido el Tribunal de conocer de este asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo, debiendo darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 540 **ibídem.**

En tal virtud, 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 recurrida, de fecha 19 de julio de 1952, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y ordena que se devuelva el asunto para que el mismo Tribunal lo falle en el fondo.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.** Devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen, como se ha ordenado.

Luis Felipe Latorre U.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.— Gustavo A. Valbuena, Conjuez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

POR LA CORTE EN CASACION NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA ARGUMENTOS EXPUESTOS EN ESCRITOS PRESENTADOS ANTES DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

1—La casación más que un recurso en el sentido común del vocablo, es una acción de puro derecho que surge del conflicto entre la ley mal aplicada y la sentencia, no puede ser materia de argumentos expuestos antes de su pronunciamiento. Por eso no es apropiado solicitar que se estudien los alegatos producidos en las instancias ni invitar a que se hagan exámenes que le corresponden a quien combate el fallo, pues con esto se desplazaría el problema de su justo sitio, tomando la Corte el lugar del demandante o supliendo las imperfecciones del escrito.

2—No se pueden confundir la contraevidencia con lo contradictorio. Lo primero se predica de los hechos; lo segundo de las palabras con que se califican los hechos. Si la respuesta del Jurado es claramente contraria a la evidencia de éstos, debe el Juez o el Tribunal, en su caso —y sólo ellos—, declararlo así. En cambio, cuando el veredicto es evidentemente contradictorio (causal 7ª), y procede ordenar que se convoque un nuevo Jurado, a condición, claro está, de que previamente se haya él demostrado por la parte a quien le incumbe sustentar el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, tres de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Tres delitos: uno contra la vida (homicidio en Efraím Corredor Cardona), otro contra la integridad personal (lesiones en Arturo Vargas Gómez) y el tercero contra las garantías sociales (violación de la casa habitada por Vargas y Corredor), todos ellos cometidos en la zona urbana de la ciudad de Manizales en la noche del veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, se le atribuyen a Luis Carlos Robledo, quien por ellos ha sido condenado, en sentencia del Tribunal correspondiente, de dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, en la cual se confirma la del Juzgado Segundo Superior de la capital de Caldas, que, ajustando a la ley penal la respuesta afirmativa de los jueces de conciencia a las tres preguntas formuladas, impuso al procesado la sanción principal de ocho años y cuatro meses de presidio.

Acusa el fallo el defensor de Robledo en un escrito que el Ministerio Público encuentra total mente apartado de la técnica que la casación exige, y de ahí que solicite en primer término que se declare desierto el recurso o, en subsidio, que no se invalide la sentencia tan deficientemente impugnada. Porque —y esto que se va a decir recoge la esencia de la Vista Fiscal—el recurrente se ha limitado a invitar a la Sala a que analice los testimonios en cuya disparidad pretende apoyarse para concluír que se apreciaron erradamente los hechos y a estudiar el alegato presentado por él en las instancias para que se declare el veredicto contrario a la evidencia procesal. En suma, el Procurador Delegado cree entender que el demandante ha invocado las causales 2ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y esto lo deduce más del enunciado de ellas que de la lógica empleada para sutentarlas, sin reparar en que la segunda no procede en los juicios en que interviene el Jurado, por razones que se han expuesto repetidamente y según las cuales se haría írrito el parecer del Juri si hubieran de valorarse conforme a la tarifa legal las pruebas que éste estimó en conciencia, y que la 7ª requiere —cuando me-

nos— la presencia de dos proposiciones de las cuales la una afirme lo que la otra niegue, tratándose de hechos que no pueden ser a un mismo tiempo verdaderos y falsos, lo que no es posible que suceda cuando únicamente se afirma, porque entonces falta el término opuesto para la contradicción.

La casación es un medio extremo, extraordinario, especial y limitado. Más que un recurso en el sentido común del vocable, es una acción de puro derecho que se intenta contra un fallo que se presume jurídico, y de ahí que haya necesidad de prueba suficiente para invalidarlo o que se demuestre que contraría los preceptos que le dan consistencia ante la ley.

Si es extraordinario, no puede confundirse con una tercera instancia. Si es limitado, no pueden tenerse en cuenta más causales que las expresamente invocadas. Si es especial, requiere una demanda ajustada a la técnica. Si es una acción que surge del conflicto entre la ley mal aplicada y la sentencia, no puede ser materia de argumentos expuestos antes de su pronunciamiento. Por eso no es apropiado solicitar que se estudien los alegatos producidos en las instancias ni invitar a que se hagan exámenes que le corresponden a quien combate el fallo, pues con esto se desplazaría el problema de su justo sitio, tomando la Corte el lugar del demandante o supliendo las imperfecciones del escrito.

Pero como a ella no le está vedado el aclarar ideas, bien puede permitirse una advertencia a la parte final de la demanda. Allí, al citarse sin oportunidad una sentencia, parece que el actor confunde la contraevidencia con lo contradictorio. Lo primero se predica de los hechos; lo segundo de las palabras con que se califican los hechos. Si la respuesta del Jurado es claramente contraria a la evidencia de éstos, debe el Juez o el Tribunal, en su caso —y sólo ellos—, declararlo así. En cambio, cuando el veredicto es evidentemente contradictorio (causal 7ª), y ya se sabe cómo debe entenderse este fenómeno, procede ordenar que se convoque un nuevo Jurado, a condición, claro está de que previamente se haya él demostrado por la parte a quien le incumbe sustentar el recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con la petición subsidiaria del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior de Manizales, que deja en firme la del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, del quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, por medio de la cual se condenó a Luis Carlos Robledo Yepes, como autor de homicidio, lesiones personales y violación domiciliaria, a ocho años y cuatro meses de presidio.

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

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

El precepto del artículo 184 del C. P. protege el normal funcionamiento de las actividades públicas de los empleados cuando ejercen o cumplen funciones propias e inherentes al ejercicio de sus cargos. Es la obligación de ejecutar o bien el hecho de omitir un acto propio de los deberes oficiales llevada a cabo mediante violencia física o moral o por medio de amenazas, lo que la ley penal sanciona dentro de la norma que se comenta. La existencia del delito no está condicionada a la legalidad o ilegalidad del acto, determinación o resolución que debe cumplirse; es un delito autónomo, no sujeto a las consecuencias bien sea de la ejecución o ya también de la omisión; es la violencia, amenaza o intimidación para obligar al agente pasivo del delito a hacer o no hacer un acto propio de sus funciones, lo que tipifica el hecho como delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la providencia de noviembre ocho (8) de mil novecientos cincuenta y dos (1952), por la cual se da aplicación al precepto del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes:

Enrique Correa en escrito de junio ocho (8) de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), dice:

"Es el caso señor Juez, que el doctor Jorge Ríos Gutiérrez, quien actualmente ejerce el empleo de Juez de este Circuito hubo de hacerse conducir a la Cárcel el día veinticinco de mayo último, por encontrarse en estado de embriaguez y ser irrespetuoso con el suscrito en mi calidad de Alcalde de este Municipio.

"Dicho señor Ríos Gutiérrez, abusó de su condición de Juez de Circuito, e intimidó al señor Director de la Cárcel don Jesús Bustamante, para que no lo recibiera, diciendo que no lo detuviera que era él quien mandaba allí.

"El Director de la Cárcel con esta coacción, seguramente se atemorizó, devolviendo al suscrito la boleta de detención, y soltando al doctor Ríos Gutiérrez inmediatamente, quedando así burlado el principio de autoridad".

En el curso de la investigación se acreditó la calidad del sindicado como Juez del Circuito de Ituango, con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión, se recibieron declaraciones del Director de la Cárcel del Circuito y de los Agentes de Policía que cumplieron las órdenes dadas por el Alcalde Municipal de la mencionada población y quien en estas diligencias figura como denunciante; también se recibió declaración indagatoria al doctor Ríos Gutiérrez.

El Tribunal, al hacer el examen de los elementos probatorios, no encontró nada incorrecto en la conducta del doctor Ríos Gutiérrez y por tal motivo dictó la providencia que hoy se revisa por consulta.

Se considera

El hecho que motiva la presente investigación se halla comprendido entre los delitos contra los funcionarios públicos y el ilícito se caracteriza por la violencia o amenaza que se ejerza contra un empleado o funcionario encargado de un servicio público para obligarlo a omitir o ejecutar algún acto de sus funciones (Art. 184 del C. P.).

El precepto protege el normal funcionamiento de las actividades públicas de los empleados cuando ejercitan o cumplen funciones propias e inherentes al ejercicio de sus cargos. Es la obligación de ejecutar o bien el hecho de omitir un acto propio de los deberes oficiales llevada a cabo mediante violencia física o moral o por medio de amenazas, lo que la ley penal sanciona dentro de la norma que se comenta. La existencia del delito no está condicionada a la legalidad o ilegalidad del acto, determinación o reso-

lución que debe cumplirse; es un delito autónomo, no sujeto a las consecuencias bien sea de la ejecución o ya también de la omisión; es la violencia, amenaza o intimidación para obligar al agente pasivo del delito a hacer o no hacer un acto propio de sus funciones, lo que tipifica el hecho como delito.

En el presente caso, no se configura ninguno de los elementos que caracterizan el delito sancionado por la disposición del artículo 184 del Código Penal, ora por falta del elemento violencia —física o moral— bien por la ausencia de amenaza o coacción que el sindicado pudiera ejercer sobre el funcionario encargado del establecimento carcelario, pues, la negativa de este empleado a recibir en calidad de detenido al ex-Juez del Circuito, lejos de ser violatoria de la ley se acomoda a ella. Si los motivos alegados —embriaguez— para detener eran ostensiblemente contrarios a la realidad, y si, por otra parte, no existía la correspondiente boleta de detención, era natural y obvio que dicho funcionario se negara a recibir en calidad de detenido al doctor Ríos Gutiérrez.

'El rechazo del encargado de la Cárcel —dice la Procuraduría— obedeció a un prudente y espontáneo raciocinio de su parte y no a coacción que le hiciera el Juez encaminada a estorbar o impedir la arbitraria orden del Alcalde. Tan abusiva fué esa medida contra la libertad que ni siquiera el Alcalde pidió la suspensión del cargo que desempeñaba el doctor Ríos, violando así, el artículo 392 de la ley 94 de 1938, ni llenó tampoco el procedimento fijado para hacer efectivas las sanciones correccionales, de que trata el artículo 310 del Código del Régimen Político y Municipal, si era que el funcionario judicial le había faltado al respeto".

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de noviembre ocho (8) de mil novecientos cincuenta y dos (1952) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

POR EL SOLO HECHO DE NO HABER INICIADO LA CONTIENDA FISICA NO PUEDE DECIRSE QUE ALGUIEN NO FUE EL PROVOCADOR DE UNA RIÑA Y QUE, EN CONSECUENCIA, ESTA NO FUE IMPREVISTA PARA EL. — APRECIACION DE LA PELIGROSIDAD POR PARTE DE LOS JUECES.—LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO

1—Todas las circunstancias que se someten a la decisión del Juri, en los juicios en que éste interviene, como modificadoras o constitutivas de los ilícitos penales, escapan al recurso extraordinario de casación, por el concepto de la causal segunda. Es a los juzgadores de instancia, al tenor de lo estatuído en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, a quienes incumbe rectificar el error, si la circunstancia se desechó por el Jurado contra los resultandos de la realidad procesal, declarando contra-evidente el veredicto y convocando un segundo tribunal de conciencia, cuyo pronunciamiento será definitivo.

Dicho de otra manera, no hay error en la interpretación o apreciación de los hechos, para efectos de la causal segunda de casación, cuando, habiendo sido propuestas al Jurado tales modalidades, el veredicto se aceptó por los falladores de derecho o cuando, declarada la contraevidencia del mismo, el segundo tribunal de conciencia convocado al efecto, calificó la situación del procesado, en forma que sólo en caso de anularse el juicio podría, por excepción, examinarse de nuevo en audiencia pública.

2—La clasificación de circunstancias de menor peligrosidad que en el Código Penal se contemplan, es meramente enumerativa o ejemplar, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 40 de la misma obra, que dice: "Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo 38, debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas".

Gozan, en consecuencia, de amplias facultades los funcionarios de derecho para apreciar la peligrosidad del delincuente en orden a individualizar la pena, con la doble restricción de que aparezcan en autos los elementos constitutivos de aquélla y se observe la ley en la imposición de ésta.

3—El provocador de la riña no es forzosamente el que inicia la contienda física, sino el que da lugar a ésta por un acto indebido o injusto, constitutivo de ofensa o agresión.

En efecto, para hombres de honor puede entrañar, y de ordinario entraña, mayor poder de agresión una ofensa a la integridad moral que un ataque a la integridad física.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, condenó a CARLOS QUINTERO a la pena principal de ocho años y tres meses de presidio, como responsable de la muerte de Bernardino Correcha, en sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, contra la cual ha recurrido en casación el defensor del procesado, doctor Hernando Naranjo Marín, con base en las causales segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Consta del expediente que a eso de las siete de la noche del veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y uno, Carlos Quintero invitó a Ernesto Sánchez Maldonado a una cantina situada cerca al puente de Chenche, en el Municipio de Purificación; que aceptada por Sánchez la invitación y cuando se encaminaban al lugar en referencia, observaron, al salir a la carretera que de Purificación conduce a Saldaña, frente a los corrales de la hacienda "El Hato de Chenche", que, en sentido contrario, venían tres señores conversando; que, al verlos, Carlos Quintero le

dijo a Sánchez Maldonado que esperara a ver quienes eran, y cuando estaban cerca les dijo: "Son esos collarejos hijos de puta"; que los tres individuos siguieron el camino charlando, sin hacerle caso a Quintero; que alcanzados Quintero y Sánchez por Pedro Bastidas, y después de preguntarle el primero a Bastidas, en cuánto le daba el caballo que montaba, le dijo que los que iban ahí (refiriéndose a los tres individuos que subían) eran "chusmeros hijos de putas, collarejos"; que entonces uno de los tres, de nombre Bernardino Correcha Angel, replicó que "con quién era eso," a lo que repuso Quintero: "Con Ud. so hijo de puta"; que al oír tal expresión Correcha Angel agredió a Quintero con un foete o palo que portaba, echándolo por tierra; y que Quintero, incorporándose, hizo dos disparos de revólver, con uno de los cuales hirió de muerte a Correcha Angel, quien momentos después falleció en casa de su padre Luis Felipe.

Por auto de 10 de octubre de 1951, el Juzgado 1º Superior de Ibagué abrió causa criminal contra Carlos Quintero por homicidio en Bernardino Correcha Angel, y propuso al Jurado la siguiente cuestión única:

"El acusado **Carlos Quintero** es responsable de haber ocasionado la muerte a Bernardino Correcha Angel, por medio de una herida hecha con arma de fuego, de pequeño calibre (revólver).. hecho ejecutado por el acusado con intención de matar dada el arma empleada y las partes del cuerpo vulneradas, y en curso de una riña provocada por Quintero con los insultos de que hizo víctima al occiso y al recibir de éste las lesiones y por el estado de embriaguez en que se encontraba, ocurrido a eso de las siete de la noche del día veinticuatro (24) de junio de mil novecientos cincuenta y uno (1951), en la fracción de Hato de Chenche, de la jurisdicción del Municipio de Purificación de este Distrito Judicial?..

El Jurado respondió:

"Sí es responsable, en momento de reacción".

Descartada por el Juri la legítima defensa, propuesta como causal de justificación por el defensor del procesado, el Juzgado condenó a Quintero a cuatro años de presidio, en consideración a que el artículo 362 del Código Penal señala para el homicidio simplemente intencional un mínimo de ocho años de presidio, "deduciendo la mitad por la modalidad de la riña, reconocida en el cuestionario....". Con todo, el Tribunal, al revisar por consulta el referido fallo, lo reformó para elevar a ocho años y tres meses de presidio la pena principal, por estimar inaceptable la concurrencia de la riña imprevista por parte del procesado y ser éste socialmente peligroso. El tribunal dijo:

"Realmente, al tenor de los testimonios de Ernesto Sánchez Maldonado, Pedro Bastidas y Aurelio García, fue Carlos Quintero quien provocó gratuitamente a Correcha cuando éste con su padre y con el testigo García pasaba tranquila y pacíficamente para su casa, llamándolos "collarejos hijos de putas". o "comunistas hijos de putas" o "chusmeros". De manera que si Bernardino le preguntó a quién se refería, y Quintero concretó contra él los ultrajes, resulta incuestionable la provocación; así como desechable la posibilidad de admitir la concurrencia de la riña imprevista para el procesado. Y como por otra parte la modalidad de la riña que el auto de proceder dejó establecida excluye la legítima defensa, está bien rechazada por el Jurado la justificación del hecho.. ..

"No hay constancia (en cuanto al procesado) de antecedentes por delitos ni por contravenciones, pero sí tiene ganada especial fama de agresivo y buscapleito, especialmente cuando se halla en estado de embriaguez, y más aún desde que se consiguió el revólver. Véanse las declaraciones de los folios 34 vto. y siguientes (Más de 10)....

"....Violó el procesado el artículo 362 del C. Penal y por consiguiente merece pena de presidio de ocho a catorce años.. En cambio por las modalidades del hecho, los motivos determinantes y las condiciones personales del procesado que lo señalan como agresivo, amigo de riñas y "buscapleitos", se deduce que es peligroso socialmente hablando y por por consiguiente la sanción aplicable, al tenor de lo dispuesto por el artículo 36 de la obra citada, no puede ser del mínimo sino de ocho años y tres meses de presidio. La rebaja contemplada por el artículo 384 no favorece al procesado Quintero porque la riña, como se dijo en el auto de proceder y como lo reconoció el Jurado, no fue imprevista para él.."

La demanda

Sustenta el actor la **Causal segunda** —errada de interpretación o apreciación de los hechos —primeramente en no haberse aceptado por el Tribunal que la riña dentro de la cual tuvo lugar el deceso de Bernardino Correcha Angel revistió para su defendido el carácter de imprevista, no obstante que Quintero salió en compañía de su amigo Sánchez Maldonado, con dirección

a la fonda, sin ánimo de reñir; que "hubo de parte de la víctima una carencia total de imprevisión, al hacer caso de los términos injuriosos que profiriera Quintero en estado de embriaguez", y que en la indagatoria del procesado y en las declaraciones de Ernesto Sánchez Maldonado, Luis Felipe Correcha y Pedro Bastidas Montaña "aparece igualmente claro que la primera agresión de hecho fue de Correcha, el occiso, contra Quintero, quien fue derribado al suelo"; y, en segundo lugar, en no haber sido ameritados los testimonios de José Ciro Lozano, Angel María Lozano Betancourt, Rafael Villegas y Jorge Castro Bárcenas, "con la finalidad de señalar las condiciones personales del procesado e indicar que no se puede señalar como agresivo y que no es peligroso socialmente hablando".

Con relación a la Causal tercera —no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o hallarse en desacuerdo con el veredicto del Jurado—, se argumenta que, mientras en estas piezas procesales se reconoce el fenómeno de la riña, el Tribunal la rechazó estimando que "quien la aceptó fue Correcha y no Quintero", con lo cual la entidad sentenciadora "se apartó ostensiblemente del acuerdo de fondo existente entre la sentencia de primera instancia y los cargos formulados en el auto de proceder y el veredicto del Jurado, debido a los errores en que incurrió el juzgador de segunda instancia y que han permitido alegar la causal segunda".

Crítica de los cargos

Son, pues, cuatro los cargos que debe examinar la Sala, y a ello se procede en los siguientes términos:

A) Causal segunda, Primer cargo—No aceptación, por el Tribunal, de la riña imprevista.— Esta modalidad específica, contemplada en el artículo 384 del Código Penal, como determinante de la disminución "de una cuarta parte a la mitad" en las sanciones correspondientes al homicidio, al igual que todas aquellas otras circunstancias que se someten a la decisión del Juri, en los juicios en que éste interviene, como modificadoras o constitutivas de los ilícitos penales, escapa al recurso extraordinario de casación, por el concepto de la causal en referencia. Es a los juzgadores de instancia, al tenor de lo estatuído en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, a quienes incumbe rectificar el error, si la circunstancia se desechó por el Jurado contra los resultandos de la realidad procesal, declarando contra-evidente el veredicto y convocando un segundo Tribunal de Conciencia, cuyo pronunciamiento será definitivo.

Dicho de otra manera, no hay error en la interpretación o apreciación de los hechos, para efectos de la causal segunda de casación, cuando, habiéndole sido propuestas al Jurado tales modalidades, el veredicto se aceptó por los falladores de derecho, o cuando, declarada por éstos la contra-evidencia del mismo, el segundo tribunal de conciencia, convocado al efecto, calificó la situación del procesado, en forma que sólo en caso de anularse el juicio podría, por excepción, examinarse de nuevo en audiencia pública.

Bien está que, recogiendo su antigua jurisprudencia, así lo haya venido sosteniendo últimamente la Sala en numerosos fallos, porque, si es la íntima convicción moral, y no la certeza legal, la que informa las decisiones del Jurado, y si el solo error de que pueden éstas adolecer por su misma naturaleza —que es el de resultar contra-evidente— es subsanable por los jueces de instancias, la Corte usurparía jurisdicción al ocuparse de los veredictos en función de la causal segunda, por una parte, y entraría, por otra, a considerar errores de interpretación o apreciación que tuvieron ya en el proceso, antes de dictarse la respectiva sentencia, la oportunidad legal de repararse.

B) CAUSAL SEGUNDA, SEGUNDO CARGO

No haberse apreciado debidamente la prueba en cuanto a las condiciones personales del procesado.

Se impugna la sentencia por habérsele aumentado a Carlos Quintero, sobre el mínimo de ocho años de presidio, tres meses de igual pena, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal. Se refiere el apoderado del actor a las declaraciones de José Ciro y Angel María Lozano, Rafael Villegas y Jorge Castro Bárcenas, y concluye que su defendido no es un peligroso social, "entre otras cosas porque las experticias (sic) médico-forenses que obran en el expediente no lo señalan como tál ni hacen pronóstico alguno de suerte que las pruebas enumeradas contradicen, como pruebas de convicción, la sentencia del Tribunal, y dejan en pié la del Juzgado Superior de Ibagué".

Sobre el particular, debe observarse que, de conformidada con lo preceptuado en el aludido

artículo 36, a cuatro grupos de factores debe atender el Juez o Tribunal sentenciador en la individualización de las penas: a) **gravedad y modalidades del hecho delictuoso;** b) **motivos determinantes del mismo;** c) **circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen,** y d) **personalidad del agente que lo ejecuta.**

Los artículos 37 y 38 subsiguientes, aunque hablan, respectivamente, de "circunstancias de mayor peligrosidad" y de "circunstancias de menor peligrosidad", en realidad comprenden elementos correspondientes a los tres grupos restantes. Así, por ejemplo, los "antecedentes de depravación y libertinaje" y "el haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía" (ordinales 1º y 2º del artículo 37), se refieren a la personalidad del agente —cuarto grupo—; "el haber obrado por motivos innobles o fútiles" (ordinal 3º **ibidem**), a los motivos determinantes —segundo grupo—, y "la preparación ponderada del delito" y "el abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido o de circunstancias desfavorables al mismo" (ordinales 5º y 7º **ibidem**), a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso —primer grupo.— Igual observación puede hacerse en relación con las circunstancias de menor peligrosidad, señaladas en el artículo 38 del Código de las Penas.

Bien hubiera podido, pues, el legislador limitarse a lo dispuesto en el artículo 36, donde se consagra el principio de la **individualización judicial** de las sanciones. Con todo, consideró conveniente facilitar a los jueces de derecho la graduación de las mismas en cada caso particular, y a ello proveyó con lo preceptuado en los artículos 37 y 38, que vienen a ser el desarrollo del referido artículo 36, y corresponden a la llamada **individualización** legal de las penas, que Raimundo Saleilles califica de "falsa", porque "no opera más que sobre entidades abstractas" y "no está tomada de la verdadera naturaleza del agente', y que Ferri, por el contrario, rebatiendo al insigne profesor de la Universidad de París, considera de gran importancia, en cuanto fija las normas generales que colocan en primer plano la personalidad del delincuente "haciendo de él, en la ley, lo que también es en la realidad cotidiana: el protagonista de la justicia penal", Estas dos individualizaciones se complementan con la **individualización administrativa,** que se realiza durante el cumplimiento de la sanción, por virtud de un régimen penintenciario adecuado, y las tres concurren —prejudicialmente la legal, en el proceso la judicial y después del proceso la administrativa— al logro de las finalidades de la función represiva del Estado.

La clasificación de circunstancias de menor peligrosidad que en el Código Penal se contemplan es meramente enumerativa o ejemplar, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 40 de la misma Obra, que dice: "Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo 38, debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a éllas".

Gozan, en consecuencia, de amplias facultades los funcionarios de derecho para apreciar la peligrosidad del delincuente en orden a individualizar la pena, con la doble restricción de que aparezcan en autos los elementos constitutivos de aquélla y se observe la ley en la imposición de ésta.

En el caso sub-judice, el Tribunal aumentó en tres meses la pena mínima de ocho años de presidio, asignada al ilícito de que aquí se trata por el artículo 362 del Código Penal, con fundamento en lo establecido en el artículo 36 **ibidem,** por haberse demostrado con las declaraciones de Antonio Rivera Campos, Adán Reyes (34 vto), Abdón Triana Rodríguez, Heliodoro Correcha, Aníbal Guarnizo, Carlos Mendoza, Daniel Lozano, Juan Francisco Caycedo Ruiz y Jacinto Solórzano (fls. 35 vto. a 37), la "especial fama de agresivo y buscapléitos, especialmente cuando se halla en estado de embriaguez", ganada por Carlos Quintero entre relacionados y amigos.

Corroboran esta versión testimonial, sobre la belicosidad del procesado, las modalidades mismas del hecho delictuoso (ultraje inicial, enteramente gratuito, dirigido a Bernardino Correcha Angel y a sus dos compañeros, y repetición de la ofensa, no obstante el caso omiso que de ésta hicieron, en un principio, los agraviados), y la misma estimación que de la personalidad del procesado hacen los señores Médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de Ibagué, en la motivación de su dictamen, cuando afirman que Quintero realiza el caso llamado "de sobre-simulación" por José Ingenieros y por Henri Claude, y que este autor describe así: "La reducción intelectual del débil les priva de los elementos de autocrítica que llevaría a otros individuos a limitar el carácter exagerado o estúpido de ciertos trastornos mentales alegados, **del mismo modo que no les permite refrenar sus tendencias emotivas perversas**.... Son particularmente esos sujetos que, cuando han cometido un delito, y se ven privados de libertad, acentúan todavía su

depresión y llegan a presentar aquellos síntomas de psicosis carcelarias, con negatividad conductiva ,seudo-gratismo, etc." (fl. 82). Subraya la Sala.

El Tribunal se conformó, de consiguiente, a las constancias procesales al aumentar en tres meses la pena imponible en el caso de autos, cuyo mínimo sólo habría podido aplicarse si hubieran concurrido circunstancias de menor peligrosidad **únicamente** (artículo 39 del Código Penal).

Los dos cargos en que ha pretendido fundarse la **Causal Segunda** deberán, por tanto desecharse.

C)—CAUSAL TERCERA, PRIMER CARGO

Desacuerdo de la sentencia con el auto de ejuiciamiento.

Al recurrente se le llamó a responder por un delito de homicidio "perpetrado en la persona de Bernardino Correcha Angel, **en la forma, fecha y modo de que habla la parte motiva de esta providencia**", y en el **Considerando C.)** de la motivación respectiva se lee: "Que el delito se cometió **en el curso de una riña provocada por Quintero** con los insultos de que hizo víctima a Correcha y al recibir de éste las lesiones que se describieron en uno de los resultandos anteriores y por el estado de embriaguez en que se encontraba el sindicado...." (fl. 67 vto.) —Subraya la Sala.—

De lo anterior se infiere que el Tribunal al condenar a Quintero sin la rebaja de la sanción establecida en el artículo 384 del Código de las Penas, "porque la riña, como se dijo en el auto de proceder y como lo reconoció el Jurado, **no fué imprevista para él**" —Subraya la Sala—, lejos de colocarse en contraposición a los términos del enjuiciamiento, se ciñó estrictamente a su texto .

D)—CAUSAL TERCERA, SEGUNDO CARGO

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Se observa que el Juri, interrogado sobre si el individuo llamado a responder en juicio había ejecutado el hecho "con intención de matar, dada el arma empleada y las partes del cuerpo vulneradas y en (sic) curso de una riña provocada por Quintero con los insultos de que hizo víctima al occiso y a (sic) recibir de éste las lesiones y por el estado de embriaguez en que se encontraba....", respondió únánimemente:

"Sí es responsable, en momento de reacción".

Parece entender el apoderado del actor que, al adicionar así el Jurado su afirmación de la responsabilidad de Quintero, no hizo otra cosa que aceptar, como favorable al procesado, la circunstancia de la riña imprevista. Pero si toda **reacción** implica, en verdad, una **acción** determinante de aquélla —como lo fué, en el caso de autos el golpe infligido a Quintero por Correcha—, es igualmente cierto, por otra parte, que éste, a su vez, obró por **reacción** contra el ultraje de Quintero; y —lo anota con propiedad el señor Procurador Delegado— "el provocador de la riña no es forzosamente el que inicia la contienda física, sino el que da lugar a ésta por un acto indebido o injusto, constitutivo de ofensa o agresión".

En efecto, para hombres de honor puede entrañar, y de ordinario entraña, mayor poder de agresión una ofensa a la integridad moral que un ataque a la integridad física. Verdad es que la Sala ha dicho, como lo recuerda el apoderado del recurrente, que "la riña implica la existencia una lucha en que intervienen fuerzas opuestas de parte y parte, y en que las violencias materiales se rechazan también por medio de la violencia, mediando en el combate el mutuo consentimiento o entrando en él a virtud de provocación de alguna de las partes o por cualquier accidente fortuito" (Casación XXXVI, 347; pero la cláusula no tiene más alcance que el de ofrecer una definición descriptiva de la riña, como intercambio que es de actos de violencia física, una yez trabado el combate, sin que a la provocación se le dé allí calificación alguna, precisamente porque ésta no ha de ser siempre, de modo necesario ,una agresión material.

No está, pues, en desacuerdo la sentencia ni con el auto de proceder ni con el veredicto del Jurado, y es también, por consiguiente, desechable la CAUSAL TERCERA, en su doble fundamento.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Carlos Quintero a la pena principal de ocho años y tres meses de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

LA REINCIDENCIA

La reincidencia es un estado jurídico en el Derecho Penal, en virtud del cual se aumenta la penalidad por la peligrosidad del delincuente, sus condiciones antisociales, los motivos determinantes del delito y la calidad de los hechos cometidos por el agente activo del mismo.

La reincidencia implica cierto índice de capacidad criminal en el agente por la reiteración o comisión de un mismo delito (reincidencia específica) o de varios delitos (reincidencia genérica), y esta capacidad de recaer o volver a incidir en infracciones de la ley penal, es el fenómeno jurídico que el legislador tuvo en cuenta para agravar la correspondiente sanción.

La aplicación de la reincidencia como agravante de la pena está sujeta a determinadas condiciones que fija la ley. Las primeras, se refieren a la existencia previa de una o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas; la reiteración de un mismo delito o comisión de otros delitos, síntoma revelador de capacidad criminal, peligrosidad o tendencias antisociales, y duración de tiempo —diez años— entre la primera sentencia y la reiteración o comisión de nuevos delitos, lo cual puede ser índice revelador de la peligrosidad en el delincuente, o bien, insuficiencia relativa a la pena señalada por el legislador para la represión (Art. 34 del C. P.)

Las segundas, base de exclusión para aplicar la reincidencia, se refieren a la persona y a la calidad de los hechos: la reincidencia se excluye en los delitos cometidos por menores de diez años, y en las contravenciones; en los delitos culposos o contra la disciplina militar, en los delitos políticos realizados sin homicidio, saqueo, robo o incendio, en el homicidio y lesiones personales cuando medie provocación o exceso en la defensa o cuando se realicen en estado de necesidad (Art. 35 del C. P.).

La existencia de estas condiciones —en cada caso concreto— hace posible la aplicación de la reincidencia, y la ausencia de ellas la hace imposible. Si en la sentencia se sanciona un delito de los previstos en el artículo 35 del Código Penal, el fenómeno de la reincidencia no puede aplicarse aun cuando existan condenas anteriores, porque, precisamente, estas condiciones excluyentes son la excepción a la norma general de la reincidencia.

Si el delito —homicidio atenuado— por la provocación es el hecho materia del fallo o sanción, dentro de esa sentencia no cabe aplicar la reincidencia como agravante de pena, por la concurrencia de una de las causales de excepción que hacen imposible dar cabida a la reincidencia por prohibición expresa del legislador (Art. 35 C. P.). De manera que la sentencia que agrava la pena por el fenómeno de la reincidencia, en las circunstancias expuestas, es violatoria de la ley penal y por consiguiente debe invalidarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio doce de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Contra la sentencia de octubre diez y siete (17) de mil novecientos cincuenta y dos (1952) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, se interpuso recurso de casación. Cumplidas las formalidades legales se procede a su estudio.

Antecedentes:

En el sitio denominado "Rancho Alegre" ubicado en la ciudad de Riosucio, en las horas de la tarde del día diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos cincuenta (1950), departían amigablemente Efraín Naranjo, Jesús Reyes y Carlos Sánchez Colorado. Allí se hizo presente Félix Antonio García y en tono amenazante solicitó le sir-

viera una copa de licor —aguardiente—; después de ingerirla, en forma exaltada exigió a Sánchez Colorado la suma de cinco pesos ($ 5.00), éste manifestó no tener el dinero pedido, hecho que motivó una pequeña discusión. Al salir a la calle García le propinó a Sánchez un golpe en la cara que lo hizo sangrar; luego penetró al establecimiento de José Arango Uribe, y al volver hacia la puerta se encontró con Sánchez quien le hizo un disparo con arma de fuego —revólver— a consecuencia del cual se produjo la muerte.

Sánchez Colorado fue llamado a responder en juicio por un delito de homicidio y el cuestionario contiene la pregunta de si el acusado es responsable de haber dado muerte con el propósito de matar, hecho cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación. El Juri contestó así:

"Sí es responsable, pero en riña suscitada de modo imprevisto y en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación".

Con fundamento en el veredicto anterior, se condenó a Sánchez Colorado a la pena principal de treinta meses de presidio y accesorias consiguientes, entre ellas la de relegación a una Colonia Agrícola Penal por el têrmino de seis años.

Demanda:

Como única causal de impugnación, se ha alegado la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

El demandante impugna la sentencia por ser violadora de los artículos 34 y 35 del Código Penal, que determinan la forma como deben aplicarse esos preceptos para el caso de reincidencia, y fundamenta la causal en estos términos:

"...hubo por parte del Tribunal una violación de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, pues reconoce,.... que el reo no demuestra una tendencia persistente al delito y sin embargo le aplica la necesaria de relegación en una Colonia Agrícola Penal. Obsérvese que esta pena accesoria está condicionada a la tendencia persistente al delito deducida de la naturaleza y modalidad de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente. No basta pues que se cometa la segunda reincidencia para aplicar la pena accesoria a que nos venimos refiriendo, es necesario que se llenen todos los requisitos que exige el artículo 34 del C. Penal".

"...El Tribunal aceptó que Sánchez había cometido el homicidio en estado de ira, causado por grave e injusta provocación. Y el artículo 35 del C. Penal dice que no se aplicarán las disposiciones de los incisos 1º y 2º del art. anterior, en los casos de homicidio cuando haya mediado provocación. Y el Tribunal violó la ley penal por indebida aplicación del art. 34 de C. Penal, sin armonizarlo con el 35 de la misma obra, pues este artículo ordena no tener en cuenta el homicidio cuando haya mediado provocación".

El Agente del Ministerio Público, al estudiar el fenómeno de la reincidencia y la aplicación de la misma en el fallo, comparte la tesis del recurrente —como adelante se verá— y como consecuencia pide se case la sentencia recurrida.

Se considera:

Tres son las condenas —por hurto y robo— que Sánchez Colorado registra en sus antecedentes judiciales con anterioridad al delito de homicidio, sentencias condenatorias que al tenor de los artículos 34 y 35 del Código Penal, sirven de base al Tribunal para imponer la pena accesoria de relegación a una Colonia Agrícola Penal por el término de seis años. Si la sentencia —octubre 17 de 1952— que sanciona el delito de homicidio atenuado por las modalidades de la riña imprevista y de la ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, se acomoda a los preceptos legales, ella debe quedar en firme; caso contrario, habrá de invalidarse el fallo.

La reincidencia es un estado jurídico en el Derecho Penal, en virtud del cual se aumenta la penalidad por la peligrosidad del delincuente, sus condiciones antisociales, los motivos determinantes del delito y la calidad de los hechos cometidos por el agente activo del mismo.

La reincidencia implica cierto índice de capacidad criminal en el agente por la reiteración o comisión de un mismo delito (reincidencia específica) o de varios delitos (reincidencia genérica), y esta capacidad de recaer o volver a incidir en infracciones de la ley penal, es el fenómeno jurídico que el legislador tuvo en cuenta para agravar la correspondiente sanción.

La aplicación de la reincidencia como agravante de la pena está sujeta a determinadas condiciones que fija la ley. Las primeras, se refieren

a la existencia previa de una o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. la reiteración de un mismo delito o comisión de otros delitos, síntoma revelador de capacidad criminal, peligrosidad o tendencias antisociales, y duración de tiempo —diez años— entre la primera sentencia y la reiteración o comisión de nuevos delitos, lo cual puede ser índice revelador de la peligrosidad en el delincuente, o bien, insuficiencia relativa a la pena señalada por el legislador para la represión (Art. 34 del C. P.).

Las segundas, base de exclusión para aplicar la reincidencia, se refieren a la persona y a la calidad de los hechos: la reincidencia se excluye en los delitos cometidos por menores de diez años, y en las contravenciones; en los delitos culposos o contra la disciplina militar, en los delitos políticos realizados sin homicidio, saqueo, robo o incendio, en el homicidio y lesiones personales cuando medie provocación o exceso en la defensa o cuando se realicen en estado de necesidad (Art. 35 del C. P.).

La existencia de estas condiciones —en cada caso concreto— hace posible la aplicación de la reincidencia, y la ausencia de ellas la hace imposible. Si en la sentencia se sanciona un delito de los previstos en el artículo 35 del Código Penal, el fenómeno de la reincidencia no puede aplicarse aun cuando existan condenas anteriores, porque, precisamente, estas condiciones excluyentes son la excepción a la norma general de la reincidencia.

Si el delito —homicidio atenuado— por la provocación es el hecho materia del fallo o sanción,— dentro de esa sentencia no cabe aplicar la reincidencia como agravante de pena, por la concurrencia de una de las causales de excepción que hacen imposible dar cabida a la reincidencia por prohibición expresa del legislador (Art. 35 C. P.). De manera que la sentencia que agrava la pena por el fenómeno de la reincidencia, en las circunstancias expuestas, es violatoria de la ley penal y por consiguiente debe invalidarse.

En efecto: Carlos Sánchez Colorado, fue llamado a responder en juicio por un delito de homicidio intencional cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación (Art. 28 del C. P.). El Jurado fue interrogado sobre la responsabilidad del acusado en los términos anotados, y su respuesta fue afirmativa, no sólo en cuanto a esta circunstancia modificadora de la responsabilidad, sino en cuanto al reconocimiento de la atenuante de la riña imprevista contemplada por el artículo 384 del Estatuto Penal. Y, como este veredicto no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, la sentencia tenía que atemperarse a la decisión del Juri, o sea, al reconocimiento de estas modalidades para efecto de la sanción; cosa distinta sería si se tratara de un juicio de puro Derecho, como lo anota la Procuraduría cuando expresa:

"Desde un punto de vista puramente doctrinario y como principio general, la provocación y la riña imprevista son partes integrantes del mismo proceso ejecutivo del delito, y representan en consecuencia sus acciones física y psíquica, puesto que las ofensas propias de la provocación suscitan en el agente la ira y ésta conduce al cruce de golpes que caracterizan la riña, la cual, a su vez trae como resultado el delito de homicidio o de lesiones personales. En todo ello hay una unidad indivisible, un fenómeno jurídico único constituído por una serie de actos.

"Pero el caso cambia de aspecto cuando el Jurado acepta esas modalidades del ilícito como dos entidades distintas y completamente separables. Y entonces, si el veredicto no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos, el Juez tiene que fallar de conformidad con él, según perentorio mandato del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal".

No siendo aplicable en este fallo el fenómeno de la reincidencia para efectos de la agravación de la pena, las condenas anteriores sirven para computarlas como circunstancias de mayor peligrosidad (Art. 37 numeral 2º del C. P.), pues demuestran la permanencia de actividades antisociales en el agente activo del delito, que lo hacen peligroso por la reiterada capacidad para delinquir, y, por consiguiente, merecedor a una sanción más severa.

La normá violada es el artículo 362 del Código Penal, que establece como pena la de ocho a catorce años de presidio. Entonces en armonía con los artículos 36 y 39, al acusado puede fijársele como pena básica la de doce años de presidio, la cual, al tenor del artículo 28, habrá de reducirse a una que no sea mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, o sea, seis años; pena que se disminuye en una cuarta parte por concepto de la riña imprevista (Art. 384), quedando como sanción principal la de cuatro años seis meses de presidio.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo en parte con él, INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por el cual se impuso a Sánchez Colorado la pena principal de treinta meses de presidio y la accesoria de seis años de relegación en una colonia Agrícola Penal. Y en su lugar,

Resuelve:

a) Condenar a Carlos Sánchez Colorado de notas civiles conocidas, a la pena principal de cuatro años y seis meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Félix Antonio García.

b) En cuanto a las penas accesorias, con excepción de la de relegación a una Colonia Agrícola Penal, serán las mismas a que hace referencia el fallo de octubre diez y siete (17) de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE ROBO.—ROBO COMETIDO EN DESPOBLADO

1—Se configura delito de robo aunque la violencia se ejerza sobre el mueble después de haber sido retirado éste del lugar donde lo tenía su dueño y siempre que lo que se persiga sea la sustracción de lo que contiene el dicho mueble.

2—Para que pueda tener lugar la agravación de la pena imponible por el delito de robo conforme al ordinal 1° del artículo 404 del Código Penal, es decir, por haberse cometido en despoblado, es necesario que esa circunstancia se haga presente en el ánimo del infractor y actúe en el momento de ejecutar el delito, puesto que la ley no sólo contempla esta situación, sino otra, o sea la que se concreta en la expresión "o con armas", es decir, con instrumentos de atemorización, por lo menos, si es que no hay o no hubo necesidad de usarlos. En esta última hipótesis el delincuente se prevale entonces de todas las ventajas: la soledad del sitio y su preparación armada para frustrar la oposición a sus designios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Por el delito de robo, cometido a las nueve de la mañana del treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, en bienes (dinero y objetos de un valor total de nueve mil cuatrocientos pesos) de Nacianceno Valencia, quien los guardaba dentro de un baúl, en su casa, situada en el paraje de "La Miel", Municipio de Supía (Caldas), fueron condenados, en sentencia del Tribunal Superior de Manizales fechada el seis de abril de mil novecientos cincuenta y tres, que reformó la de siete de febrero de ese año, del Juez 2º Superior de la misma ciudad los hermanos Luis Eduardo y Horacio Cadavid, de veintisiete año aquél y éste de diecinueve, a la sanción principal de siete años de presidio cada uno y a las accesorias complementarias pertinentes.

El recurso y sus fundamentos

A este fallo se contrae el recurso de casación que ha interpuesto, a nombre de los procesados Cadavid, el doctor Pedro Pérez Sotomayor, quien invoca las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales sustenta con razones que —aun cuando presentadas separadamente y en ordenado estudio— concurren todas a darle solidez a la tesis central y casi única de la demanda: la errada calificación del delito. Porque en su opinión se trata de hurto y no de robo, puesto que no habiendo mediado violencia física ni moral a las personas o a las cosas en la sustracción del baúl dentro del cual se hallaba el dinero, el hecho de que ya fuera del dominio de su propietario hubiese sido forzado para disponer de su contenido no modifica el ilícito que se llevó a cabo sin ninguno de los elementos característicos del apoderamiento forzado de lo ajeno, para que pudiera, en una adecuada terminología jurídica, dársele el nombre con que figura en el presupuesto procesal. Y de ahí que el recurrente crea que se violó la ley penal al sancionar por robo lo que es hurto (causal 1ª); que se aplicaron indebidamente los artículos que determinan tales sanciones y en especial el 37 de la parte general del Código, porque se le cargó a la cuenta de los procesados la circunstancia de mayor peligrosidad que aparece en el numeral 8º de dicho precepto, antes de haberse definido la situación jurídica del menor Marco Tulio Granada, y el ordinal 1º del art. 404, que habla de una agravante no presente en el hecho atribuído a Luis Eduardo y Horacio Cadavid, esto es, el haberse cometido el delito "en despoblado y con armas" (causal 2ª); y, en suma, porque la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad, no sólo de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 del Código de Procedimientó Penal cuando se incurre en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, sino también porque Horacio Cada-

vid careció de personero judicial que le completara su capacidad legal en el proceso.

Concepto del ministerio público

En una muy completa Vista, el colaborador de la Sala, Procurador Primero Delegado en lo Penal, pide que se case la sentencia en cuanto al individualizar la sanción se dedujo la agravante del ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, o sea haberse cometido el robo en despoblado. Porque en realidad —dice el Ministerio Público— esta circunstancia, de acuerdo con lo que sobre el particular exponen los autores, lo mismo que la doctrina, se refiere al desamparo de la víctima en el acto de la ejecución del delito y a otros factores que, aunque existentes, no sirvieron como medios que facilitaran la realización, ni estuvieron presentes en la mente del infractor para decidirlo.

A los otros puntos de vista expuestos en la demanda replica en forma sobria y ajustada a las reglas del método, como pasa a verse:

Al examinar lo concerniente a la nulidad, después del respectivo análisis de los bien conocidos elementos que integran el delito de robo y circunscribiendo su disertación al argumento de que lo delincuentes que han sido condenados no hicieron fuerza física o moral a las personas ni a las cosas, si se atiende a que para entrar a la pieza en donde se hallaba el objeto ambicionado se aprovecharon del descuido del dueño de la casa y para apoderarse del mismo no tuvieron necesidad de forzar cerraduras, ni de escalar muros, ni de ejecutar perforaciones en paredes, etc., sino apenas de empujar una puerta que no estaba con llave u otros instrumentos de seguridad, expresa, en primer término, que los hermanos Cadavid no sustrajeron el baúl por lo que representaba en sí, sino por lo que contenía, pues de antemano eran conocedores de que el damnificado Valencia guardaba en él su dinero. Lo cual quiere decir que si lo que se perseguía era el dinero y no el mueble que lo guardaba, el delito se consumó cuando al romper el segundo, zafándole una tabla, se apoderaron del primero. Afirma que ésta es la doctrina que exponen los autores y cita a propósito al tratadista uruguayo Irureta Goyena, quien sostiene que la sustracción de una cosa guardada en un mueble cerrado no se considera perfecta sino cuando se ha verificado el apoderamiento definitivo del contenido, y trae el ejemplo que este autor presenta de la caja de hierro cuya efracción se opera durante un episodio del delito, como quien dice en una fase de su desarrollo, la cual, por lo mismo, no puede considerarse como independiente de las modalidades iniciales que concurrieron en el desplazamiento del objeto. También, en apoyo de esta tesis, recuerda el anterior texto penal, que decía:

"No deja de haber robo con violencia a las cosas porque la rotura, quebrantamiento o fuerza de la cosa llevada se efectúe en otro lugar distinto de aquél en donde fue quitada, siempre que la intención del reo sea llevarse más bien la cosa contenida o asegurada en el objeto violentado, con preferencia a éste; como si alguno se sustrae un cofre cerrado y después lo rompe en otra casa o paraje diferente para sacar las alhajas que contenga. En tal caso se supone ejecutado el robo en el lugar en donde estaba la cosa" (artículo 777 del Código Penal de 1890).

En segundo término, hace hincapié en el inciso final del vigente (artículo 402), según el cual la fuerza a las personas o a las cosas, empleada después de la sustracción, es una particularidad que por estar encaminada a asegurar el producto del delito o a obtener la impunidad del autor, no se desliga de la figura principal del mismo.

En cuanto al cargo relativo a la falta de representación legal del menor Horacio Cadavid, lo contesta así:

"...Por lo que hace a la tramitación del negocio en el Juzgado Segundo Superior de Manizales, aparece a continuación del auto que abrió el negocio a prueba y confirmó la detención de los sindicados, un informe secretarial dando cuenta de la menor edad del procesado Horacio Cadavid (f. 74 v.). En la misma fecha el Juzgado dictó un auto nombrándole curador a Horacio, y el mismo día se surtió la notificación de ese proveído, se posesionó el curador y se les notificó a éste y a los procesados el auto que confirmó la detención y abrió a pruebas el negocio (f. 75). De ahí en adelante todas las diligencias se practicaron con la intervención del curador ad-litem. Ahora bien: es cierto que no aparece en los autos el decreto de discernimiento de la curaduría, como lo anota el señor defénsor" (sic) "en su libelo; pero al curador le bastó el nombramiento y posesión del cargo para asistir al menor en todas las diligencias que con él se adelantaron, completándole así su personería, que era lo fundamental. Y es que en realidad lo que la ley persigue al ordenar que a todo procesado menor de veintiún años que carezca de representante legal se le ha de nombrar un curador ad-litem para que concurra a todas

las diligencias judiciales que con él se entiendan es completarle su capacidad procesal y darles plena validez a todos los actos que con él se realicen.

Por esta razón el Código de Procedimiento Penal, a diferencia de la ley civil sustantiva, no exige el discernimiento de la curaduría, sino apenas el nombramiento de representante del menor (artículo 104, inciso 2º, y 349, inciso final). Y así las cosas, no es aplicable al ramo penal el artículo 463 del Código Civil. Además, es preciso observar que la notificación de la providencia que confirmó la detención de los sindicados y abrió el negocio a pruebas se surtió personalmente, después de haberse posesionado el curador ad-litem. Por lo mismo, resulta infundado el cargo de que el "auto de enjuiciamiento" no se le notificó legalmente o Horacio Cadavid. Por último, la nulidad del numeral 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que aduce el demandante, es apenas relativa o formal, y, en consecuencia, no cabe invocarla en casación, cuando habiendo comparecido el reo en juicio asistido de un curador y un defensor, no la reclamó a tiempo, o sea dentro de los treinta días siguientes al de la notificación de la providencia que confirmó la detención y abrió el juicio a prueba...".

Igualmente se ocupa en el examen del cargo atinente a la causal 2ª y que el autor de la demanda concreta diciendo que por una parte se dedujo equivocadamente la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 8º del artículo 37 del Código Penal, y por la otra no se tuvo en cuenta la de menor peligrosidad relativa a la corta edad del procesado Horacio Cadavid.

Aquella agravante accesoria concurre cuando el delito se comete con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de menores alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente. Y entonces —arguye el señor Procurador Delegado— como Luis Eduardo y Horacio Cadavid se valieron para ejecutar el robo de la actividad del menor de diecisiete años Marco Tulio Granada, había mérito para que se les computara a éstos dicha circunstancia de mayor peligrosidad(sin que para ello fuera necesario que la autoridad correspondiente (Juez de Menores) se pronunciara primero sobre la responsabilidad de Marco Tulio Granada. Y que el hecho de que Horacio Cadavid fuera también menor —que es otro de los argumentos de la demanda— no impide la aplicación de tal circunstancia, porque ella se predica lo mismo del delincuente adulto que del menor que obliga e induce a otro menor a cometer un ilícito, pues la ley no hace ninguna distinción al respecto. Tesis ésta jurídica y terminante.

El delito de robo

Si hubiera de seguirse la literalidad del texto legal en que se describe la figura delictuosa denominada robo, ciertamente habría que convenir en que son acertadas las razones del actor en cuanto combate el fallo por el aspecto principal ya examinado por el Ministerio Público, pues el artículo 402 empieza diciendo: "El que por medio de violencia a las personas o a las cosas.... se apodere...". O, lo que es lo mismo, que en el acto del apoderamiento haya intervenido la fuerza en alguna de las manifestaciones allí indicadas. Esa es la significación gramatical de la frase. Otra cosa sería si el artículo estuviese redactado en forma distinta, por ejemplo así: "El que para conseguir el aprovechamiento de lo ajeno use de la fuerza...". De modo que es robo, en su forma más simple, el acto de tomar lo ajeno valiéndose de medios violentos. Sin embargo, la misma disposición que se comenta, en su inciso 2º y talvez recordando precepto análogo que existía en el anterior estatuto punitivo, al cual ha hecho referencia el señor Procurador Delegado en lo Penal, considera el caso de que tales procedimientos (violencia o amenazas) tengan lugar inmediatamente después de la sutracción de la cosa, y agrega: "Con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad". Parece que esas violencias y amenazas se refieren más a las personas que a las cosas, como, por ejemplo, cuando el ladrón inutiliza al que se enteró del delito, para evitar la delación, o amenaza de muerte al mismo con igual tendencia. Pero ello no está bien definido y preciso. Por otra parte, si lo que tiene en mira el infractor es el aprovechamiento de lo obtenido, si ése es su propósito, entonces es claro que el retiro silencioso y tranquilo del mueble en donde se guarda aquello que es único objeto de la codicia, viene a ser un episodio, la primera escena del ilícito. Pero ocurre que ese mueble está cerrado y hay que forzarlo para extraer lo que está dentro de él. Esta es la segunda parte, pues sin ella no habría aprovechamiento. Entonces el delito es el de robo. Sobra decir que si estuviere abierto, no habría habido necesidad de trasladarlo y, consecuencialmente, hurto sería el hecho cometido. Aún más: podría estar abierto, pero ser su contenido tan voluminoso o, al contrario, tan de laboriosa búsqueda en los momentos apre-

miantes de la sustracción, que se prefirió sacarlo para después en sitio apropiado realizar esa tarea. También en este supuesto sería hurto, si no concurrió, al retirarlo del lugar en que su dueño lo tenía, fuerza moral ni material. Generalmente aparecen triviales estos factores que distinguen el hurto del robo, pero en realidad no lo son. Porque para el segundo (robo) se supone una mayor capacidad delictiva en el agente, una más decidida resolución de vencer los obstáculos que puedan presentarse, mientras que para el primero (hurto) el infractor, por lo común, se limita a aprovechar la falta de vigilancia y se sirve más de las imprevisiones de los otros que de sus propias inventivas y personales recursos. Su resolución decae cuando halla tropiezos que no está preparado para vencer o que no entraban en sus cálculos, y abandona el proyecto. Si se permitiera la expresión podría decirse que quien va a robar delibera y mide el valor de las resistencias a que debe enfrentarse.

En el hecho por el cual han sido declarados responsables Luis Eduardo y Horacio Cadavid, obró la decisión de ejercer fuerza sobre las cosas, porque cuando ellos determinaron apoderarse del baúl cerrado que se encontraba en la casa de Nacianceno Valencia, ya sabían que dentro de dicho mueble estaba el dinero de que ellos habían decidido apropiarse.

No prospera, pues, la demanda por la causal 4ª invocada, en lo referente a la nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción (ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal); como tampoco prospera en lo concerniente a la supuesta falta de representación del menor Horacio Cadavid, porque la Sala sobre este particular acoge las juiciosas observaciones del Agente del Ministerio Público.

Queda, sí, en pie el cargo de habérsele dado al delito la gravedad específica contemplada en el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal.

Despoblado —enseña la Academia— es el sitio desierto, yermo y especialmente el que en otro tiempo ha tenido población. No es éste un concepto que ilustre mucho, porque aquí la palabra "despoblado" equivale lisa y llanamente a solitario, a lo inhabitado, que es lo que significa desierto o yermo.

Fuera, pues, de que esta acepción no corresponde al concepto ideológico aplicable a la materia de que se trata, tampoco los autores han conseguido fijar un criterio respecto de la manera de entenderse en cuanto al número de personas, de habitaciones y distancias entre éstas para diferenciar lo poblado de lo despoblado. Se parte, sí, de la base de que despoblado es un lugar de escasa población, lo que es decir muy poco. El concepto, es, como se ve, bastante relativo.

Lo que sí aparece con más acentuación es que resulta necesario que esa circunstancia se haga presente en el ánimo del infractor y obre y actúe en el momento de ejecutar el delito, puesto que la ley no sólo contempla esta situación, sino otra, o sea la que se concreta en la expresión "o con armas", es decir, con instrumentos de atemorización, por lo menos, si es que no hay o no hubo necesidad de usarlos. En esta última hipótesis el delincuente se prevale entonces de todas las ventajas: la soledad del sitio y su preparación armada para frustrar la oposición a sus designios.

Y como en el caso del robo del baúl en el paraje de "La Miel", no concurrió dicha circunstancia, pues no está comprobada ni objetiva ni subjetivamente, su cómputo para agravar el delito es improcedente y resulta, de contera, admisible el cargo formulado contra la sentencia, que es preciso invalidar en esa parte.

El señor Procurador Delegado sugiere en reemplazo de las sanciones impuestas por el Tribunal las siguientes, que la Sala aprueba por considerarlas equitativas: cuatro años de prisión para Luis Eduardo Cadavid y tres años y medio para Horacio. El razonamiento del Ministerio Público para llegar a esta conclusión es como sigue:

"Las normas básicas son los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943 y 1º del Decreto Extraordinario número 2184 de 1951, que señalan una pena de dos a ocho años de prisión. Como contra los procesados obra la circunstancia de haberse valido de la actividad de un menor para la ejecución del delito, lo cual revela un marcado índice de peligrosidad, resulta justo señalar en tres años la sanción, la cual debe aumentarse en una tercera parte (artículo 398 —numeral segundo—, en concordancia con el artículo 403 del Código Penal), por exceder la cuantía del robo de dos mil pesos, quedando en definitiva la sanción para Luis Eduardo Cadavid en cuatro años de prisión. Como en favor de Horacio de Jesús Cadavid debe computarse la circunstancia de menor peligrosidad que consagra el artículo 40 de la Ley 83 de 1946, la sanción debe mermarse en seis meses y quedan tres años y medio de prisión como pena definitiva...".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nom-

bre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º—Invalídase la sentencia de seis de abril de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Luis Eduardo y Horacio Cadavid, por el delito de robo, a la sanción principal de siete años de presidio a cada uno; y

2º—En su lugar, condénase a los dichos procesados a prisión, así: al primero cuatro años y al segundo tres años y medio.

En lo que hace a las accesorias complementarias, como es natural, se ajustarán, en cuanto a duración, a la de las penas principales, quedando también invalidada la de pérdida de la patria potestad a que la sentencia se refiere.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR EL DELITO DE DETENCION ARBITRARIA

Cuando la captura para dar cumplimiento a una orden de detención se cumplió en lugar perteneciente a jurisdicción distinta de aquel donde luego permaneció detenido el capturado, el Juez competente para conocer del proceso que en tal caso se inicie por el delito de detención arbitraria, es el del lugar donde primero se formuló el denuncio, conforme a lo estatuído por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, con fecha ocho de marzo último, Segundo Senén Moreno formuló denuncia contra Pedro Mejía, Inspector de Circulación y Tránsito de aquella ciudad, por detención arbitraria y abuso de autoridad, en los términos que a continuación se transcriben, en lo pertinente:

"....El domingo veintiocho de febrero pasado, subia yo como a las siete de la noche, de Duitama para Santa Rosa de Viterbo, en mi camión, y al dar al punto denominado "La Campaña", me encontré con un automóvil que bajaba, en el que venía el actual Director de Circulación y Tránsito de Tunja, quien no hizo el cambio de luces, y encandelillándome, rocé contra dicho automóvil, habiéndole ocasionado unos ligeros desperfectos al vehículo en que viajaba el señor Buitrago, Director de Circulación. En el ligero accidente no hubo muertos ni heridos, y yo le manifesté al señor Luis Buitrago que le pagaría el daño ocasionado en aquella noche.

"Como el señor Buitrago no admitiera un arreglo amigable, dió orden al Alcalde de Santa Rosa para que me remitieran preso a esta ciudad, lo que así se hizo, y una vez en la oficina de Circulación y Tránsito, el Inspector, dió la orden de que me llevaran a la Penintenciaría preso, donde actualmente me encuentro, sin haber cometido delito alguno, porque el caso ocurrido no está contemplado en nuestro Código Penal como delito, y sinembargo, el señor Inspector de Tránsito ordenó que me redujeran a prisión.

"En el Decreto Nº 034 de 30 de enero del corriente año, contentivo del reglamento de Circulación y Tránsito para el Departamento de Boyacá no se encuentra disposición alguna que sancione con penas de presidio, prisión o arresto al individuo que cometa un hecho como el que acabo de narrar. Allí solamente se establecen multas y se obliga al responsable a pagar los daños ocasionados. Como no hubo muertos ni heridos, no había lugar a detención preventiva, y en ese evento el señor Inspector de Tráfico de Tunja, al ordenar mi detención, cometió los delitos que enuncié al principio de este memorial, los que deben ser sancionados por la justicia ordinaria...."

Agregó el denunciante que el Inspector de Tránsito de Tunja no tenía jurisdicción para imponer sanción alguna, porque el hecho ocurrió en vecindario de Santa Rosa, y su conocimiento correspondía a la Inspección de Tráfico (sic) de Duitama.

Estimó el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja —a quien correspondió en reparto el asunto— que, por haber sido el denunciante reducido a prisión, inicialmente, en Santa Rosa de Viterbo, el competente era el Juez Unico Penal de este Circuito y conceptuó este funcionario que el conocimiento correspondía al de Tunja, por haberse ordenado la detención de Segundo Senén Moreno en la Penintenciaría de esta ciudad. Es lo que resulta de las respectivas providencias dictadas sobre el particular. En auto de 22 de abril último, dijo el Juzgado Segundo Penal de Tunja: "La detención arbitraria que se imputa al señor Inspector de Tránsito.... se realizó por el señor Alcalde de Santa Rosa, quien aceptó la orden impartida y lo condujo preso a esta ciudad...., detención que principió en aquella ciudad y tuvo culminación en ésta, viaje que no viene a conferir competencia en este Cir-

cuito, por no tratarse de delito continuado....". Por su parte, el Juez Unico Penal de Santa Rosa, se expresa de esta manera, en auto de 25 de marzo anterior: "Se trata... de un hecho consumado en jurisdicción de Tunja pues la detención arbitraria y el abuso de autoridad de que da cuenta el denuncio, se verificaron en la Penintenciaría de esta ciudad por orden del señor Inspector de Circulación y Tránsito y no en las cárceles de Santa Rosa de Viterbo.... Aquí no se trata de averiguar lo relacionado con el accidente de tránsito sino de la detención arbitraria, correspondiendo su conocimiento por razón del territorio donde se consumó el hecho, a los Jueces del Circuito de Tunja (art. 55 del C. de P. P.)" (fls. 6 y 4v., respectivamente).

Insistieron ambos Juzgados en sus respectivos puntos de vista, y el de Santa Rosa ha remitido los autos a la Corte, para que se dirima la competencia.

Se considera:

Según la regla general contenida en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, es Juez competente, por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el del territorio donde se cometió la infracción; pero en los artículos 56 y 57 de la misma Obra se dispuso el conocimiento a prevención cuando quiera que se tratase de "delitos continuados o crónicos" cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones; y para los casos en que fuere desconocido el lugar de la infracción, o ésta se hubiere consumado en el extranjero o en lugares diversos, se preceptuó que prevendría en el conocimiento el juez competente, por la naturaleza del hecho, del lugar en que primero se formulara la denuncia o en que primero se iniciara la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se hubiere aprehendido al inculpado.

En el presente caso, fue Santa Rosa de Viterbo el lugar donde se cumplió la orden del Director de Circulación y Tránsito de Tunja, de remitir preso al denunciante a esta misma ciudad; y fue Tunja el lugar donde, por mandato del Inspector de Circulación y Tránsito, señor Pedro Mejía, continuó detenido Segundo Senén Moreno, quien apareee suscribiendo la denuncia en la Penintenciaría de la capital de Boyacá con fecha ocho de marzo del año en curso, o sea once días después de ocurrido el accidente de tránsito que dio origen a los hechos materia de la investigación. Si éstos se cumplieron, pues, en lugares distintos, y si de conformidad con lo estatuído en el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, debe prevenir en el conocimiento —en tal extremo— "el juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio", es obvio que es al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, y no al Unico Penal de Santa Rosa de Viterbo, a quien le corresponde avocar la instrucción, ya que ante el primero de los despachos nombrados, y no ante el segundo, se formuló, por el señor Senén Moreno, la respectiva denuncia.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada en estas diligencias entre el Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja y el Juez Unico Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, declarando que es al primero de estos funcionarios a quien corresponde el conocimiento del negocio.

Devuélvanse las diligencias al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja y dése el correspondiente aviso al Juzgado Unico del Circuito Penal de Santa Rosa de Viterbo.

Cópiese, y notifíquese.

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

AUTO DE PROCEDER.—CUESTIONARIO- VEREDICTO Y SENTENCIA. — HOMICIDIO. — RIÑA IMPRE VISTA. — NULIDAD

1—En los juicios por jurado, son los actos fundamentales del proceso penal. El primero contiene la imputación del hecho material, análisis de pruebas, examen de circunstancias que especifican el delito, resumen de peticiones de las partes, razones de aceptación o rechazo de las mismas, y llamamiento a juicio en su denominación genérica por el delito que el Código Penal determina en el título y capítulo respectivo. El segundo, cuestionario y veredicto, es el juicio, pronunciamiento, resolución o dictamen sobre el téma fundamental de la responsabilidad. Es el resumen de los hechos en su modalidad subjetiva y objetiva basados en las pruebas del proceso, para dictaminar verdad sabida y buena fe guardada sobre el tema de la responsabilidad, previamente planteada en el cuestionario. El tercero, —sentencia— es la aplicación de la ley sobre el tema controvertido, es la conclusión del proceso sobre la base o desarrollo del veredicto para interpretarlo y acomodarlo a las respectivas disposiciones legales.

En los dos primeros —auto de proceder, cuestionario y veredicto— deben contemplarse los factores materiales y morales que integran la figura delictual, pues la ausencia de estos elementos puede llevar a conclusiones diferentes en la sentencia. Si se omite en el auto de proceder o en el cuestionario el factor moral o intencional del delito, el procesado, por una parte, no sabe a ciencia cierta de qué imputación o cargo se defiende, si de un homicidio intencional, preterintencional o con causal, y por otra parte, el Jurado, en su veredicto, probablemente daría un respuesta incompleta bien sea por omisión del elementos material o moral que no fué contemplado en el respectivo cuestionario.

En el presente caso, —auto de proceder, cuestionario y veredicto— contienen la afirmación del hecho material —homicidio— realizado con la modalidad de la riña imprevista, pero en dichos actos procesales se omitió hacer el planteamiento del factor moral o intencional del delito. De allí la disparidad de criterios de los Juzgadores de instancia para interpretar el veredicto que los llevó a conclusiones distintas en la aplicación de la pena; mientras el Juzgado afirma que se trata de un homicidio preterintencional cometido en riña imprevista, el Tribunal dice ser un homicidio intencional realizado con la modalidad de la riña imprevista. Pero tanto ésta como aquella afirmación carecen de respaldo procesal, porque a los miembros del Jurado no se les interrogó sobre el elemento intencional y en estas condiciones la sentencia no puede dictarse sobre un veredicto incompleto o insuficiente pues el Juez de derecho —en los juicios con intervención del Jurado— no puede reemplazar el pensamiento del Juri ni supeditarlo en su veredicto para sentenciar sobre temas no sometidos a la consideración del mismo.

2—Estima la Corte que el homicidio cometido en riña imprevista debería ser un delito autónomo e independiente sin relación alguna con las otras figuras delictuales correspondientes al título XV Capítulos I y III del Código Penal, que tratan de los delitos contra la vida y la integridad personal, ora porque el sujeto que delinque en estas circunstancias no tiene ninguna intención ni propósito previo de atentar contra la vida de persona alguna porque es un hecho "imprevisto" en el cual se coloca el agente activo del delito, contra su voluntad sin buscarlo y sin desearlo, ya también, porque el que ejecuta un hecho en estas circunstancias no tiene el propósito o la intención de cometer un delito, sino únicamente, el de rechazar un ataque sin pensar ni medir las consecuencias de su acto; si de esa riña imprevista surgen algunas consecuencias, debe aceptarlas en virtud del concepto de responsabilidad legal que informa nuestro Código Penal.

Como en nuestra legislación los delitos co-

metidos en riña que se suscite de modo imprevisto no son figuras autónomas sino dependientes de los capítulos relativos al homicidio o a las lesiones personales (Art. 384 del C. P.), el elemento propósito que integra el delito principal debe ser motivo de previo pronunciamiento no sólo en el auto de proceder —parte motiva— que especifica las circunstancias en las cuales se realizó el hecho, sino, también, en el respectivo cuestionario para que el veredicto consulte en toda su amplitud los factores materiales y morales que integran todo delito. Si la respuesta del Jurado —veredicto— no consulta o no resueve esos temas, por una parte, habría ausencia de formalidades propias del juicio, y por otra, la sentencia no podría dictarse sobre bases que no definen todo el problema de la responsabilidad.

"Si la armonía se rompe —dice la Procuraduría—porque ni el auto de proceder ni el cuestionario precisan los elementos generales o específicos de la infracción materia del debate, y el Jurado, por esa causa, no puede pronunciarse acerca de la naturaleza misma de los hechos punibles, entonces el Juez de derecho carece de facultad para decidir libremente cuál es el delito que debe reprimir la sentencia, ya que, de lo contrario, resultaría dictándola de acuerdo con su criterio netamente jurídico y no en consonancia con el veredicto, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal. Y tal exceso desquicia las bases del juzgamiento, viola el artículo 26 de la Constitución y entraña una nulidad supralegal".

La afirmación de la responsabilidad incluye necesariamente los conceptos de actidad física y moral, la primera, atinente al hecho material, y la segunda, referente al propósito de realizarlo. La suma de estos dos valores forman el principio de la responsabilidad; la ausencia de uno de estos elementos bien sea en el auto de proceder o en el cuestionario, hacen que el veredicto sea incompleto y por consiguiente nulo el proceso por prescindencia de una formalidad que le es propia como es la de haberse omitido la manifestación del propósito factor psíquico, cuestión de previa declaración por el Tribunal de conciencia; nulidad constitucional que entraña a su vez la inobservancia de las formalidades contempladas en el artículo 4º de la ley 28 de 1943.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En sentencia de octubre veinticinco (25) de mil novecientos cincuenta y dos (1952), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a Julio César Moreno Muñoz a la pena principal de cuatro años de presidio como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Leonardo Torrentes.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y como se hallan cumplidas las formalidades legales, se procede a su estudio.

Prenotandos

En el Municipio de Gigante, sección del Algarrobo, el día nueve (9) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), los hermanos Marco Aurelio y Guillermo Torrentes, en la quebrada "La Honda" se dedicaban a labores de pesca. A las ocho de la noche volvieron a su domicilio, y al pasar por predios de la familia Muñoz, un perro de propiedad de éstos acometió a los hermanos Torrentes y para defenderse le pegaron —según se dice— con un palo, hecho que motivó el reclamo de los Moreno Muñoz, por lo cual se trabó una riña.

En el sitio de los acontecimientos se hicieron presentes Jacobo Moreno Flórez y su hija Blanca; posteriormente Leonardo y su esposa, padres de los hermanos Torrentes. Trabada la riña Jacobo Moreno Flórez con una varilla hirió en la cabeza a Marco Aurelio, y Julio César con un disparo de escopeta, hirió mortalmente a Leonardo Torres, lesión que posteriormente, le ocasionó la muerte.

Actuación procesal

En providencia de octubre veintidos (22) de mil novecientos cuarenta y seis (1946), Julio César Moreno Muñoz fué llamado a responder en juicio por un delito que en su denominación genérica corresponde al homicidio, pero en la parte motiva se omitió especificar la calidad del mismo en su tipo de intencional o preterintencional, agregándose sí, la circunstancia de haberse realizado el hecho en riña imprevista. Esta providencia fué confirmada por el Tribunal.

En el acto público de la audiencia el Jurado fue

interrogado sobre el tema de la responsabilidad, atinente a la materialidad del hecho, con la modalidad de la riña imprevista, pero sin que en dicho cuestionario se le interrogara sobre el factor intencional.

El Jurado respondió afirmativamente, y sobre ese veredicto, el Juzgado condenó al acusado a dos años de presidio como responsable de un homicidio preterintencional, cometido en riña imprevista. El Tribunal al revisar la sentencia la modificó afirmando que el delito era un homicidio intencional, atenuado por la modalidad de la riña. En consecuencia, impuso la pena de cuatro años de presidio.

Demanda

Para impugnar el fallo se invocan las causales de los numerales 1º, 3º, 4º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Los fundamentos de las causales alegadas, en síntesis, se puede decir, son idénticos aunque diversos en su planteamiento. .. ..En efecto: afirma el demandante que en el auto de llamamiento a juicio no se formuló el cargo de que el delito se hubiera comtido con el propósito de matar, irregularidad que no fué subsanada en el respectivo cuestionario; en ese acto procesal también se omitió interrogar al Jurado sobre el factor moral o de propósito, por lo cual el veredicto es incompleto. Que la riña imprevista a que hace referencia el auto de proceder y el reconocimiento de ella por el Juri no fija una responsabilidad determinada, pues ella se predica del homicidio intencional, preterintencional, con causal y aún de asesinato.

Por consiguiente, al condenarse a Julio César Moreno por un delito de homicidio intencional cometido en riña imprevista, sin haberlo calificado, previamente, así en el auto de proceder, ni haberse interrogado al Jurado sobre el elemento psíquico del homicidio, violó los artículos 362 y 348 del Código Penal, y las normas del artículo 26 de la Carta, por haberse incurrido en una nulidad de orden constitucional, dicha omisión conlleva la ausencia de las formalidades propias del juicio, por tanto la sentencia se pronunció sobre un proceso viciado de nulidad.

Se considera:

Auto de proceder, cuestionario, veredicto y sentencia en los juicios por Jurado, son los actos fundamentales del proceso penal; el primero contiene la imputación del hecho material, análisis de pruebas, examen de circunstancias que especifican el delito, resumen de peticiones de las partes, razones de aceptación o rechazo de las mismas, y llamamiento a juicio en su denominación genérica por el delito que el Código Penal determina en el título y capítulo respectivo. El segundo, cuestionario y veredicto, es el juicio, pronunciamiento, resolución o dictamen sobre el tema fundamental de la responsabilidad. Es el resumen de los hechos en su modalidad subjetiva y objetiva basados en las pruebas del proceso, para dictaminar verdad sabida y buena fe guardada sobre el tema de la responsabilidad, previamente planteada en el cuestionario. El tercero, —sentencia— es la aplicación de la ley sobre el tema controvertido, es la conclusión del proceso sobre la base o desarrollo del veredicto para interpretarlo y acomodarlo a las respectivas disposiciones legales.

En los dos primeros —auto de proceder, cuestionario y veredicto— deben contemplarse los factores materiales y morales que integran la figura delictual, pues la ausencia de estos elementos puede llevar a conclusiones diferentes en la sentencia. Si se omite en el auto de proceder o en el cuestionario el factor moral o intencional del delito, el procesado, por una parte, no sabe a ciencia cierta de qué imputación o cargo se defiende, si de un homicidio intencional, preterintencional o concausal, y por otra, el Jurado, en su veredicto, probablemente daría una respuesta incompleta bien sea por omisión del elemento material o moral que no fué contemplado en el respectivo cuestionario.

En el presente caso, —auto de proceder, cuestionario y veredicto— contienen la afirmación del hecho material —homicidio— realizado con la modalidad de la riña imprevista, pero en dichos actos procesales se omitió hacer el planteamiento del factor moral o intencional del delito. De allí la disparidad de criterios de los Juzgadores de instancia para interpretar el veredicto que los llevó a conclusiones distintas en la aplicación de la pena; mientras el Juzgado afirma que se trata de un homicidio preterintencional cometido en riña imprevista, el Tribunal dice ser un homicidio intencional realizado con la modalidad de la riña imprevista. Pero tanto ésta como aquella afirmación carecen de respaldo procesal, porque a los miembros del Jurado no se les interrogó sobre el elemento intencional y en estas condiciones la sentencia no puede dictarse sobre un veredicto incompleto o insuficiente pues

el Juez de derecho —en los juicios con intervención del Jurado— no puede reemplazar el pensamiento del Juri ni supeditarlo en su veredicto para sentenciar sobre temas no sometidos a la consideración del mismo.

Estima la Corte que el homicidio cometido en riña imprevista debería ser un delito autónomo e independiente sin relación alguna con las otras figuras delictuales correspondientes al Título XV Capítulos I y II del Código Penal, que tratan de los delitos contra la vida y la integridad personal, ora porque el sujeto que delinque en estas circunstancias no tiene ninguna intención o propósito previo de atentar contra la vida de persona alguna porque es un hecho "imprevisto" en el cual se coloca el agente activo del delito, contra su voluntad sin buscarlo y sin desearlo, ya también, porque el que ejecuta un hecho en estas circunstancias no tiene el propósito o la intención de cometer un delito, sino únicamente, el de rechazar un ataque sin pensar ni medir las consecuencias de su acto; si de esa riña imprevista surgen algunas consecuencias, debe aceptarlas en virtud del concepto de responsabilidad legal que informa nuestro Código Penal.

Como en nuestra legislación los delitos cometidos en riña que se suscite de modo imprevisto no son figuras autónomas sino dependientes de los capítulos relativos al homicidio o a las lesiones personales (Art. 384 del C. P.), el elemento propósito que integra el delito principal debe ser motivo de previo pronunciamiento, no sólo en el auto de proceder —parte motiva— que especifica las circunstancias en las cuales se realizó el hecho, sino, también, en el respectivo cuestionario para que el veredicto consulte en toda su amplitud los factores materiales y morales que integran todo delito. Si la respuesta del Jurado —veredicto— no consulta o no resuelve esos temas, por una parte, habría ausencia de formalidades propias del juicio, y por otra, la sentencia no podría dictarse sobre bases que no definen todo el problema de la responsabilidad.

"Si esa armonía se rompe —dice la Procuraduría— porque ni el auto de proceder ni el cuestionario precisan los elementos generales o específicos de la infracción materia del debate, y el Jurado, por esa causa no puede pronunciarse acerca de la naturaleza misma de los hechos punibles, entonces el Juez de derecho carece de facultad para decidir libremente cuál es el delito que debe reprimir la sentencia, ya que, de lo contrario, resultaría dictándola de acuerdo con su criterio netamente jurídico, y no en consonancia con el veredicto, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal. Y tal exceso desquicia las bases del juzgamiento, viola el artículo 26 de la Constitución y entraña una nulidad supralegal".

La afirmación de la responsabilidad incluye necesariamente los conceptos de actividad física y moral, la primera, atinente al hecho material, y la segunda, referente al propósito de realizarlo. La suma de estos dos valores forman el principio de la responsabilidad; la ausencia de uno de estos elementos bien sea en el auto de proceder o en el cuestionario, hacen que el veredicto sea incompleto y por consiguiente nulo el proceso por prescindencia de una formalidad que le es propia como es la de haberse omitido la manifestación del propósito factor psíquico, cuestión de previa declaración por el Tribunal de conciencia; nulidad constitucional que entraña a su vez la inobservancia de las formalidades contempladas en el artículo 4º de la Ley 28 de 1943.

"En cuanto a los factores de nulidad —dice la Procuraduría— ella debe arrancar del auto de proceder de primera instancia, porque desde allí se incurrió en el grave yerro de no precisar la especie del homicidio derivada del factor subjetivo del mismo, y esa omisión fué el primordial motivo para que el cuestionario prescindiera de la acción psíquica del delito, que no puede pasarse por alto en ningún proceso penal.

"Como en este asunto también fué enjuiciado Jacobo Moreno Flórez por las lesiones que le infirió a Marco Aurelio Torrentes, y la acción penal por dicho ilícito ya está prescrita, según lo declaró el Tribunal en su sentencia, entonces la nulidad ameritada no debe cobijar a don Jacobo, por carecer de objeto la reposición del procedimiento en esa parte".

Por estos motivos la causal cuarta, de preferente aplicación en este caso prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

Resuelve:

a)—Invalidar el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de fecha veinticinco (25) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), por el cual se

condena a Julio César Moreno Muñoz a la pena principal de cuatro años de presidio; y

b)—Declarar nulo lo actuado en el presente negocio a partir del auto de proceder de fecha 22 de octubre de 1.946 inclusive, en adelante, para que se reponga el proceso y se tenga en cuenta lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.—Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.



SALA DE NEGOCIOS GENERALES

CORRESPONDE AL DEUDOR DEMOSTRAR QUE LA OBLIGACION SE EXTINGUIO, CASO DE QUE EL ACREEDOR QUIERA HACERLA EFECTIVA POR MEDIO DE UN JUICIO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio primero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis E. Cuervo A.)

Resultando:

1º — El señor Manuel Vicente Russi acabó de entregar en venta al departamento de Boyacá, el 2 de febrero de 1945, con destino a su fábrica de licores de la ciudad de Tunja, 1.774 arrobas con 20 libras de panela, por el precio total de $ 5.142.89.

2º—Recibida la mercancía a satisfacción de la fábrica, el vendedor presentó su cuenta para el pago y con destino a este fin se giró un cheque a la orden del administrador de la citada fábrica, señor Antonio Guerrero Franco, quien lo hizo efectivo en el Banco de Bogotá de Tunja, pero según afirma el vendedor Russi, no llegó a sus manos el dinero proveniente de dicho giro.

3º—Por ello demandó al Departamento para que, mediante los trámites del juicio ordinario, se reconociera que la entidad no había cumplido con el contrato por falta de pago oportuno del precio de la mercancía vendida y entregada.

4º—Se notificó la demanda al señor Gobernador quien constituyó apoderado especial para que la contestara; éste lo hizo oponiéndose, rechazando los hechos alegados por el demandante y proponiendo algunas excepciones.

5º—Finalizó la primera instancia del juicio con el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Tunja, el 23 de febrero de 1953, que encontró no probadas las excepciones y condenó al departamento al pago de la cantidad principal demandada y de sus intereses.

6º—Apeló el apoderado del departamento y, surtida en la Corte la segunda instancia, se disponía la Sala a dictar su fallo, cuando encontró que había puntos dudosos, cuya aclaración hacía necesario un auto para mejor proveer, el cual salió con fecha 31 de marzo último.

7º—Allí se anotó cómo las pruebas aportadas al proceso se limitaban a los siguientes documentos: actas relativas al nombramiento y posesión del señor Antonio Guerrero Franco, como administrador de la fábrica de licores de Tunja; certificado del señor gerente del Banco de Bogotá, sucursal de la misma ciudad, en que expresa que dicha fábrica tenía cuenta abierta en el Banco; que éste pagó el cheque Nº 4/3529 de 8 de febrero de 1945 por la cantidad de $ 5.142,89 girado por el mismo administrador a su propio favor, y un certificado de la oficina de contabilidad de la industria licorera de Tunja, en que se dice que, según duplicado de cobro, Russi vendió el 2 de febrero de 1945 la cantidad de panela que ya hubo ocasión de anotar arriba y por el precio también anotado, que es el mismo del valor del cheque; que tal artículo fue recibido por la fábrica y que la cuenta aparece cancelada en el mismo duplicado. El auto para mejor proveer también anotó la falta de documentación relativa a la compra de esa cantidad de panela, así como de la cuenta de cobro que debió haberse firmado por los respectivos empleados a favor de Russi; que no constaba nada sobre gestiones para obtener extrajudicial o administrativamente el pago correspondiente, como era natural que hubiese acontecido. "Es de observarse además —continúa aquel auto—, que, no obstante el incumplimiento del departamento, al no pagar de contado esa suma de dinero, una vez recibida la panela, Russi vendió otras fuertes cantidades a la misma fábrica de licores, que tampoco le fueron cubiertas, por lo cual hubo de establecer otro juicio ordinario con buen resultado para él. Del contexto del libelo resulta que el administrador Guerrero cobró en su pro-

pio nombre al Banco de Bogotá algunos cheques que se habían girado con la finalidad de cubrir aquellos artículos, y parece que existió desfalco en esa administración, por lo que se está siguiendo o se siguió la investigación penal correspondiente. Así lo afirma el señor apoderado de la parte demandada, en la contestación al libelo, donde expresa que debe suspenderse la tramitación de este juicio hasta que la justicia penal decida sobre la causa adelantada contra Guerrero por actuaciones dolosas en la fábrica de licores, de la cual conoce el honorable Tribunal de Tunja. En estas condiciones, y además, con la finalidad de evitar que la sentencia definitiva que aquí se dicte pueda ser contrario a lo que se defina o haya definido por la justicia de lo penal, se hace necesario el presente auto".

8º—En su cumplimiento se libraron los despachos números 1031 a la gobernación del departamento de Boyacá, y 1032 a la sala penal del Tribunal Superior de Tunja, cuyo resultado, en su orden fue así:

a) Por mandato de la gobernación certifica el almacenista de la industria licorera de Boyacá, una vez revisados los archivos de la fábrica de licores por el mes de febrero de 1945 (duplicados de cuentas de habilitación), que se halló un comprobante en el legajo de cuentas pagadas por el señor Antonio Guerrero Franco, ex-administrador de la fábrica, que dice a la letra:

"Nº 3.—**El Tesoro del Departamento (Fábrica de Licores) a Manuel Russi.—Debe** $ 5.142.89. Valor de panela suministrada a la Fábrica de Licores en el año de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), así: p. V/ de 897-11 arrobas panela suministrada en octubre /44 a razón de $ 2-70 la arroba.... $ 2.423,08—V de 877,09 arrobas panela suministrada en noviembre/44, a razón de $ 3-10 la arroba.. $ 2.719-81. **Total** $ 5.142.89. Son **cinco mil ciento cuarenta y dos pesos, ochenta y nueve centavos M/cte.**—Tunja, febrero 2 de 1945. Fdo., **Manuel V. Russi R.** C. de C. Nº 217565 de Tunja. **Es corriente,** fdo. **Antonio Guerrero F.–Administrador de la Fábrica.** Vº Bº, **Bernardo González C., Administrador General de Rentas (Fdo). Recibí, Manuel V. Russi (fdo.). Imputación presupuestal.** Cap. XVII. Art. 75. Vigencia de 1944.—**Cheque** Nº 4/3529. Recibí y dí entrada en los libros correspondientes a la panela que se refiere la presente cuenta. Fdo., **Luis A. Monroy C., Almacenista de la Fábrica.** "Tiene los siguientes sellos: Cancelada 8 Febrero 1945. **Colombia Boyacá Administración Fábrica de Licores Tunja. Departamento de Boyacá Administrador General.—De Rentas Tunja. p. Contraloría de Boyacá Registrado.** El Art.....libreta..... Cheque".

Y con la misma fecha del certificado del señor Almacenista de la Industria Licorera de Boyacá, o sea con fecha 8 de mayo de 1945, agregó:

"NOTA: Para completar la certificación anterior, el suscrito Almacenista de la Industria Licorera de Boyacá, **hace constar,** que en los archivos de la Industria Licorera no aparece ninguna otra documentación sobre la compra hecha por la Administración General de Rentas de la panela a que se hace referencia en la anterior sobre la certificación arriba mencionada. Puesto que la compra la efectuaba el Admor. Gral. de Rentas directamente con destino a la Fábrica de Licores, y era recibida por el Almacenista de la misma, dándole entrada a los libros correspondientes, tal como aparece anteriormente. Vale. (Fdo.), **Rafael Jiménez Izquierdo.** Almacenista General de la Industria".

Complementa la certificación anterior el señor secretario de hacienda del departamento, informando por su parte que en el despacho a su cargo no existía ninguna documentación relativa a la venta que, el 2 de febrero de 1945, hiciera al departamento el señor Manuel Vicente Russi, con destino a su fábrica de licores, por la cantidad de $ 5.142,89, debido a que esas negociaciones, suministro y cancelación de cuentas por tales conceptos, se hacían en ese entonces directamente por la administración de la fábrica de licores, autorizada por el administrador general de rentas.

b) Para diligenciar el despacho Nº 1032 remitió el Tribunal Superior de Tunja, sala de lo penal, copia del auto de 25 de noviembre de 1952, con que llama a juicio por la vía ordinaria en que actúa el jurado, al señor Antonio Guerrero Franco, cuyas condiciones civiles allí se especifican, por el delito de peculado, cometido en su condición de habilitado pagador o administrador de la fábrica de licores del departamento de Boyacá, cargo que desempeñó en el período comprendido entre el 16 de enero de 1945 y el 9 de febrero de 1948 en la ciudad de Tunja.

Consta en dicha documentación que el proceso a que pertenece la copia remitida, se encuentra en la sala de casación penal de la Corte, para decidir sobre el impedimento alegado por el señor fiscal de la corporación, es decir, del Tribunal de Tunja, a donde volvió nuevamente al proceso pa-

ra que se surtiera la revisión del fallo absolutorio proferido por el juzgado del conocimiento, en conformidad con el veredicto del jurado. Pero que el Tribunal no se ha pronunciado todavía acerca del mérito de aquella decisión, debido al impedimento del actual fiscal, manifestado cuando apenas se iniciaba la tramitación de segunda instancia.

No habiendo más particulares qué anotar, en el cumplimiento del auto para mejor proveer, ya es tiempo de decidir sobre lo principal y para ello

Se considera:

No discuten las partes acerca de la obligación de pagar el precio de la mercancía vendida por Russi al Departamento de Boyacá, con destino para su Fábrica de Licores, ni tampoco acerca de la cuantía.

Versa la discordia únicamente respecto a si la obligación de pagar el precio está extinguida; pues al paso que el demandante afirma que no lo ha sido, el demandado lo niega.

El fallo del Tribunal estima que, correspondiendo al último probar, de acuerdo con la regla del artículo 1757 del Código Civil, que la obligación sí estaba extinguida, no lo hizo y de ahí que la acción hubiera prosperado.

La Sala no encuentra motivo para variar aquella apreciación, y anota una completa indiferencia de parte del abogado del Departamento demandado quien guardó silencio en esta segunda instancia.

Ante todo vale aplicar, junto con la regla del artículo 1757 del Código Civil, citada por el Tribunal, la del artículo 595 del Código de Procedimiento según la cual "las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse".

El demandante demostró que hizo la venta de una cierta cantidad de panela por valor de $ 5.142.89.

Por igual monto se giró un cheque contra la cuenta del administrador de la Fábrica de Licores de Tunja, en el Banco de Bogotá, el 8 de febrero de 1945, bajo el número 4/3529. Lo regular hubiera sido que tal cheque apareciera girado a favor del señor Russi y que éste lo hubiera hecho efectivo. Si tal hubiera ocurrido, se estaría en presencia de un medio de pago irrefutable que acreditaría cómo la obligación a cargo del Departamento fue extinguida. Pero ello no ocurrió así. El señor Antonio Guerrero Franco, administrador de la Fábrica de Licores de Tunja, a quien correspondía recibir la panela y pagarla por cuenta del Departamento, prefirió girar el cheque a favor suyo y retirar el dinero directamente del Banco. Así lo encontró probado el Tribunal con la certificación expedida por el gerente de la Industria Licorera, la cual concuerda con otra expedida por el gerente del Banco de Bogotá. Y observa aquél con mucha razón que no habiendo figurado el señor Russi como beneficiario del indicado cheque, no podía exigirlo y, en realidad no lo hizo, sin que, por otra parte, pueda imputársele responsabilidad alguna por haberle pagado su valor el Banco al señor Antonio Guerrero Franco.

Lo anotado bastaría para tener por probado que el demandante hizo lo que la ley la manda en materia de negaciones: demostró un hecho positivo, inseparable de su negación e íntimamente ligado con el trámite corriente en esta clase de operaciones, y echó a su contraparte el deber o carga de probar que el dinero proveniente del giro efectuado por el señor Antonio Guerrero Franco, que éste retiró de la cuenta que tenía en el Banco para esta clase de pagos, fue a manos del señor Russi, vendedor de la panela; mas lo cierto es que nada se hizo en este sentido. Porque hubiera sido muy fácil, si el dinero tomara su curso debido, acreditar que lo consignó en alguna cuenta bancaria a favor del señor Russi, o que éste hubiera dado un comprobante. como la "carta de pago" de que habla el artículo 1628 del código civil, la cual en ocasiones allí previstas hará presumir los pagos anteriores.

Pero aquí se levanta una dificultad que debe examinarse brevemente. En ejecución del auto para mejor proveer que dictó esta Sala, se recibió la copia certificada de la cuenta que presentó el demandante Russi para exigir el pago del valor de la panela. Este comprobante se copió arriba y allí se advierte que con fecha 2 de febrero de 1945 se firmó la factura por el interesado, quien anota su cédula. Luego siguen las siguientes expresiones:

"Es corriente (Fdo.), Antonio Guerrero F.—Administrador de la Fábrica.—Vº Bº Bernardo González C. — Administrador General de Rentas (Fdo.). **Recibí** (Fdo.) **Manuel V. Russi**".

Pudiera pensarse, pues, que en esa expresión "Recibí" seguida de la firma del señor Russi, estuviera la prueba que correspondía suministrar al Departamento, entidad demandada.

Sin embargo, para la Sala no tiene ese valor:

es sabido, en primer lugar, que se acostumbra exigir a los interesados que presentan cuentas de cobro a las entidades oficiales, que estampen por anticipado la palabra recibí, aunque la cuenta no haya sido pagada todavía: añádase que la cuenta o factura lleva fecha 2 de febrero de 1945 y que el cheque, con que ha debido cancelarse, como lo certifica el comprobante citado, fue el número 4/3925 de fecha 8 de febrero del mismo año, y que el valor de la cuenta es exactamente igual al monto por que se giró el cheque $ 5.142.89. Sería, por tanto, muy forzado, contrario a la evidencia, suponer que la palabra 'recibí" y la firma del señor Russi tuiveran valor independiente del giro del cheque y de su descargo por el Banco.

Además no se oculta que el señor Antonio Guerrero Franco, girador y beneficiario del cheque que estaba visiblemente destinado a pagar la panela vendida por el señor Russi al Departamento, se ha visto envuelto en un proceso que se ventila ante las autoridades del crimen. Y si bien es cierto que aquí está vedado avanzar conceptos acerca de una posible malversación de ese dinero ($ 5.142.89), en cambio y por obra de los efectos del auto para mejor proveer, de que se hace mérito, sí es fácil deslindar el aspecto civil del presente negocio con las consecuencias contingentes del aspecto penal del asunto en que se ha visto envuelto el señor Antonio Guerrero Franco.

Las relaciones jurídicas entre la entidad demandada y la parte demandante, de que conoce la Sala en este pleito, dimanan de un contrato comercial de venta de una mercancía destinada para el consumo de la Fábrica de Licores departamentales de Tunja, en que el señor Guerrero Franco fue mero agente o instrumento para hacer el pago de aquella mercancía por cuenta del Departamento. Si el señor Guerrero se apropió el dinero, o no se lo apropió, sino que puede demostrar haber hecho uso legítimo de él, es cosa completamente extraña al presente .Lo que sí se ve muy claro es que los efectos de un fallo de la justicia del crimen, cuando decida acerca de la culpabilidad o inocencia del señor Guerrero Franco, nada tienen que ver con la carga de la prueba sobre extinción de la obligación de pagar la panela. El señor Russi es un tercero a quien la ley protege, respecto de las relaciones de orden penal y de responsabilidad ex delicto que puedan demostrarse entre el Departamento de Boyacá y el señor Antonio Guerrero Franco. Extremando el análisis y suponiendo, en gracia de discusión lo peor, el extravío del giro por el precio de la panela, o sea, el válor del cheque girado por Guerrero Franco contra la cuenta del Banco de Bogotá y con que ha debido pagarse al señor Russi, sin que a éste se le haya demostrado participación ni responsabilidad alguna, no implica, ni de lejos, que la obligación correspondiente hubiera quedado extinguida. El perjudicado sería el Departamento, el cual, como es de presumir, tendrá a su favor caución de manejo para hacerse reembolsar el desfalco, si los hubo; pero en manera alguna pudiera admitirse que las consecuencias las sufriera el señor Russi.

Por todo ello la sentencia apelada deberá sostenerse, como ajustada a la verdad y al derecho.

Sentencia

Esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia proferida en el presente juicio de Manuel V. Russi contra el Departamento de Boyacá, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 23 de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

Sin costas

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Luis E. Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

NO HAY RESPONSABILIDAD DIRECTA DE UNA PERSONA MORAL CUANDO EL HECHO CAUSA DEL PERJUICIO SE DEBIO A CULPA DE UN SIMPLE AGENTE MATERIAL DE LA DICHA PERSONA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, julio dos de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El 9 de marzo de 1948, a la una de la tarde aproximadamente, el señor Luis Daniel García Muñoz se dirigía a su trabajo, a las bodegas del Ferrocarril de Girardot, cuando hubo de detenerse mientras entraba un tren de pasajeros a la estación; en ese momento fue atropellado por la locomotora Nº 41 que transitaba en la misma dirección y en reverso por una carrilera paralela. Este accidente le causó graves lesiones que le produjeron la muerte horas después. Su esposa **Natividad Barragán** v. de **García**, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Germán, Gladis, Carmen Inés y Daniel Jaime, por conducto de apoderado promovió demanda contra el Consejo Arministrativo de los Ferrocarriles Nacionales a efecto de obtener la indemnización de los perjuicios correspondientes y que estimó en $ 40.000.00, los materiales, y los morales en el máximo autorizado por la ley.

El Tribunal Superior de Bogotá, a cuyo conocimiento correspondió el negocio, dictó el fallo que lleva fecha 29 de noviembre de 1952 y que en su parte resolutiva dispone:

"1º—Declárase que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es civilmente responsable por culpa extracontractual de la muerte del señor Luis Daniel García Muñoz, a consecuencia del accidente ocurrido ei día 9 de marzo de 1948 en Girardot, ocasionado por la locomotora Nº 41 perteneciente a la empresa y manejada por su dependiente Cupertino Castañeda.

"2º—Como resultado de la anterior declaración, condénase al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales a lo siguiente: a) A pagar a la señora Natividad Barragán v. de García y a cada uno de los menores Germán, Gladis, Carmen Inés y Daniel Jaime García Barragán, los perjuicios materiales que hubieren recibido por el fallecimiento de Luis Daniel García Muñoz, cuya cuantía se fijará por el procedimiento del art. 553 del C. J., atendiendo las bases consignadas en la parte motiva, previa deducción de $ 1.904.28 recibidos por concepto de seguro; y b) A pagar $ 2.000.00 a la cónyuge Natividad Barragán v. de García y a cada uno de los hijos Germán, Gladis, Carmen Inés y Daniel Jaime García Barragán, o sea diez mil pesos en total ($ 10.000.00), dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por perjuicios morales subjetivos".

De esta decisión apeló el apoderado del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales. Durante el término de prueba de la segunda instancia, por petición de la parte demandada, se llevó a cabo la práctica de una diligencia de reconstrucción del accidente e inspección ocular en el sitio en donde perdió la vida García Muñoz, con la intervención de peritos que tuvieron también el carácter de testigos actuarios y durante la cual se oyó asimismo a testigos presenciales del accidente. La parte demandada alegó de conclusión expresando, en síntesis, lo siguiente:

La responsabilidad por actividades peligrosas como la del ferrocarril se presume por el daño que se cause a quienes utilizan el servicio de transporte, pero no por quienes sufran ese daño por atravesar las vías o transitar por ellas, porque tales personas están en posibilidad de prevenirse contra el riesgo. Por tanto no debe examinarse en este caso la forma como el Ferrocarril haya desvirtuado la presunción en su contra, sino la forma en que el actor haya probado la culpabilidad. Que esta interpretación del art. 2356 del Código Civil es la que ha hecho la Corte, y que por consiguiente, la base jurídica de la sentencia del Tribunal fallador, que es la de la presunción de responsabilidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, es errónea. Que la manera como se produjo el accidente y el dictamen de los expertos demuestran la culpabilidad exclusiva de la propia víctima y es por tanto infundada la acción indemnizatoria que

se ventila en el juicio. Alega finalmente la excepción de prescripción, basada en que tratándose de un caso de "responsabilidad indirecta", es de rigurosa aplicación el inciso 2º del artículo 2358, en armonía con el 2347 del Código Civil, que fijan la prescripción en tres años.

El apoderado de la parte actora alegó oralmente dentro de la audiencia y resumió sus conceptos por escrito. Pide la confirmación del fallo del Tribunal por considerar que se fundamenta jurídica y legalmente en la presunción de responsabilidad que recae sobre la entidad demandada, por el ejercicio de una actividad peligrosa, que no fue desvirtuada en el debate. Se refiere a la manera como se produjo el accidente, para refutar el concepto de culpabilidad de la víctima y las conclusiones de los peritos. Y por último, refiriéndose a la prescripción alegada por la contraparte, expresa que la responsabilidad que se investiga en el juicio es la directa y por lo mismo no se configura la prescripción de tres años sino la ordinaria.

Los apoderados ilustran sus alegatos con transcripciones de doctrinas de la Corte y con la cita de varios textos legales.

Agotado el trámite de la instancia, la Sala de Negocios procede a fallar.

Acreditados se hallan estos hechos en los autos: el accidente que produjo la muerte de Luis Daniel García Muñoz; la personería sustantiva de la señora Natividad Barragán viuda de García para demandar la indemnización; la imputabilidad del daño en la persona de Cupertino Castañeda, y la dependencia de éste con respecto al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Debe detenerse la Sala a examinar la manera como se produjo el accidente.

De acuerdo con la inspección ocular, el sitio en donde ocurrió se halla entre la estación de pasajeros de Girardot (kilómetro 0) y las bodegas (kilómetro 1). La distancia de ese sitio a la estación es de ochocientos cincuenta y tres metros cuarenta centímetros (853.40 cmts) y a las bodegas de ciento cuarenta y seis metros con sesenta centímetros (146.60 cmts.). En el lugar donde fue atropellado García hay dos carrileras: la principal al lado derecho yendo de Bogotá hacia Girardot, y la otra en el lado izquierdo; sobre esta última se produjo el accidente. Según las exposiciones de los testigos presenciales, Luis Daniel García se dirigía hacia las bodegas, lugar de su trabajo, y en el sitio indicado se detuvo porque estaba pasando, por la carrilera principal, un tren de pasajeros hacia la estación; en ese momento fue atropellado por la locomotora Nº 41 que se dirigía también hacia la estación, por la línea secundaria, y en reverso.

Los testigos declaran:

Juan Barón, testigo presencial de los hechos dice: "En esa fecha o sea el nueve de marzo de 1948, yo pasaba para el sitio de mi trabajo en los ferrocarriles y el señor García se dirigía también a su trabajo, pero en sentido contrario, es decir, yo de para acá y él de para allá, cuando en ese momento entró el tren de pasajeros y el señor García se paró mientras pasaba el tren; en ese momento venía la locomotora Nº 41 en reverso y atropelló a García". (folio 11 cuaderno Nº 2).

Julio Rincón P., otro testigo presencial, expone: "presencié que en la fecha del nueve de marzo de 1948, a eso de la una de la tarde, el señor Luis Daniel García fue atropellado por una locomotora de la empresa que se movilizaba en reverso y que era la Nº 41... Esto ocurrió cuando García se dirigía hacia las bodegas para continuar su trabajo. Esto lo ví personalmente porque en la misma hora yo iba también a trabajar en la misma oficina; iba detrás de él a una distancia prudencial..." (f. 12 c. 2).

Susana Laguna Escobar, quien declaró en la diligencia de inspección ocular, expresa: "el dia nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, a la una de la tarde iba yo para el kilómetro 1... y el finado Daniel García iba adelante de mí una media cuadra, cuando en ese momento se cruzaba el tren de pasajeros que viene de Bogotá y el finado se quedó mirando el tren hacia la cola y entonces cuando giró el cuerpo hacia el lado derecho fue cuando lo pilló la máquina que venía cerquitica...".

Enrique Pardo Díaz, otro testigo presencial relata: "...yo seguí tras de García por la misma vía hacia las bodegas, lugar de nuestro trabajo y en estos momentos observé que se acercaba el tren de pasajeros procedente de Bogotá, y me encontraba o iba andando detrás de García cuando observé que también venía una máquina hacia la estación de Girardot y que se producía en ese momento el accidente; que el señor García por breves momentos luchaba sobre la moñonera del tender de la citada máquina, como queriendo sostenerse o afianzarse para no caer sobre la línea, pero en breves segundos el señor García cayó y fue arrollado por la parte de la locomotora llamada tender y en el mismo momento la máquina quedó parada".

Luis Antonio García, que viajaba dentro de la propia máquina del accidente al lado del fogonero, relata: "El día 9 de marzo de 1948, a la una de la tarde, yo venía al lado del Fogonero, en la locomotora Nº 41 de la empresa... que la manejaba el señor Cupertino Castañeda, cuando fue atropellado por dicha máquina el señor Luis Daniel García, en el kilómetro uno (1), aproximadamente a una cuadra antes de llegar a las bodegas. Yo fui el primero que ví cuando la máquina atropelló a García; inmediatamente le grité al maquinista para que parara;... la locomotora que atropelló a García... venía efectivamente en reverso, del kilómetro uno hacia la estación de Girardot".

Estas declaraciones demuestran que para llégar al lugar de su trabajo, por el camino que siguió García, había qe cruzar las dos carrileras; que por la más distante a García estaba pasando un tren de pasajeros, por lo cual se detuvo sobre la primera, donde fue atropellado.

El apoderado de los FF. CC. Nacionales en su alegato de conclusión expresa sobre la culpabilidad: "...la maniobra de despeje realizada por el maquinista Castañeda, a más de haber sido bien ordenada por el Jefe de Estación, por ser normal, indispensable y forzosa, **fue bien ejecutada pues en su realización se tomó el máximo de prudencia y cuidado.** Debiendo entrar el tren de pasajeros a la estación de la ciudad por la línea férrea principal o primera, el jefe de estación ordenó a Castañeda pasar a la línea segunda para que continuara en esta labor de cambios. El maquinista tuvo que ir hasta el switch que está situado en el kilómetro uno (1) y pasar a la línea segunda, regresar de reverso. Para verificar la maniobra de reverso **sin peligro alguno** el suichero señor Antonio García se colocó sobre el estribo del tender de la locomotora para observar el trayecto por recorrer y **avisar** al maquinista de cualquier dificultad o **peligro".** (Subraya la Sala). No tienen respaldo probatorio en los autos las afirmaciones de que el maquinista hubiera obrado con "el máximo de prudencia y cuidado" y que para ello el "suichero" Antonio García se hubiera colocado sobre "el estribo del tender para observar el trayecto y avisar al maquinista de cualquier dificultad o peligro". Como el propio Antonio García lo dice en su declaración, él iba al lado del fogonero, dentro de la máquina, y por eso se explica que no viese a Daniel García sino en el momento en que ya el accidente era inevitable y cuando gritó al maquinista que parara. Previsible era para éste que la marcha en reverso, sin cómoda visibilidad y al mismo tiempo con el tren de pasajeros en movimiento, en un sitio cercano a la estación, donde transitan y trabajan los obreros y empleados del ferrocarril, era temeraria y peligrosa. No guardó las suficientes precauciones, ni el cuidado y prudencia necesarios, pues si tal hubiese hecho habría advertido la presencia de García y evitado el accidente.

Sería el caso ya de analizar la conducta de la víctima para saber si voluntariamente se expuso al peligro por haber violado las disposiciones relativas al tránsito, y por tanto si el accidente se debió a su propia culpa. Pero como el apoderado de los Ferrocarriles propone en su alegato la excepción de prescripción, conviene examinar preferentemente este aspecto del asunto.

Funda la excepción el apoderado así: "Como en la demanda el actor hace consistir la responsabilidad del ferrocarril en culpa, descuido o imprudencia del maquinista, se trataría de una **"responsabilidad indirecta"** y por tanto, es de rigurosa aplicación el inciso 2º del artículo 2358 en armonía con el 2345, ambos del C. Civil. La acción tendiente a obtener la reparación de perjuicios de entidades indirectamente responsables, prescribe, según el artículo primeramente citado, en tres años contados desde la perpetración del acto".

El apoderado de la parte demandante afirma que la disposición invocada por el demandado no es aplicable en el presente caso, porque la responsabilidad que le incumbe al Consejo de los Ferrocarriles es la directa, y por tanto la prescripción es de largo tiempo, conforme a las disposiciones generales del Código Civil sobre la materia. Fundamenta su alegación en las expresiones del apoderado del Consejo de los Ferrocarriles en el alegato de conclusión, cuando afirma que la maniobra realizada por el maquinista "a más de haber sido ordenada por el Jefe de Estación" fue ejecutada con el máximo de prudencia y cuidado. Deduce de ahí que siendo el Jefe de Estación "gestor del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en lo que respecta a las actividades que se desarrollan dentro de la estación a su cargo, y como tal ejecuta expresamente la voluntad de esta persona moral con autonomía e iniciativa que le dan la calidad de órgano de la misma", la responsabilidad es directa.

La acción indemnizatoria de perjuicios que se ventila en este juicio tiene su origen en el acto del maquinista de la locomotora que produjo el

accidente. A través de ese acto puede conocerse la responsabilidad que incumbe al Consejo de los Ferrocarriles Nacionales. La Sala considera que las afirmaciones del apoderdo de la empresa de que "El Jefe de estación ordenó a Castañeda pasar a la línea segunda para que continuara en esa la labor de cambios" y de que la maniobra fue "ordenada por el Jefe de Estación", expresiones que toma el apoderado de la actora como base para deducir la responsabilidad directa de la entidad demandada, porque dice emanan de un gestor que expresa la voluntad de la persona moral, no configuran realmente esa responsabilidad directa. Sobre este punto de la intervención del Jefe de estación, dice el apoderado de la demandante: "La diferencia, precisamente, entre el Jefe de Estación, persona con autoridad y dirección, y el maquinista, simple agente material, ilustra muy bien las repetidas jurisprudencias de esa H. Corporación sobre el modo como las personas morales se obligan directa o indirectamente.

"Tratándose como se trata, decía esa H. Corporación en un juicio contra la Nación, de una entidad de derecho público, el acto de sus agentes o representantes, compromete a dicha entidad. A este respecto dice un autor: 'Las personas físicas al servicio de la persona jurídica forman realmente dos categorías inconfundibles. De un lado figuran aquellas que un ilustre escritor denomina los "instrumentos jurídicos" de su actividad. De otro lado "los instrumentos materiales técnicos". Los instrumentos jurídicos son los órganos representativos del ser abstracto —directores, administradores, gerentes, y también otras personas que, sin hallarse investidas de poderes generales, practican sin embargo, ciertos actos de representación, como los cajeros viajantes, los jefes de estaciones ferroviarias, que pueden válidamente vender, comprar, pagar, recibir'.—La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes como agentes del Estado obran en el ejercicio regular de sus funciones". (Sentencia junio 17 de 1938 G. J. Nº 1937).

Antes de comentar la Sala la transcripción que el señor apoderado hace de un fallo de la Corte, quiere destacar que él acepta que el maquinista, en el caso de este pleito, es un "simple agente material" de la empresa, y que, la autoridad o la dirección de aquélla se ejerce por medio del Jefe de estación.

Admitiendo en hipótesis que un jefe de estación tenga las facultades o atribuciones directivas propias de la empresa misma, que le asigna el señor abogado, hay que observar sin embargo que el hecho de haber autorizado el jefe de estación la maniobra del maquinista, por autorización que no fue otra que la de transitar en la vía donde se produjo el accidente, no libraba al maquinista de la obligación inherente a su cargo de hacer el recorrido en reverso, peligroso por su misma naturaleza, sin observar cuidadosamente la línea, sin prever los riesgos y procurar evitarlos. La persona pública o privada que utiliza vehículos para sus actividades, al dar las órdenes pertinentes sobre rutas y lugares de arribo de las máquinas —automóviles, camiones, etc.— no autoriza una conducta negligente y temeraria de los conductores, ni está expresando la voluntad de que al amparo de esas órdenes abandonen el deber personal de obrar con el cuidado y la previsión que su trabajo demandan. No está probado en los autos que el Jefe de estación de Girardot hubiera dado la orden de que se trata al maquinista Castañeda, porque la afirmación en el particular del apoderdo de los Ferrocarriles, en el alegato de conclusión —único documento en donde ese hecho podría apoyarse— no puede tenerse como confesión de la parte que representa, según los términos del art. 607 del C. J. Pero si estuviese probado que tal orden se dio, ya se observó también que esa disposición por sí sola no puede configurar, siguiendo la hipótesis en que el apoderado de la demandante se sitúa, una responsabilidad directa de la empresa de los Ferrocarriles Nacionales, porque la consigna de marcha dada al maquinista pudo haber tenido un cumplimiento normal, sin perjuicio para terceros, si el maquinista hubiese obrado con la prudencia que estaba en el deber de guardar. El accidente no se produjo por la autorización dada por el Jefe de estación, sino por la conducta del maquinista.

Debe no obstante la Sala referirse con más detenimiento a la pretensión manifestada por el apoderado de la actora, de que se reconozca y declare una responsabilidad directa del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales en el accidente que causó la muerte de Daniel García, por considerar que los jefes de estaciones ferroviarias son personas con autoridad y dirección que obligan directamente a las empresas donde trabajan. Debe notarse que la sentencia de 17 de junio de 1938, a la cual pertenece la transcripción que hace el señor abogado de la actora, no estudió en modo alguno la cuestión tocante con la naturaleza directa o indirecta de la responsabilidad de una

persona jurídica cuando actúan los agentes suyos de la clase de los que el fallo menciona. El solo objeto contemplado por la sentencia que transcribió el demandante es, como al final de esa transcripción se lee, el de fijar la responsabilidad en general. "La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes como agentes del Estado obran en el ejercicio regular de sus funciones". Confirma esta interpretación del fallo transcrito el siguiente pasaje del mismo que corre a continuación del que copió el señor apoderado: "Por lo demás, aunque no se tratara de un agente o representante del Estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros en una sanción por falta en la elección o vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer recaer la responsabilidad en **quien no hizo directamente el daño".** (Subraya la Sala).

Lo antes expuesto indica que no es necesario examinar en esta sentencia si el Jefe de estación de Girardot ejercía o no funciones de las que competen a la dirección de la empresa de los Ferrocarriles Nacionales, ya que el maquinista "simple agente material de la empresa" y por efecto de su propia culpa, hace incurrir en responsabilidad a la parte demandada en este juicio. No quiere decir la Corte, como ya se expresó, que en casos como estos la persona jurídica no se haga responsable a través de sus agentes. El principio general de responsabilidad que rige esta materia tiene aplicación, pues al hecho u omisión de este agente configura la responsabilidad de la persona de quien el agente depende. Y esto es muy natural por cuanto puede existir de parte de la persona moral o jurídica la falta de vigilancia o mala elección del agente.

La responsabilidad de una persona moral por hechos de sus dependientes, como en el caso contemplado en los autos de este juicio, es siempre indirecta. Aquellos responden inmediata y directamente de sus propios actos pero obligan con ellos, como a tercero responsable (art. 2358 C. C.), a la empresa donde trabajan.

De los hechos analizados no se deduce pues la responsabilidad directa que el actor dice recaer sobre el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y por tanto la prescripción alegada se rige por la disposición del inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil, que dice: "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

El accidente que originó este juicio ocurrió el 9 de marzo de 1948 y la demanda fue promovida el 11 de julio de 1951 y posteriormente se notificó al demandado. Es decir, que entre la perpetración del acto y la iniciación del juicio transcurrieron más de tres años, o sea que el derecho a la acción se hallaba prescrito. Tiene pues fundamento la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, y por tanto debe hacerse la declaración correspondiente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar declara prescrita la acción promovida por la señora Natividad Barragán v. de García contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y ABSUELVE a esta entidad de los cargos formulados en la demanda.

Las costas de la primera instancia a cargo de la demandante. Sin costas en el recurso (art. 2º Decreto Nº 243 de 1951).

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Cuervo.— Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

La Comunidad de Sabanilla, representada por su Administrador señor Miguel Eduardo Munarriz, y por medio de apoderado, presentó ante esta Sala de la Corte con fecha 23 de enero de 1951 demanda ordinaria contra la Nación, en la cual pide se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que los petróleos y sus derivados que se encuentren en el globo de tierras conocido con el nombre de 'Sabanilla', ubicados actualmente en jurisdicción del Municipio de Puerto Colombia, Departamento del Atlántico, salieron legítimamente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873 y, por tanto, son de propiedad privada; globo de tierras que se comprende por los siguientes linderos generales: "De Mequejo a Sipagua; Arroyo de la Playa hasta Punta de Sabanilla; Arroyo Grande, Sitio de Cuna y Arroyo Viejo; linderos que en forma más amplia se determinan así: "A partir del mojón colocado en la orilla del Mar, en la desembocadura de Arroyo Grande, en línea recta hasta el Sureste, hasta el punto denominado "Tamarindo", por donde pasa el Arroyo Granada, donde se halla otro mojón, en el terreno denominado "Mamonal" de los herederos de Miguel Segrera, y linda por este lado con las tierras de "Me Quejo", del Tamarindo, siguiendo el curso del Arroyo Granada, y siguiendo el mismo curso hasta donde éste se une con "Arroyo Grande",, siguiendo el curso de éste hasta la Ciénaga de "La Playa", y linda por este lado con terrenos de Miguel Segrera (herederos), de William Laad & Cía. S. A. con el lote denominado "Los Cerritos" y con terrenos de Marcelino Escolar y Santander Márquez y con el terreno llamado "Palmarrojo" y con los terrenos de "Buenavista y "El Puente" de propiedad de Enrique Ujueta & Cía. hasta llegar a la Ciénaga de "La Playa", siguiendo el curso del Caño de "Las Barritas Viejas" hasta la Ciénaga de "El Barrial", y de ahí siguiendo el curso del Caño de "Feliciano", hasta el Mar, y linda por este lado con terrenos de 'El Puente' de Enrique Ujueta & Cía., de Aurelio Hamburger, con el terreno de 'Los Manantiales' y con las Salinas artificiales de Antonio Luis Armenta; de este punto, en dirección Sudoeste, por toda la orilla del Mar, hasta encontrar el mojón situado en la desembocadura de "Arroyo Grande", en el punto de partida." O los linderos que con mayor precisión consten en títulos antiguos y se prueben en el juicio.

"**Segunda.**—Que los petróleos y derivados subyacentes en los terrenos delimitados en la petición anterior han sido de propiedad privada y hoy son de la Comunidad de Sabanilla por haberlos adquirido ésta de las personas que les antecedieron en el dominio privado y con arreglo a títulos otorgados durante el régimen colonial del país y de la República de acuerdo con las leyes de una y otra época.

"**Tercera.**—En subsidio de lo que dejo solicitado en la súplica anterior pido que se declare: Que los hidrocarburos que se encuentren en los terrenos conocidos con el nombre de Sabanilla, ubicados y alinderados como se indica en la petición primera de esta demanda, son actualmente de la Comunidad de Sabanilla, pues los ha adquirido "por justa prescripción" antes del 28 de octubre de 1873, esto es, por posesión inmemorial acompañada de la explotación económica del suelo, sumando a la posesión material de la expresada Comunidad, la de todas las personas que le antecedieron en ella y en el dominio."

Como hechos fundamentales de la acción se indican en la demanda los siguientes que se resumen:

1º—Los terrenos conocidos con el nombre de Sabanilla, fueron adjudicados a don Manuel Sanabria el 31 de enero de 1629, por el Cabildo de Cartagena, en extensión de cuatro caballerías.

2º—Los herederos del primitivo adjudicatario, Manuel y Gabriel Sanabria, vendieron ese globo de tierra a José de los Ríos, acto que se llevó a efecto ante el Escribano Real de Cartagena el 9 de agosto de 1658.

3º—Sucedió a José de los Ríos en el dominio de las expresadas tierras, Juana Moreno, nieta y heredera de aquél, en cuyo carácter se le adjudicaron con fecha 4 de agosto de 1659.

4º—De ahí en adelante (hechos III a VIII) se vinieron cumpliendo respecto de las tierras de Sabanilla numerosas trasmisiones de dominio entre particulares, hasta radicarse en cabezas de los actuales comuneros, trasmisiones que constan en títulos que el actor anuncia que presentará en su debida oportunidad.

5º—Todas las personas que en el curso de muchos años fueron dueñas de las tierras de Sabanilla, inclusive sus actuales propietarios, las han explotado económicamente, hecho que se desprende de los mismos títulos antiguos.

6º—Los petróleos y derivados de que se trata, se hallan interferidos por la propuesta de contrato Nº 490 de 26 de marzo de 1947, formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Staley John Weatherup, sobre exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional en una zona de 9.785 hectáreas con 7.735 metros cuadrados de extensión, situada en los municipios de Puerto Colombia y Barranquilla, propuesta que fue aceptada por el Ministerio mencionado.

7º—Que la Comunidad de Sabanilla no hizo oposición administrativa a la mencionada propuesta, por lo cual ha decidido iniciar esta acción ordinaria dentro de la oportunidad legal.

Fundamento de derecho: se invocan en la demanda los Arts. 40 y 26 de la Ley 37 de 1931, 50 y 10 de la Ley 160 de 1936 y sus concordantes; Decretos ejecutivos reglamentarios de dichas leyes; Art. 669 y siguientes del C. Civil; Libro 2º, Título XVIII, capítulo 2º del C. Judicial y sus concordantes, y Decreto Ejecutivo Nº 10 de 1950.

Con la demanda presentó el actor copia registrada de la escritura Nº 3772 de 18 de diciembre de 1948, de la Notaría 1ª, de Barranquilla, que trata de la constitución de la Comunidad de Sabanilla, y el certificado del Ministerio de Minas y Petróleos sobre la fecha de la admisión de la propuesta Nº 490. Ofreció, además, el actor, traer al juicio los títulos que acreditan la personería para demandar (Cuad. 1 fol. 21).

La demanda, admitida que fué, pasó en traslado al representante de la Nación demandada, quien la contestó oportunamente oponiéndose a las declaraciones impetradas.

Abierto el juicio a prueba, solicitó la parte actora la expedición de copias de varios títulos citados en los hechos del libelo y la práctica de una inspección ocular tendiente a la identificación del inmueble de la litis, y verificar la superposición con respecto al globo de la propuesta.

A pesar de que el actor dispuso de un término si se quiere excesivo para la práctica de las pruebas pedidas y decretadas, es lo cierto que ni uno solo de los títulos citados en la demanda fue allegado al expediente, hecho que, desde luego, determinó la imposibilidad de practicar la diligencia de inspección ocular, acerca de la cual insistió hasta última hora el personero de la Comunidad demandante, como se vé de las motivaciones del auto de fecha 25 de abril del año pasado, que dice, en conclusión, lo siguiente:

"Como se vé de las anteriores anotaciones, este juicio se abrió a pruebas hace más de dos años, por el término de noventa días para practicarlas; desde agosto de 1951 recibió el señor apoderado los despachos para pedir los títulos, con el fin de proveer a la diligencia de inspección ocular; todavía y hace más de un año, a solicitud del Procurador, se pidieron nuevamente las copias de los títulos con el fin de poder practicar la inspección de que se trata; más aún desde noviembre del año pasado, mes en que recibió el apoderado el despacho comisorio para la práctica de la aludida diligencia de inspección ocular, hasta hoy, van corridos cinco meses, sin que hubiera hecho practicarla."

En las anotadas circunstancias, es obvio que la demanda de que se trata no puede prosperar, y que, en consecuencia, lo procedente es absolver de todo cargo a la Nación demandada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, falla:

Niéganse a la Comunidad de Sabanilla las peticiones que ha formulado en la anterior demanda, y, en consecuencia, se absuelve a la Nación de los cargos que en aquélla se le han formulado.

Costas a cargo de la parte demandante.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial, y archívese el expediente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

LA INCLUSION DE UN NOMBRE EN LA LISTA O PADRON DE LOS COMUNEROS QUE EL ADMINISTRADOR DE UNA COMUNIDAD DEBE FORMAR CONFORME A LO DISPUESTO POR LA LEY 95 DE 1890, NO TIENE EL ALCANCE DE CONSTITUIR EL TITULO EN LA COMUNIDAD

1—Dentro de los deberes propios del administrador, coloca la Ley 95 de 1890 el de llevar éste una lista o padrón exacto de todos los comuneros. Los efectos jurídicos que tenga la formación de esta lista y la inclusión en ella de determinados nombres, con exclusión de otros, no se determinan por la ley mencionada. La formación de tal lista, en todo caso, no tiene el alcance de constituír el título en la comunidad, el derecho que en ella tenga cada comunero. Ese derecho arranca de otra fuente, del acto o medio de adquisición de los mismos, por los títulos y modos que el derecho consagra.

2—Para que en juicio pueda tenerse como administrador de una comunidad a una determinada persona, es necesario que se compruebe que los que concurrieron a la reunión en la cual se hizo la elección de administrador en dicha persona, tenían el carácter de comuneros o copropietarios, porque la ley 95 de 1890 exige que sean lo comuneros, en junta general y por mayoría de votos, quienes nombren el administrador de la comunidad, y una reunión de personas que sin tener el carácter de comuneros declaran formada una junta general, no es la contemplada en el artículo 17 de la mencionada ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio trece de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Con poder conferido por el señor Augusto Redondo en su carácter de Administrador de la Comunidad Isabel López, al doctor Francisco Parodi Dávila, propuso éste demanda contra la Nación en la cual solicita se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que los terrenos llamados de Isabel López, de propiedad de mi poderdante, determinados por su ubicación y linderos al comienzo de esta demanda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de título emanado del Estado, o sea en virtud de la adjudicación hecha con fecha 27 de enero de 1724 a favor de Luis Polo del Aguila de ocho caballerías de tierras que desde aquella época hasta hoy han venido llamándose de Isabel López.

"Segunda.—Que, en subsidio, las tierras de Isabel López de propiedad de mi poderdante, determinadas por su ubicación y linderos al comienzo de esta demanda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 por justa prescripción, en virtud de la posesión de esos terrenos acompañada de su explotación económica.

"Tercera.—Que el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias minerales que se encuentren en el subsuelo de los terrenos de propiedad de mi poderdante, determinados anteriormente, por su ubicación y linderos, entendiéndose por petróleo lo que define como tal el art. 1º de la ley 37 de 1931, son de propiedad privada de mi poderdante.

"Cuarta.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación no puede contratar, como si fuere de propiedad nacional, el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que se encuentren en el subsuelo de los mencionados terrenos de mi poderdante, con ninguna persona natural o jurídica."

El inmueble a que se refiere la demanda lo determina el actor diciendo que la Comunidad es dueña de un globo de terrenos llamados de Isabel López, ubicado en jurisdicción del municipio de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Agua Viva Alandete. Sabana Platanar. Habitación de Josefa de la Hoz. Arroyo Escalero. Palda del Cerro de Sabana Gato. Poste de Perico Ligero. Pajonar. Los Jenequenes. Sa-

bana Guanabanar. Derramadero de Loriza. Falda de Sierra de Guacamayo. Ojar de Isabel López. Caño de Lucía. Playa de Caño de Iguana. Arroyo Sabana Platanar y de aquí al primer lindero".

Como hechos fundamentales de la demanda se indican éstos en el libelo:

Primero.—Mi poderdante es una Comunidad constituída de acuerdo con lo prescrito por la ley 95 de 1890.

Segundo.—Mi poderdante es actualmente propietaria y poseedora inscrita de los terrenos llamados de Isabel López, en virtud de títulos que comprenden un lapso mayor que el de la prescripción extraordinaria.

Tercero.—Los terrenos de Isabel López fueron adjudicados a don Luis Polo del Aguila el 27 de enero de 1724.

Cuarto.—Los terrenos de Isabel López han venido siendo objeto de explotación económica desde tiempo inmemorial.

Quinto.—Los terrenos de Isabel López están claramente determinados por su cabida y linderos mediante diligencia de inspección ocular practicada judicialmente.

Sexto.—Los terrenos de Isabel López han venido trasmitiéndose desde el primitivo adjudicatario don Luis Polo del Aguila hasta mi poderdante, en virtud de una tradición comprobada mediante una cadena de títulos, y no han vuelto al dominio del Estado por ninguno de los medios previstos en la ley.

En derecho se basa la demanda en los artículos 4º de la ley 37 de 1931, 5º, 7º y 10 de la ley 160 de 1936, 10 del Decreto Extraordinario Nº 10 de 1950, y demás disposiciones concordantes de las leyes sobre petróleos y de sus decretos reglamentarios; en los artículos 16 a 27, inclusive, de la ley 95 de 1890; en las leyes de 11 de octubre de 1821, 30 de marzo de 1843 y 70 de 1866 y en el Código Fiscal de 1873 en cuanto configuran el fenómeno jurídico de la justa prescripción; en la Real Cédula de San Ildefonso de 2 de agosto de 1780 y demás preceptos concordantes de la legislación de Indias.

Bajo el epígrafe "I-Documentos que comprueban la existencia legal de la Comunidad de Isabel López", contiene el libelo de demanda una relación de documentos que con ella se acompañaron, dividida en numerales que van del número 1 al 122.

Al notificarse de la demanda el señor Procurador Delegado en lo Civil admite que ella se presentó dentro del término de dos años fijado en el inciso 2º del artículo 5º de la ley 160 de 1936 y por el Decreto Extraordinario Nº 10 de 1950, término de dos años que se cuenta desde la ejecutoria de la sentencia dictada por esta misma Sala de la Corte el 18 de agosto de 1949, que declaró infundada la oposición que la Comunidad de Isabel López hizo a la propuesta Nº 105 presentada por la Tropical Oil Company. Sobre los hechos en que se basa la demanda manifiesta el Procurador que se acoge a lo que resulte probado en el juicio, y en cuanto a las declaraciones pedidas, que se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda y de las que se produzcan posteriormente, y niega el derecho invocado.

El juicio se abrió a prueba y durante el término correspondiente se practicaron, con intervención de las partes, las que aparecen consignadas en el proceso. También vinieron al juicio sendos alegatos de conclusión, a los cuales se refiere la Sala más adelante. Agotado el trámite legal del juicio y no advirtiéndose causal de nulidad de lo actuado, se procede a fallar.

Personería de la Comunidad demandante

Desde cuando se surtió ante la Corte Suprema de Justicia el juicio breve y sumario a que dió origen la oposición de la llamada Comunidad de Isabel López contra la propuesta de contrato Nº 105 hecha por la Tropical Oil Company a la Nación, sobre una área de terreno que comprende al parecer los de dicha Comunidad, se planteó una cuestión tocante con la personería de la actora y que fue desatada desfavorablemente a ésta en el fallo que puso término al referido juicio breve y sumario, el 18 de agosto de 1949. El nuevo juicio, ordinario, que es el que ahora se halla a la decisión de la Corte, también tuvo en mira, como objetivo principal, la representación en juicio de la Comunidad, vinculada a la existencia legal de ésta y a la comprobación jurídica de su constitución y nombramiento de administrador de la misma.

Otras cuestiones fueron también ilustradas por medio de pruebas y dilucidadas a través de conceptos de expertos y de los alegatos de las partes, como los muy pertinentes y fundamentales del valor de los títulos aducidos para comprobar que las tierras de Isabel López salieron legalmente del poder del Estado antes del 28 de octubre de 1873, y la determinación precisa de tales tierras. Sobre lo primero están el concepto favorable expresado por la Corte en la senten-

cia de 18 de agosto de 1949 y la opinión del Procurador en igual sentido, manifestada en su alegato de conclusión en el presente juicio. También el señor Procurador Delegado en lo Civil, después de estudiar las inspecciones oculares practicadas sobre el terreno, tanto en el juicio breve y sumario como en el actual y otras comprobaciones con el punto relacionadas, manifiesta su aceptación a la prueba indispensable en juicios como éste que demuestre que las tierras sobre las cuales se reclama una declaración de dominio privado con efectos en el subsuelo petrolífero están comprendidas en un contrato o propuesta de exploración y explotación de petróleos del Estado.

Como lo referente a la representación en juicio y por ende a la personería de la comunidad demandante es un presupuesto de obligada y preferente consideración, habrá de examinarlo la Sala en primer lugar.

Al dictar su providencia la Corte el 18 de agosto de 1949 y concretarse al punto de si los entonces opositores tenían interés en el juicio, examinó los documentos que para comprobarlo se habían allegado, y expresó:

"Por estos documentos sólo se sabe que numerosas personas, diciéndose copropietarias de las tierras de Isabel López, se reunieron en Junta de Comuneros en 1939 y designaron como Administrador de la Comunidad al Dr. José P. Esmeral, pero no hay prueba alguna de que esas personas tuiveran evidentemente el carácter que invocaron al reunirse. Al contrario: de acuerdo con tales documentos la Comunidad de las tierras de Isabel López continúa integrada por las personas a que se refiere el fallo judicial de 3 de noviembre de 1875, ninguna de las cuales concurrió a la junta de 1939. Siendo esto así, cómo puede considerarse que el doctor José P. Esmeral es efectivamente representante de la mencionada Comunidad? Dónde el interés actual para la oposición? El doctor Saúl Parra agrega a este respecto: "Ahora bien: si tenemos en cuenta que de autos consta la existencia del padrón de la Comunidad desde 1875 y además que en la formación del padrón de la Comunidad el administrador debe anotar como comunero no sólo a quien se lo solicita y comprueba su calidad de tal, sino también de oficio cuando "es notorio e indudable el derecho de un individuo" (inciso 3º del artículo 21 de la citada ley 95 de 1890), se llega a la conclusión forzosa de que el valor probatorio del padrón depende de la fe que le da la ley al dicho y a las resoluciones del administrador, puesto que su criterio prima en la apreciación de los títulos que se le presenten con las solicitudes de conclusión en el padrón, y en las inclusiones que haga de oficio en él." Ante todo, conviene advertir que en 1875 no hubo junta de comuneros de las tierras de Isabel López ni se designó administrador de la Comunidad. No puede hablarse por eso de padrón en esa época. Entonces lo que hubo fue una decisión judicial que declaró quiénes eran los dueños de dichas tierras, mientras no se demostrara en juicio ordinario que había otros dueños de mejor derecho. De otra parte, si el inciso 3º del artículo 21 de la ley 95 de 1890 permite la inclusión de un comunero en el padrón cuando es notorio e indudable su derecho, eso no implica que pueda prescindirse de demostrar en juicio que el administrador ha sido designado en los términos del artículo 17 de la mencionada ley, o sea por verdaderos comuneros y en la forma como allí se prevé. Sin esta prueba, en el caso de autos ni siquiera se conoce el interés jurídico que sirva para legitimar la oposición. Por esto mantiene ahora la Sala la tesis que sostuvo en sentencia de 13 de febrero de 1946: Si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios en la comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido. Comprobación de la copropiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si opera a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo. Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe en común así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad. De otra parte, sólo en el caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal comunidad organizada desde luego mediante el nombramiento de un administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890 antes citada..... Este punto fundamental de la designación del administrador de la comunidad está gobernado de manera especial por el mandato del artículo 17 de la citada ley 95 de 1890, según el cual hay Junta General de Comuneros cuando concurran un número de comuneros que re-

presente más de la mitad de todos los derechos en el bien común y es esa necesaria Junta General la que puede nombrar el administrador, por mayoría absoluta de votos." (G. J. Tomo LX Nos. 2029, 2030, 2031 página 281).

Teniendo en cuenta posiblemente la demandante el estudio hecho por la Corte al resolver la oposición de la Comunidad de Isabel López el 18 de agosto de 1949, ya en el libelo de demanda del presente juicio ordinario, al hacer la relación de numerosos documentos a ella acompañados, en el capítulo que denominó "Documentos que comprueban la existencia legal de la Comunidad de Isabel López", hizo varias consideraciones tocantes con la materia de la personería en juicio de la actora, y más tarde pidió que se agregaran al expediente otros documentos con el ánimo de hacer la comprobación de la personería legítima de la Comunidad de Isabel López para demandar. Cerrado el proceso y al descorrer el traslado para las alegaciones finales, nuevamente se ocupó el abogado de aquélla en presentar a la Corte las razones por las cuales considera que es válida jurídicamente la representación de la Comunidad en el pleito. Conviene destacar aquí, insertándola, la parte pertinente de ese alegato. Después de reproducir el señor abogado la parte del fallo de 1949 en que la Corte afirma que por los documentos que entonces tuvo a la vista sólo se sabe que numerosas personas, diciéndose copropietarias de las tierras de Isabel López se reunieron en junta de comuneros en 1939 y designaron como administrador de la Comunidad al doctor José P. Esmeral, pero que no encontró prueba alguna de que esas personas tuviesen el carácter que invocaron al reunirse, y que debe comprobarse en juicio que el administrador se designó en los términos del art. 17 de la ley 95 de 1890, o sea por verdaderos comuneros y como allí se prevé, dicho señor abogado expresa:

"A subsanar esta deficiencia, por lo demás, la única señalada por la H. Corte en aquella oportunidad, tienden los documentos nuevos presentados con la demanda ordinaria. Estos documentos demuestran, sin dejar motivo de duda, los siguientes hechos: que las personas que en 1939 se reunieron en Junta General de Comuneros y designaron Administrador de la Comunidad al doctor José Patrocinio Esmeral y las que en los días 19 de abril y 8 de octubre de 1950 se reunieron nuevamente y designaron administrador de la Comunidad al señor Augusto Redondo P., eran verdaderos comuneros; que eran copropietarios o condueños de las tierras de Isabel López, y finalmente que eran sucesores en el dominio de esas tierras, a título universal o a título singular, como herederos o compradores o donatarios, de las personas a que se refiere el fallo judicial de 3 de noviembre de 1875 (documento número 1), o sea de los señores Isabel Barros; Manuel Esteban, José del Carmen y Felipe Fernández; Federico, Eustaquio y Juana de Mata Barros; José, Domingo, Santos, Manuel, Tomasa, Jacinta y Manuela Arteta; José Eugenio Esmeral, Daniel Escorcia y Nicolás Esmeral; Manuel José, Micaela, Juana, Félix, Ana y Sunamite Barros. El más importante de los nuevos documentos aludidos es el distinguido con el número 2 de los que acompañaron a la demanda, o sea, la escritura pública número 61 de 4 de abril de 1946, de la Notaría de Sabanalarga, por la cual se protocolizó el Padrón de Comuneros y una lista alfabética de los mismos en 22 de octubre de 1939. Para la formación del Padrón se tomó como punto de partida el fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga y se consideraron divididas las 8 caballerías de tierras que forman el globo de Isabel López en 4.800 unidades o acciones de un almud cada una. Ciñéndose escrupulosamente a las transferencias de dichas acciones o unidades, ora a título de herencia, ora en virtud de ventas o de donaciones, se elaboró el Padrón de los Comuneros de 1939 con indicación precisa del nombre de cada comunero en aquel año y del número y procedencia de las acciones que entonces le correspondían. Además se acompañaron como documentos nuevos a la demanda copias auténticas y registradas de las escrituras públicas que se relacionan bajo los números 5 a 122, inclusive, con las cuales se comprueban las trasferencias de unidades o acciones de las tierras de Isabel López desde el 1º de enero de 1874, fecha en la cual Isabel Barros vendió a Manuel Esteban Fernández sus derechos hereditarios sobre las ocho caballerías de tierras nombradas Isabel López, hasta el 2 de septiembre de 1941, fecha en que George Fehlmann vendió a Jaime Eduardo Alvear U. 110 unidades en el globo de Isabel López. Queda, pues, comprobado mediante los documentos presentados con la demanda lo siguiente: Que desde el año de 1875 (numeral 1) el dominio de las tierras de Isabel López pertenecía a una comunidad, entendida esta palabra en el sentido que le asignan el Código Civil y la ley 95 de 1890, comunidad cuyos miembros eran dueños de determinadas cuotas partes o de derechos proindiviso en la totalidad de las mismas, pero no cada condueño de un cuerpo cierto, es

decir, de una porción determinada desmembrada del terreno, situación jurídica que se ha conservado sin alteración desde aquella época hasta ahora; que esos derechos proindiviso, cuotas partes, acciones o unidades en las tierras de Isabel López han venido trasmitiéndose desde los comuneros o condueños de 1875 hasta los actuales, mediante una cadena comprobada de títulos (numerales 5 a 122); que la Comunidad de Isabel López se constituyó formalmente en la sesión efectuada el 16 de mayo de 1925 y nombró administrador al señor Romelio Ramos (numeral 3); que el 22 de octubre de 1939 ya estaba formado el padrón de la comunidad con base en el fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga (numeral 2); que el 22 de octubre de 1939 se reunió la Asamblea de la Comunidad de Isabel López y designó administrador al doctor José Patrocinio Esmeral por una mayoría de votos que representaban 4.008 acciones de las 4.800 en que se considera dividida la Comunidad (numeral 4), y finalmente con fecha 25 de marzo y 8 de octubre de 1950 se efectuaron Juntas Generales de la Comunidad en las cuales fue elegido Administrador por una mayoría de 2.952 acciones o unidades el señor Augusto Redondo, quien tomó la debida posesión del cargo (ordinales a, b, c y d). Por las razones que acabo de exponer, comprobadas con documentos que acompañan a la demanda, considero dejar establecido el interés jurídico, la personería sustantiva de la comunidad demandante."

Antes de considerar los reparos que el señor Procurador Delegado en lo Civil presenta a las argumentaciones consignadas en el alegato del señor apoderado de la parte actora, y para una mejor inteligencia de ellas y de los argumentos de su contraparte en el juicio, es oportuno explicar aquí, siquiera sea brevemente, cómo se constituyó la llamada Comunidad de Isabel López, pues el objeto sobre que ella recae, que son las tierras conocidas con el mismo nombre ya se dijo que fue determinado y localizado por medio de inspecciones oculares y de peritazgos que se produjeron durante el juicio breve y sumario y en el término probatorio del presente.

La Comunidad de Isabel López tiene su origen en la adjudicación a Luis Polo del Aguila de unas tierras el 27 de enero de 1724 y principalmente del reconocimiento de propiedad hecho por el Juzgado de la Provincia de Sabanalarga el 3 de noviembre de 1875, documento que por su importancia se inserta a continuación:

"A este despacho ha ocurrido el señor José del Carmen Fernández, en su propio nombre y en el de varios parientes suyos, pidiendo se declare que los documentos que acompañan son y deben estimarse como título o comprobante de la propiedad que todos ellos tienen y ejercen sobre ocho caballerías de tierras nombradas "Tierras de Isabel López", situadas en jurisdicción de esta provincia. Examinados dichos documentos, de ellos resulta: que Luis Polo del Aguila adquirió aquellas tierras por adjudicación que de ellas le hizo el Gobierno Español; que de aquel pasaron a Agustín y Tomás José Polo, a título de herencia, que del dominio de éstos fueron al de Jacinto Polo y su esposa Ana María Barros, aquel en su condición de heredero y ésta por donación que Agustín Polo le hizo de una parte de las referidas tierras, que luego esa señora quedó siendo dueño único de la finca por haberla instituído heredera su ya mentado esposo Jacinto Polo; que aquella señora le vendió a Santiago de Sanjuán, quien la traspasó a su heredero Ignacio Sanjuán, de cuyas manos pasó a su descendiente Mercedes Sanjuán y de ésta a sus hijos Eustaquio, Martín, Angela, Juana, Isabel y Gregoria Barros, y, finalmente, que en la actualidad las prenombradas tierras se encuentran en poder de los individuos siguientes: Isabel Barros, por sí; Manuel Esteban, José del Carmen y Felipa Fernández, en repersentación de su ascendiente Gregoria Barros; Federico, Eustaquio y Juana de Mata Barros, en representación de su ascendiente Eustaquio Barros; José, Domingo, Santos, Manuel, Tomasa, Jacinta y Manuela Arteta, en representación de su ascendiente Angela Barros; José Eugenio Esmeral, Daniel Escorcia y Nicolás Esmeral, en repersentación de sus ascendiente Juana Barros; y Manuel José, Micaela, Juana, Félix, Ana y Sunamite Barros, en representación de su ascendiente Martín Barros. Por tanto este Juzgado, en ejercicio de la atribución que le confiere el inciso 5º artículo 86 de la ley 22 de mil ochocientos setenta y tres sobre organización judicial, administrando justicia en nombre del Estado y por autoridad de los artículos 318, 358, 1287, 369, 372 y 477 del Código Civil, declara que las ocho caballerías de tierras, nombradas Tierras de Isabel López, pertenecen en posesión y propiedad a los individuos siguientes: Manuel Esteban, José del Carmen y Felipa Fernández en una sexta parte, o sea una caballería, dieciseis fanegadas, ocho almudez, treinta y dos varas cuadradas y seis pies en porciones iguales; Isabel Barros, en una sexta parte íntegra; Federico, Eustaquio y Juana de Mata Barros en

una sexta parte en porciones iguales; José, Domingo, Santos, Manuel, Tomasa, Jacinta y Manuela Arteta en otra sexta parte también en porciones iguales; José Eugenio Esmeral, Daniel Escorcia y Nicolás Esmeral, en otra sexta parte también en porciones iguales. En consecuencia, éstos disfrutarán de las prerrogativas de dueños hasta que en juicio ordinario se decida que existe un tercero de mejor derecho que aquéllos, para todo lo cual se interpone la autoridad del destino. Notifíquese, expídase por la secretaría la copia legalizada que se solicita y luego archívese la actuación. (Fdo.) Milesio Mendoza. - El Secretario (Fdo) Luis Salive."

La decisión judicial transcrita dio nacimiento a la Comunidad de Isabel López, por la declaración que nace de derechos proindiviso y en común a favor de las personas que en ella se mencionan.

Numerosos documentos presentados con la demanda y otros traídos posteriormente al juicio están encaminados por el actor a demostrar la vinculación de la hoy llamada Comunidad de Isabel López con los adquirentes de derechos reconocidos en la sentencia dictada por el Juez de Sabanalarga el día 3 de noviembre de 1875.

Explicado el origen de la Comunidad, es ya oportuno volver al examen de lo referente a la personería sustantiva de la misma, planteado y discutido desde el juicio breve y sumario.

Como esta Sala de la Corte expresó su pensamiento respecto a la materia de que aquí se trata, en el fallo de 18 de agosto de 1949, reproducido en lo pertinente, conviene verificar si las conclusiones de esa decisión deben ser modificadas por la presente, en atención a los medios de prueba nuevos traídos a este juicio y a los razonamientos del apoderado de la demandante.

La sentencia dictada por la Corte el 18 de agosto de 1949, que concluyó declarando no probada la personería sustantiva de la Comunidad de Isabel López, tuvo a la vista las siguientes pruebas, que también las tiene ahora la Sala para su consideración:

1º—Una decisión o fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga de 3 de noviembre de 1875, en que se hizo la declaración de posesión y propiedad de derechos en las tierras de Isabel López por Manuel Esteban, José del Carmen y Felipa Fernández, Isabel Barros; Federico, Eustaquio y Juana de Mata Barros; José Domingo, Santos, Manuel, Tomasa, Jacinta y Manuela Arteta; José Eugenio Esmeral, Daniel Escorcia y Nicolás Esmeral; y, Manuel José, Juan, Félix, Micaela, Ana y Sunamite Barros.

2º—Copias de las escrituras números 86 de 18 de mayo de 1925 y 153 de 25 de octubre de 1939, de la Notaría de Sabanalarga, en la última de las cuales consta que Julio Arteta Coronell, Graciela y Rosa Arteta Coronell, Agustina Alba, Juan Victoriano Barros Fernández, y otras personas, diciéndose copropietarios de las tierras de Isabel López, se reunieron en Junta de Comuneros y designaron como administrador de la Comunidad al doctor José Patrocinio Esmeral.

3º—Copia del acta de posesión del doctor José P. Esmeral como Administrador de la Comunidad de las tierras de Isabel López, de fecha 27 de octubre de 1939.

4º—Un certificado de la Oficina de Registro de Sabanalarga, de 26 de septiembre de 1944, en el cual aparece que se registraron debidamente los siguientes actos y escrituras: el fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga de 3 de noviembre de 1875, la escritura número 153 de 25 de octubre de 1939, la escritura número 86 de 18 de mayo de 1925 y la escritura número 15 de 26 de febrero de 1923. En ese certificado se hace constar que en el archivo de la Oficina de Registro aparecen diversos registros relacionados con traspasos de acciones, derechos y unidades en la Comunidad de las tierras de Isabel López, de distintas fechas, pero se dice que el Registrador no puede certificar sobre la equivalencia de tales acciones; y que examinados los libros de registro de esa oficina en un período de más de treinta años, o sea desde el 1º de enero de 1903, no aparece que se haya dividido la Comunidad de Tierras de Isabel López. Refiriéndose la Corte a los documentos relacionados, expresó en la sentencia de 18 de agosto de 1949, que no hay prueba alguna de que las personas que actualmente se presentan como comuneros tengan realmente tal carácter; que la facultad que el inciso 3º del artículo 21 de la ley 95 de 1890 confiere para incluír a un comunero en el padrón de los comuneros, cuando es notorio e indudable su derecho, "no implica que pueda prescindirse de demostrar en juicio que el administrador ha sido designado en los términos del artículo 17 de la mencionada ley, o sea por verdaderos comuneros y en la forma como allí se prevé"; y que siendo la comunidad un estado de copropiedad, los propietarios están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio, mediante la adquisición por escritura pública o por docu-

mentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

Aludiendo el señor abogado de la actora a la parte del fallo de la Corte dictado el 18 de agosto de 1949 en que se dice que "si el inciso 3º del artículo 21 de la ley 95 de 1890 permite la inclusión de un comunero en el padrón cuando es notorio e indudable su derecho, eso no implica que pueda prescindirse de demostrar en juicio que el administrador ha sido designado en los términos del artículo 17 de la mencionada ley, o sea por verdaderos comuneros y en la forma que allí se prevé", manifiesta que a subsanar tal deficiencia tienden los documentos nuevos presentados con la demanda ordinaria y que esos documentos demuestran que las personas que en 1939 se reunieron en Junta General de Comuneros y designaron administrador de la Comunidad al doctor José Patrocinio Esmeral y las que en los días 19 de abril y 8 de octubre de 1950 se reunieron nuevamente y designaron administrador al señor Augusto Redondo P. eran verdaderos comuneros. El más importante de los nuevos documentos aludidos —dice el señor apoderado— es el distinguido con el número 2 de los que acompañaron a la demanda, o sea la escritura pública número 61 de 4 de abril de 1946, de la Notaría de Sabanalarga, por la cual se protocolizó el Padrón de Comuneros y una lista alfabética de los mismos en 22 de octubre de 1939. Para la formación del Padrón se tomó como punto de partida el fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga y se consideraron divididas las 8 caballerías de tierras que forman el globo de Isabel López en 4.800 unidades o acciones de a un almud cada una. Ciñéndose escrupulosamente a las transferencias de dichas acciones o unidades, ora a título de herencia, ora en virtud de ventas o de donaciones, se elaboró el Padrón de Comuneros de 1939, con indicación precisa del nombre de cada comunero en aquel año y del número y procedencia de las acciones que entonces le correspondían. Además se acompañaron como documentos nuevos a la demanda copias auténticas y registradas de las escrituras públicas que se relacionan bajo los números 5 a 122, inclusive, con las cuales se comprueba las transferencias de unidades o acciones de las Tierras de Isabel López desde el 11 de enero de 1874, fecha en la cual Isabel Barros vendió a Manuel Esteban Fernández sus derechos hereditarios sobre las ocho caballerías de tierras nombradas de Isabel López, hasta el 2 de septiembre de 1941, fecha en que George Fehlmann vendió a Jaime Alvear U. 110 unidades en el globo de Isabel López."

El propio abogado indica a la Corte, en los términos transcritos, cuáles son los documentos que a su parecer dan la prueba, entre los muy numerosos presentado al juicio, que la Sala echó menos en 1949 cuando profirió la sentencia tántas veces mencionada de 18 de agosto de ese año. Sea lo primero anotar que el llamado más importante de "los nuevos documentos" a que el abogado se refiere lo tuvo a la vista la Corte al fallar el juicio breve y sumario sobre la oposición de la Comunidad de Isabel López en el año de 1949, pues ese documento, que es la escritura número 61 de 4 de abril de 1946, de la Notaría de Sabanalarga, protocolizó el Padrón de Comuneros y una lista alfabética de los mismos formados el 22 de octubre de 1939. Allí aparece que el doctor José Patrocinio Esmeral presenta para su protocolización, en su calidad de Administrador de la Comunidad de Isabel López, "una copia del Padrón de Comuneros de la Comunidad y una lista alfabética de quienes han sido comuneros de dicha Comunidad a partir del fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga fecha el tres (3) de noviembre de mil ochocientos setenta y cinco (1875), todo hasta el día veintidós (22) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939). Comienza dicha protocolización con "la copia exacta del padrón de la Comunidad Isabel López...., tomados del libro respectivo que se lleva por los suscritos Administrador y Secretario de la Comunidad. Sabanalarga, Corregimiento de Isabel, López, enero quince (15) de mil novecientos cuarenta y seis (1946)" (Sigue la lista indicada que comprende 293 nombres y la indicación de las unidades que en la Comunidad pertenecen a un número apreciable de ellas).

El señor abogado del actor limita sus alegatos y la defensa de su tesis para sustentar la personería de la misma, a tratar de comprobar qué el Libro Padrón de Comuneros de la Comunidad Isabel López existe, que fue hecho ese padrón en 1939 y que por haberlo sido, a su juicio con las exigencias legales, él sirve o debe servir para establecer o demostrar quiénes son comuneros, y que por figurar las mismas personas allí incluídas formando la Junta General de Comuneros reunida aquel año, esa Junta fue válidamente constituída y sus actos, como el de la designación de administrador: son igualmente válidos. Es decir, el señor abogado piensa que la formación de la lista o padrón de comuneros de una comunidad otorga o reconoce a quienes en ella se incluyen

el carácter de comuneros. Y ha de observarse también cómo el señor abogado no ensaya siquiera demostrar, por medios distintos al del padrón de comuneros, que los pretendidos titulares de derechos en la Comunidad de Isabel López son dueños de ellos en virtud de títulos independientes, otorgados en forma legal.

Dispone el artículo 21 de la ley 95 de 1890 que "El administrador de la Comunidad debe tener un padrón exacto de todos los comuneros, con expresión de las cuotas de sus derechos, en el cual irán anotándose sucesivamente todos los cambios que ocurran. Para formar por primera vez este padrón, si los comuneros no son conocidos de un modo auténtico, el Juez, a solicitud del administrador, los citará por edictos fijados en lugares públicos de la cabecera del municipio en que se halle la finca común para que presenten al administrador los títulos que comprueben su derecho dentro de un plazo de sesenta días. Siendo notorio e indudable el derecho de un individuo, deberá incluirse en el padrón auncuando no se haya presentado a solicitarlo. Los casos dudosos o litigiosos se decidirán por el Juez." Las disposiciones de la ley 95 de 1890 están ordenadas a la administración de la Comunidad. Si los comuneros no se avinieren en cuanto al uso de las cosas comunes, nombrarán un administrador para que lo arregle, sin perjuicio del derecho de los comuneros a reclamar ante el Juez contra las resoluciones del administrador, si no fueren legales, dice el artículo 16 de la ley 95 de 1890. Y luego el 17 establece que el administrador será nombrado por los comuneros en Junta General, por mayoría absoluta de votos, y que habrá junta general cuando concurra un número que represente más de la mitad de todos los derechos. Estos ordenamientos indican claramente que el nombramiento de administrador de la comunidad tiene que ver con el uso de las cosas comunes, si los comuneros no se avinieren en cuanto a ello, o sea que este mandatario se designa para fines simplemente de administración. Dentro de élla, y de los deberes propios del administrador, coloca la ley el de llevar éste una lista o padrón exacto de todos los comuneros.

Los efectos jurídicos que tenga la formación de esta lista y la inclusión en ella de determinados nombres, con exclusión de otros, no se determinan por la ley mencionada. La formación de tal lista, en todo caso, no tiene el alcance de constituír el título en la comunidad, el derecho que en ella tenga cada comunero. Ese derecho arranca de otra fuente, del acto o medio de adquisición de los mismos, por los títulos y modos que el derecho consagra.

La ley quiere que los comuneros, en junta general y por mayoría de votos, nombren el administrador de la comunidad. Esta exigencia de la ley hay que satisfacerla. Los que concurren a la junta deben ser **comuneros.** Y la comprobación de esa calidad hay que hacerla cuantas veces se trate de demostrar, como en el presente juicio, que una reunión de personas lo fué de verdaderos comuneros o copropietarios en la comunidad. Una reunión de personas que sin tener el carácter de comuneros declaran formada una junta general, no es la contemplada en el artículo 17 de la ley 95 de 1890. Aquí se incurre en una petición de principio, ya que se da por demostrado lo que se trata de probar, pues exigiendo la ley que la junta general se integre por comuneros y que una vez integrada elija administrador de ella, y luego éste forme un padrón o lista de comuneros, se pretende que un padrón o lista, por el solo hecho de haberse formado, compruebe que las personas que en él figuran son comuneros, cuando está por acreditar, con anterioridad a la constitución de la junta general y al nombramiento de administrador, que las personas que en tales actos intervinieron son realmente comuneros.

Se dijo antes que el documento calificado de más importante entre los "nuevos" por el abogado del actor, en relación con los que obraren en el juicio breve y sumario, es la escritura Nº 61 de 4 de abril de 1946, Notaría de Sabanalarga, que protocolizó el padrón de comuneros y una lista alfabética de los mismos de fecha 22 de octubre de 1939. Los documentos protocolizados en esa oportunidad son los mismos que en este punto examinó la Corte en 1949. Refiriéndose a ellos el citado abogado expresa en el punto 4 de la relación de documentos acompañados a la demanda lo siguiente: "Es verdad que en las dos sesiones, cuyas actas se protocolizaron mediante las dos escrituras públicas relacionadas bajo los numerales 3 y 4 precedentes (referentes ambas a sesiones de Juntas Generales de comuneros y nombramiento de administradores), se omitió especificar el número y procedencia de las acciones de cada uno de los comuneros, presentes o legalmente representados, lo cual quizá motivó los reparos que expresa la Sala de Negocios Generales de la H. Corte en sentencia de fecha 18 de agosto de 1949, que puso fin al juicio breve y sumario sobre los mismos terrenos, en donde se dice, con referencia a la sesión del 22 de octubre de 1939, que solo se sabe que numerosas personas, diciéndose copro-

pietarias de las Tierras de Isabel López, se reunieron en Junta de Comuneros y designaron como administrador al doctor José P. Esmeral, pero sin que hubiera prueba alguna de que esas personas tuvieran evidentemente el carácter que invocaron al reunirse. Pero no es menos cierto que, basta confrontar los nombres de las personas asistentes a la reunión efectuada en 1939 o en ella representadas con los nombres de las personas que figuran en el Padrón y Lista de comuneros, que se protocolizaron mediante la escritura que se relacionó bajo el número 2 para ver que unas y otras son las mismas, o en otros términos, que todos los asistentes a la reunión eran comuneros legalmente inscritos como tales en el Padrón de la Comunidad". Se ha hecho la transcripción precedente para que se vea claro cómo, el demandante, después de producido el fallo de la Corte tántas veces ya mencionado de 1949, al presentar la demanda que inició este juicio, como en escritos posteriores, funda su legitimación en juicio en el valor que le asigna al padrón de la Comunidad para demostrar con él el origen o fuente de los derechos de cada comunero. Y ya se vió que esta pretensión no tiene asidero en la ley 95 de 1890 ni en las consecuencias jurídicas o deducciones emanadas de la propia ley.

Sobre la eficiencia de los títulos aducidos para demostrar la propiedad individual de derechos por parte de los comuneros desea la Corte ver las siguientes consideraciones del señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión:

"Ahora bien: para subsanar la deficiencia de pruebas a que alude la Corte en la transcripción anterior (se refiere a la sentencia de 18 de agosto de 1949), la parte actora aportó a los autos un copioso acervo documental consistente en más de cien instrumentos públicos en los cuales se hacen constar distintos actos jurídicos celebrados entre particulares respecto del dominio del fundo cuestionado y de la existencia de la Comunidad demandante, en un período de más de cincuenta años. De entre ellos vale destacar, primeramente, los que en seguida se relacionan: a) la copia de la escritura pública número 61 de 4 de abril de 1946, por la cual se protocolizó una copia del padrón de comuneros de la Comunidad actora y una lista alfabética de quienes han tenido el carácter de comuneros a partir del fallo judicial de 1875 hasta el día 22 de octubre de 1939. Tal padrón está elaborado con indicación del nombre de cada uno de los comuneros y del número y procedencia de las acciones que les corresponden. La copia aludida ostenta una nota de inscripción autorizada por el Registrador con fecha 26 de febrero de 1950, en la cual se hace constar que la primera copia de esa escritura fue registrada el 10 de abril de 1946. La pieza que obra en autos se expidió el 25 de febrero de 1950 (folios 20 y siguientes, Cuad. Nº 1). Lo que al protocolo se llevó fue una copia del padrón de comuneros, esto es, la copia de un documento privado. Pero ocurre que de conformidad con el artículo 648 del C. J. los documentos privados, en general, para que puedan tenerse como pruebas en juicio deben presentarse originales "y sólo se admiten en copia que tengan el mismo valor": 1º Cuando han sido protocolizados. 2º Cuando constan en apuntes, o libros de cuentas, o que pertenecen a terceros, pues en estos casos el secretario saca copia, **previa la exhibición**".... La pieza de que se ha hecho mérito no queda amparada en ninguna de los casos expresados. No en el primero porque lo que se protocolizó fue una copia del original, y no este mismo; ni tampoco en el segundo, por cuanto en la escritura de protocolización no hay constancia de haberse cumplido con el requisito de la exhibición previa, que, como es lógico, corresponde efectuarla ante el funcionario que la extiende. El instrumento que se examina contiene solamente una certificación del Administrador y del Secretario de la Comunidad en donde se pone de presente que "el actual índice ha sido tomado de fiel y exactamente del libro en que se lleva el padrón de la Comunidad y contiene los asientos hasta el 22 de octubre de 1939". Por el contrario, en su parte enunciativa se lee, entre paréntesis, que "esta escritura ha sido hecha con minuta presentada por el otorgante". Y como por haberse protocolizado un documento, no por eso adquiere mayor fuerza y firmeza de la que originalmente tenga a la luz del artículo 2606 del C. C., conclúyese que la citada copia de la escritura de protocolización número 61 de 4 de abril de 1946, no presta mérito probatorio alguno. b) La copia de la escritura número 90 de 19 de abril de 1950, debidamente registrada, por la cual se protocolizó una copia del acta de la reunión de comuneros de las Tierras de Isabel López verificada el 25 de marzo de ese mismo año. En dicha reunión fue elegido por unanimidad el señor Augusto Redondo como administrador de la Comunidad Isabel López (fls. 1º y siguientes del cuad. Nº 1). A esta pieza cabe hacerle justamente, el mismo comentario anterior. En consecuencia,

tampoco presta ella crédito probatorio alguno. c) La copia, debidamente registrada, de la escritura pública número 253 de 23 de octubre de 1950, por la cual se protocolizó **el acta** de la reunión de la Junta General de Comuneros celebrada el 8 de los mismos mes y año. En tal reunión en la que, según expresa el acta respectiva, se hizo constar el nombre de los comuneros, el número de acciones pertenecientes a cada uno y la procedencia de sus derechos, advirtiéndose que el carácter con que proceden "está plenamente comprobado con las escrituras públicas que acreditan su condición de descendientes o cesionarios de los descendientes de los primitivos condueños de las Tierras de Isabel López....", escrituras y documentos que además se tuvieron en cuenta para incluír en el Padrón a quienes en él figuran, pero prescindiendo de citarlos y analizarlos por resultar en extremo prolijo y dispendioso; se ratificó lo acordado en la reunión anterior y de que da cuenta la copia del acta protocolizada mediante la escritura pública número 90, de que antes se habló (fls. 5 y siguientes del cuad. Nº 1). d) la copia, registrada en forma legal, de la escritura pública número 206 de 19 de agosto de 1950 por medio de la cual se protocolizó una copia del acta de posesión del señor Augusto Redondo como administrador de la Comunidad de Isabel López (fls. 10 y siguientes del cuad. Nº 1). Con los documentos restantes, en los que se contienen actos celebrados entre particulares relativos a transferencias de acciones y derechos en la Comunidad de que aquí se trata, se pretende comprobar el carácter legal de comuneros o copropietarios de las personas que concurrieron a la Junta General celebrada el 22 de octubre de 1939 (las mismas a que se refiere la copia del padrón protocolizada en la escritura pública número 61 de 1.946) y de las que posteriormente han adquirido derechos en la referida Comunidad. Se intenta, en suma, con tales instrumentos, acreditar la existencia del condominio actual respecto del fundo materia de la litis. De otra parte, el demandante solicitó una ampliación del certificado número 127, ya conocido.... mas en tal certificado como en la ampliación transcrita nada se dice con respecto al registro de las restantes escrituras y actos mediante los cuales se pretende acreditar la existencia legal del condominio. Es así como la prueba de la titulación aducida en juicio por la demandante, resulta insuficiente a la luz del artículo 635 del C. J. en consonancia con el aparte b), inciso 2º, del artículo 7º de la ley 160 de 1936, cuya invocación se hace por analogía. Y como la comprobación de tal extremo es uno de los requisitos exigidos por la ley del petróleo para la prosperidad de la acción ejercitada, síguese que las pretensiones deducidas por la promotora del juicio están condenadas al fracaso."

Observa la Sala, en relación con los conceptos transcritos del señor Procurador, que si bien es cierto que en la escritura pública número 61 de 4 de abril de 1946 se protocolizó **una copia** del padrón de comuneros de la Comunidad actora y una lista alfabética de los nombres de éstos, y que por la escritura número 90 de 19 de abril de 1950 se protocolizó igualmente **una copia** del acta de la reunión de comuneros de las tierras de Isabel López efectuada el 25 de marzo de ese mismo año, en que se eligió administrador de la Comunidad al señor Augusto Redondo, hay que advertir que en la escritura 253 de 23 de octubre de 1950 se protocolizó **el acta** de la reunión de la Junta General de Comuneros celebrada el 8 de los mismos mes y año, en la cual se resolvió ratificar lo acordado en la reunión de que da cuenta la copia del acta protocolizada mediante la copia de la escritura pública número 90, de que antes se habló, o sea, la reunión en que se designó administrador de la Comunidad al señor Augusto Redondo, lo que así hecho no adolece por lo mismo de la tacha que le formula el señor Procurador Delegado. Lo que sin embargo deja en pie las deducciones a que antes llega la Sala respecto a la ilegalidad de que adolece la integración de la junta y el nombramiento de administrador, por el aspecto que ya fue analizado.

La observación que el señor Procurador hace a la falta de certificación por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sabanalarga respecto de las escrituras adquisitivas de derechos en la comunidad por parte de numerosas personas, sí la encuentra acertada la Corte y de obligatoria aplicación. En efecto, ha podido la Sala comprobar lo afirmado por la Procuraduría, al examinar el certificado número 127 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados acompañado a la demanda, expedido en Sabanalarga el 26 de septiembre de 1944 y ampliado con fecha 23 de junio de 1951. En él se encuentra la certificación de haberse registrado estos documentos: 1º La sentencia dictada por el Juez de Sabanalarga el 3 de noviembre de 1875, varias veces citada en esta providencia; 2º que el anterior registro se hizo para aclarar el de la misma sentencia hecho el 30 de junio de 1899;

3º que el 27 de octubre de 1939 se registró la escritura número 153 de 25 de octubre de ese año, otorgado en la Notaría de Sabanalarga, que protocolizó el acta de la Asamblea General de Comuneros de Isabel López el 22 de octubre de 1939, en que se nombró administrador de la Comunidad al señor José P. Esmeral; 4º que el 19 de mayo de 1924 se hace constar que este registro aparece en un libro correspondiente a 1925 (sic); 5º que en el Libro de Registro número 2º del año de 1923 aparece registrada la escritura número 15 sobre el título "De las Tierras de Isabel López protocolizado en la Notaría del Circuito, por G. Fehlmann & Cía., autorizado por varios vecinos. Número seis. Sabanalarga, marzo trece de mil novecientos veintitrés. Regístrase el título de las tierras de Isabel López protocolizado ante la Notaría del Circuito, de propiedad particular cuyos nombres son los siguientes: Eustaquio, Martín, Gregoria, Juana, Angela e Isabel Barros, herederos de doña Mercedes Sanjuán y ésta de don Ignacio Sanjuán. Los linderos de las tierras y medidas del globo de tierra denominado Isabel López, son:.." 6º que con fecha 30 de junio de 1899 se verificaron los registros correspondientes a la escritura número 76 de 30 de junio de 1899 por la cual se protocolizaron varias diligencias judiciales, entre otras la sentencia del Juez de la Provincia de Sabanalarga de fecha 3 de noviembre de 1875. Ampliado el certificado, como ya se expresó, el 23 de octubre de 1951, se comprende en la ampliación la escritura número 90, de la Notaría de Sabanalarga, de 19 de abril de 1950, por la cual se nombró al señor Augusto Redondo P. administrador de la Comunidad. Solamente estas declaraciones se hallan en el certificado de registro y su ampliación expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sabanalarga. Nada se certifica en él, como acertadamente lo anota la Procuraduría, respecto de los demás documentos presentados con la demanda y referentes a la adquisición de derechos por varias personas en la llamada Comunidad de Isabel López, sobre la cual versan numerosas escrituras de las que en el libelo se incluyen en los numerales 5 a 123. Tales documentos públicos no pueden ser tenidos como pruebas en el presente juicio, de conformidad con lo ordenado por el Código de Petróleos al establecer la manera de comprobar el dominio privado petrolífero, diciendo que deben aducirse los títulos de propiedad y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados correspondientes al período de la prescripción extraordinaria (art. 35 Código de Petróleos).

La suficiencia de los documentos presentados con la demanda, relativos a las adquisiciones de derechos en la Comunidad, atendiendo a que su fecha es anterior en 20 años al momento de su presentación, debe acreditarse con lo siguiente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 635 del C. J.:

a) Con el título mismo y su correspondiente nota de registro; lo cual se hizo en el presente caso de acuerdo con el artículo 2670 del C. C.; además el Registrador expresa al pie de cada uno, que la inscripción de la primera copia se efectuó en fechas que anteceden en 20 años, o más, al de 1950.

b) Con un certificado del mismo Registrador que exprese que tal registro no ha sido cancelado; esto no aparece.

c) Con una segunda certificación en que conste que no hay registros cancelados en un período de 20 años, o más, respecto al momento de exhibir el título: tampoco declara nada el documento de autos acerca de este punto.

Los requisitos señalados en las letras b) y c) no se han llenado, y por lo mismo no se sabe si los registros hechos veinte años antes de 1950 son válidos por no haber sido cancelados, ni si hay otros registros, cancelados o nó, en ese lapso de veinte años. No está por tanto demostrado que los títulos que ahora se aducen, registrados veinte años antes de su presentación, hayan conservado su valor en ese tiempo, para que pueda reconocerse en este juicio. De ahí que el derecho de los pretendidos comuneros no se halle demostrado.

Se tiene, resumiendo lo dicho en el precedente estudio, que no se comprobó en los autos el interés jurídico de la llamada Comunidad de las tierras de Isabel López para proponer la acción intentada, por las siguientes razones: a) porque no está acreditado que a las juntas generales de comuneros, de que dan cuenta los instrumentos públicos relacionados con esta materia, hubieran concurrido personas que tuviesen realmente el carácter de tales; b) porque no hay en el proceso documentos legalmente admisibles que demuestren, de modo directo, la adquisición de derechos en la Comunidad por parte de las personas que la demanda afirma tienen ese carácter;

y, c) porque el padrón de comuneros no constituye título adquisitivo de derechos en la Comunidad.

No habiendo demostrado el actor su personería sustantiva para demandar, no hay legitimación en el proceso, y por tanto no es el caso de decretar las peticiones de la demanda.

Así lo decide la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Costas a cargo del demandante.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER EN UNICA INSTANCIA DE JUICIOS CONTRA LA NACION QUE NO PROVENGAN DE CONTRATOS QUE ESTA HAYA CELEBRADO O CELEBRE

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.)

Resultando:

1º—El 20 de marzo de 1952 llegó al puerto de Buenaventura un cargamento de cien barriles de pescado, conservado en salmuera, con destino a los señores Alfonso Senior y Compañía, por cuenta del señor Manuel Szapiro; y habiéndose demostrado que la mercancía era de prohibida importación, la Aduana consideró que debía secuestrarse aquélla.

2º—Enterada la Dirección General, autorizó el remate inmediato atendiendo a que era mercancía expuesta a fácil deterioro, correspondiendo entonces a la Administración de Buenaventura decretar el secuestro y dar la orden para la subasta, lo cual se hizo mediante Resolución Nº 352 de 9 de abril de 1952.

3º—El médico encargado de la inspección de saneamiento portuario, certificó que el cargamento estaba en perfectas condiciones higiénicas y que, por lo tanto, autorizaba su consumo.

4º—El señor Gustavo Pannesso Robledo, concurrió a la subasta y le fue adjudicado el cargamento por la cantidad de $ 20.454.62, que pagó en las arcas de dicha aduana como se hizo constar en el acta de remate.

5º—El rematante, una vez recibido de la aduana el cargamento, procedió a transportarlo a Bogotá el 24 de abril del mismo año.

6º—Llegado el cargamento a los depósitos de Pannesso, en esta ciudad, notó que el pescado parecía descompuesto por lo cual ocurrió a la Dirección General de Aduanas, en las primeras horas del 30 de abril, a quejarse sobre el mal estado de la mercancía; queja que, según él, recibieron el Director del Departamento Administrativo y el Secretario del Departamento Jurídico de la Dirección General de Aduanas, quienes expidieron un certificado al respecto, en el cual consta que la Dirección se abstenía de considerarla, mientras no se pronunciaran en definitiva las autoridades municipales de higiene de Bogotá.

7º—Estas practicaron el examen de laboratorio y, como resultado del mismo, concluyeron que la mercancía no era apta para el consumo humano, la decomisaron y ordenaron se quemara.

8º—Consumada la incineración del cargamento el señor Pannesso reclamó por medio de apoderado, a la Dirección General de Aduanas, que le devolvieran el precio pagado por él.

9º—La Dirección General de Aduanas sometió el punto al estudio y decisión de la Junta General de Aduanas, la cual se declaró incompetente para ordenar administrativamente la devolución porque, en su concepto, sólo la justicia civil ordinaria "podría conocer sobre la validez del contrato de compraventa y sobre posibles vicios redhibitorios de la cosa vendida".

10.— El Secretario de la Junta General de Aduanas devolvió el expediente al Departamento jurídico de la Dirección General para que allí se comunicara al interesado lo resuelto por la Junta.

11.—El 28 de julio de 1952, el señor Pannesso Robledo cedió sus derechos al señor Diego E. Amorocho, quien formuló la demanda que encabeza este juicio y en la cual ejercita la acción resolutoria de la venta, efectuada en las circunstancias ya conocidas, por la Aduana de Buenaventura, alegando vicios redhibitorios u ocultos de la cosa vendida, exponiendo en el libelo los particulares del asunto e invocando las normas del código civil que, en su concepto, regulan la materia.

12.—Anticipándose al posible alegato de una excepción de prescripción, argumentó que, si bien en la fecha del remate, se había efectuado la entrega real de la cosa vendida, no estaba perfeccionada en su plenitud la compraventa, "puesto que las decisiones de la Administración de la Aduana de Buenaventura no tuvieron fuerza de

cosa juzgada, por haber sido susceptibles de los recursos administrativos jerárquicos ante la Dirección General de Aduanas y la H. Junta General de Aduanas". Y agregó luego, que según el art. 2535 del código civil, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, y que, en el caso de su reclamo, la obligación del saneamiento no existía desde la entrega material sino desde la fecha de la decisión de la Junta General de Aduanas.

13.—De ahí pretendió deducir que el término de la prescripción no se contara sino desde el 11 de junio de 1953, fecha en que el interesado recibió noticia oficial de la decisión de la Junta General de Aduanas, pues hasta entonces no debía entenderse en firme la compraventa del pescado.

14.—La súplica principal del libelo, presentado a la Secretaría de la Sala de Negocios Generales el 4 de agosto de 1953 consiste en que se condene a la Nación a devolverle la cantidad de los $ 20.-454.62, pagada como precio del cargamento de pescado que remató la Aduana de Buenaventura y se adjudicó al señor Pannesso Robledo, cedente del actor Diego Amorocho.

15.—El 14 de agosto de 1953 fue admitida la demanda; se reconoció al apoderado del demandante, y se ordenó correrla en traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oponiéndose, ateniéndose a la prueba que de los hechos se hiciera, y proponiendo la excepción perentoria de prescripción, fundada en que habían transcurrido más de seis meses, desde cuando se efectuó la entrega real de la mercancía.

16.—Se abrió el negocio a prueba, se practicaron algunas, y corrido el traslado para alegar, únicamente el señor Procurador hizo uso de él.

17.—El 13 de mayo último quedaron citadas las partes para sentencia y, a fin de motivar ésta,

Se considera:

La cuestión debatida parece de puro derecho, estando los hechos convenientemente probados.

No discutieron las partes sobre existencia y naturalmente de la acción, pensando que realmente procediese la rescisión de la venta por vicios redhibitorios.

En cambio, no estuvieron de acuerdo en lo tocante a la excepción, pues al paso que el señor Procurador entiende que los seis meses de que trata la ley, se cuentan desde la fecha del remate y entrega de la mercancía, el demandante, sostiene que el lapso no empezó a correr sino a partir del 11 de junio de 1953, según los particulares que se mencionaron en el capítulo anterior.

Si así fuera, claro que, habiéndose presentado la demanda el 4 de agosto del mismo año, no se habría consumado la prescripción.

Sin embargo, no habrá lugar a decidir este punto porque la Sala encuentra que falta uno de los presupuestos procesales, radicalmente necesario para pronunciar sentencia.

En efecto: una vez rematada la mercancía, o mejor, adquirida por el rematante y pagada por éste, el contrato no sólo se perfeccionó sino que se ejecutó.

Posteriormente la Administración, o mejor, los representantes del Estado, conjuntamente con el rematante, sometieron a la decisión de las autoridades municipales de higiene, si la mercancía podía darse al consumo o no.

Esas autoridades, como se deduce de los documentos que forman los folios 4 a 10 del Cuaderno Nº 2, encontraron que la mercancías se hallaba en estado de descomposición y no era apta para el consumo humano. De las muestras analizadas por el Laboratorio de Bromatologia, se desprendieron motivos suficientes para ordenar la incineración del cargamento de pescado.

Este hecho desplaza el problema, poniéndolo fuera de los presupuestos de la acción de saneamiento por vicios redhibitorios que consagra el código civil en el Capítulo 8º del Título de la compraventa; porque esa acción tiende a la resolución de la venta, o a la rebaja del precio, pero supuesta la subsistencia de la cosa vendida, la cual puede conservar el vendedor, no obstante sus vicios.

Mientras que en el caso de este pleito la cosa hubo de ser destruída como peligrosa para la higiene pública. El Estado tampoco hubiera podido recibir y conservar la cosa vendida después de resuelta la compraventa.

Pero de ahí no se desprende, como es obvio, que el Estado pueda retener el precio recibido en el remate.

La controversia, como se ve, no es deducible ante el fuero especial donde se tramitó este negocio. Porque la Corte sólo tiene competencia, según el artículo 40 del Código de Organización Judicial, para conocer en única instancia, de las

provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación.

Cosa muy distinta es la que aquí se contempla porque no se está en presencia de una fuente contractual de obligaciones; sino de otra cualquiera que, aunque no corresponde a la Sala calificarla, hipotéticamente afirma que pertenece al género de las obligaciones nacidas **quasi ex contractu.** La figura que francamente surge de los hechos contemplados es la del enriquecimiento sin causa. Su conocimiento y decisión corresponde a un juicio que sólo puede ventilarse de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 76 del Código de Organización Judicial.

Dedúcese de lo anterior que falta el presupuesto procesal de la competencia de la Corte para conocer en el presente negocio.

Por todo ello, la Sala, fundándose en la causal 1ª del artículo 448 del código judicial y por ser la jurisdicción improrrogable, de acuerdo con el artículo 151 de la misma obra, debe pronunciar de plano la nulidad.

Como el error es excusable no habrá condenación en costas.

Por lo expuesto, la Sala DECLARA NULO todo lo actuado en el presente negocio, a partir del auto que admitió la demanda.

Sin costas.

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

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.— Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

NO ES PROCEDENTE ACCION JUDICIAL PARA QUE EN EL PRESUPUESTO NACIONAL SE INCLUYAN LAS PARTIDAS NECESARIAS PARA ATENDER EL PAGO DE UN AUXILIO DECRETADO POR UNA LEY

La gracia, contribución o auxilio que decreta el Congreso, para que sea pagada de acuerdo con las posibilidades del fisco nacional, no puede considerarse como un bien incorporado al patrimonio particular, para cuya protección pueda acudirse a la tutela jurisdiccional. Hay sí en tal acto una expectativa de derecho que se concreta si las sumas ofrecidas se apropian en el presupuesto, y se cumplen, además, las condiciones y requisitos establecidos en las leyes pertinentes. Con una simple expectativa de derecho no se puede ejercitar una acción judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio dieciséis de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Congregación de Misioneros Hijos del Inmaculado Corazón de María, entidad encargada de la construcción y administración del templo "El Voto Nacional", por conducto de apoderado judicial promovió demanda contra la Nación, para que previos los trámites del juicio ordinario se le condene al pago de la suma de **quinientos setenta y seis mil pesos** ($ 576.000.00) M. C., y los intereses legales, a favor de la expresada Congregación.

Los hechos en que el actor apoya la demanda son, en síntesis, los siguientes:

1º—Por medio de la Ley 33 de 1927 la Nación Colombiana se obligó a pagar mensualmente al Superior de la Comunidad Administradora del templo "El Voto Nacional" la suma de dos mil pesos mensuales, para contribuír a la terminación de dicho templo, tanto en la construcción de la cúpula como de las demás obras de arte.

2º—La Comunidad Religiosa demandante, basándose en que la Ley es una norma de estricto cumplimiento, adelantó con dineros de su peculio y patrimonio particular, las obras indicadas en la precitada disposición legal, adquiriendo elementos y materiales nacionales y extranjeros, y obligándose con gravosas deudas ante casas industriales de otros países.

3º—La Nación no ha pagado las cantidades de dinero que por medio de la expresada Ley 33 de 1927 se obligó a entregar a la Comunidad demandante, incurriendo en mora respecto de cada una de las sumas que mensualmente debía pagar.

En derecho se basa la demanda en los artículos 1494, 1608 y 1617 del Código Civil; el 26 de la Ley 57 de 1887 y pertinentes; y en el artículo 155 del Código Judicial.

Al notificarse de la demanda el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bogotá acepta el hecho relativo a la existencia de la Ley 33 de 1927 y manifiesta no constarle los demás. Se opone a que se decrete la condena pedida, cuya causa y razón niega, y expresa que la misma ley en su artículo segundo prevé la forma de pago de las sumas mensuales, que no es otra distinta de la de presentar las cuentas debidamente arregladas, para que se hagan los pagos periódicos con los dineros que se hayan incluído para tal fin en la Ley de Apropiaciones.

El Tribunal Superior de Bogotá, una vez surtido el trámite de la primera instancia, dictó el fallo que lleva fecha veintiuno de agosto de 1953, que absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda. Inconforme con esta decisión, el apoderado de la Comunidad demandante interpuso apelación, correspondiendo a esta Sala de la Corte conocer del recurso. Durante el trámite respectivo las partes concretaron su actividad a presentar sus alegatos finales, la Procuraduría en el traslado correspondiente y el apoderado de la actora en la audiencia. Cerrado el debate, como no se observa vicio que invalide lo actuado, se procede a fallar.

La Comunidad de Misioneros Hijos del Corazón de María, alega como fuente de la obligación que pretende hacer efectiva por medio de este juicio, la Ley 33 de 1927, que dice:

"Ley 33 de 1927—(Octubre 20)— por la cual se asocia la Nación a un homenaje y se ordena la

terminación de un monumento.—El Congreso de Colombia, Decreta:

"Artículo 1º—La Nación se asocia al público homenaje que va a rendirse a Jesucristo en el presente año, con motivo del voto que hizo el Gobierno hace veinticinco años, en guarda de la paz pública, de cooperar a la pronta terminación del Templo del Voto Nacional, que en esta ciudad se está acabando de levantar al Sagrado Corazón de Jesús

"Artículo 2º—Con el fin de obtener la pronta terminación de este monumento, el Tesoro Nacional contribuirá con dos mil pesos ($ 2.000) mensuales hasta levantar la cúpula y perfeccionar las demás obras de arte comenzadas. Las sumas correspondientes se incluirán en la Ley de Apropiaciones de las vigencias próximas y serán entregadas mensualmente al Superior de la Comunidad a cuyo cargo está la obra, mediante cuentas de cobro debidamente arregladas.

"Artículo 3º—Declárase de utilidad pública, para todos los efectos legales, el citado monumento del Templo del Voto Nacional.

"Artículo 4º—La presente ley regirá desde su sanción".

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de fondo expresa: "La ley 33 de 1927 es un hecho, tiene su existencia, ya que para dictarla el Organo Legislativo, sufrió la tramitación legal y luego fue sancionada por el Organo Ejecutivo. Igualmente las obras de construcción del Templo "El Voto Nacional" se llevaron a feliz término, tal como consta de la recepción de las declaraciones como la verificación hecha en la diligencia de inspección ocular, con dineros que no fueron pagados por la Nación, sino de otras fuentes particulares... Como la ley... ordena la inversión de una suma de pesos del Tesoro Público, se hace necesario establecer en este caso el procedimiento legal que debe seguirse para dar cumplimiento al deseo del legislador a efecto de pagar o dejar a disposición de una persona o entidad una cantidad de pesos".

Para indicar ese procedimiento, el señor Procurador cita los artículos 207 y 208 de la Constitución Nacional, que disponen: "No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipalidades, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto". "El Ejecutivo formará anualmente el Presupuesto de rentas, y junto con el proyecto de la Ley de Apropiaciones lo presentará al Congreso en los primeros diez días de las sesiones ordinarias de julio". Añade que en el presente caso el Ejecutivo no ha incluído dentro del presupuesto nacional la partida o partidas autorizadas por la ley 33, pero que este hecho en manera alguna significa que exista una deuda a cargo de la Nación y que ésta se halle en mora de pagar, pues la Nación no ha contraído una obligación para con la comunidad religiosa administradora del templo, y por tanto la acción encaminada a la condena no tiene fundamento legal alguno y debe ser negada.

A su vez el apoderado de la actora argumenta que la ley rige con toda su fuerza ya que se dictó y sancionó con el lleno de las formalidades preestablecidas, imponiendo a la comunidad religiosa terminar el monumento, y obligándose el Estado a suministrar las sumas estipuladas (sic) en el mandato legal; que "La apropiación presupuestal no es parte integrante de la ley, es el medio por el cual se cumple ese mandato legal". "La falta de apropiación presupuestal —dice— es en consecuencia incumplimiento de la ley por parte del Estado; en presencia de tal situación es procedente la acción judicial para que se condene a la entidad Estado a objeto de que cumpla la obligación emanada de la disposición legal mediante la destinación de las partidas en el presupuesto".

Como se ve, las partes no discrepan en cuanto a que el mandato legislativo contenido en la ley 33 de 1927 está vigente y debe cumplirse mediante el procedimiento indicado en ella, es decir, apropiando las correspondientes sumas en el presupuesto nacional. Sólo que el apoderado de la Comunidad demandante considera que no habiéndose incluído hasta el presenté en los presupuestos nacionales las partidas señaladas en la ley, es pertinente la acción judicial para obtener que el Estado cumpla el mandato legal.

Se debe examinar, pues, a la luz de las normas constitucionales y legales, si en realidad la Nación ha estado obligada a incluír en los presupuestos nacionales las partidas que el Congreso fijó como contribución del Tesoro para la pronta edificación del templo, hasta la terminación de la cúpula y demás obras de arte comenzadas.

De acuerdo con la ley orgánica del presupuesto, es al Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda al que corresponde preparar la Ley anual del Presupuesto y presentar el proyecto a la Cámara de Representantes. En él, conforme al artículo 26 de la ley 64 de 1931, se proveerá de

manera adecuada lo indispensable para atender a las necesidades esenciales del servicio público y a las obligaciones del Estado antes que a las necesidades de otros servicios o proyectos que puedan ser reducidos o eliminados sin perjuicio paro el crédito del Estado. El artículo 211 de la Constitución Nacional dispone: "Ni el Congreso ni el Gobierno podrán proponer el aumento o inclusión de un nuevo gasto en el proyecto presentado al Congreso, si se altera con ello el equilibrio entre el Presupuesto de gastos y el de rentas. El Congreso podrá eliminar o reducir una partida de gastos propuesta por el Gobierno, con excepción de las que se necesiten para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado o la atención completa de los servicios ordinarios de la Administración...". Como se ve, el canon constitucional y las leyes que lo desarrollan confieren al Ejecutivo la facultad de preparar la Ley anual del Presupuesto, señalándole pautas precisas para su formación, y además limitan la actividad del Congreso en cuanto a la iniciativa en materia de gastos. Para que pueda hacerse cualquier erogación, ordenada en ley anterior, es por tanto indispensable que se haya hecho la apropiación respectiva en el presupuesto de gastos, y tal apropiación no se realiza sino mediante la observancia de las normas que establecen la prelación indicada, a saber, servicios esenciales de la administración, deuda pública y demás obligaciones contractuales.

Observa la parte actora, y así lo admite la Procuraduría, que no se han hecho las apropiaciones presupuestales que dispone la ley 33 de 1927. De ser evidente el hecho cabe suponer que el Gobierno y el Congreso han elaborado y expedido las leyes de Presupuesto cumpliendo los requisitos de prelación que señala la Carta, condicionándolas a las posibilidades económicas y fiscales del Estado, y que la omisión no puede tener otra causa distinta a la de la imposibilidad fiscal, pues naturalmente satisfechas las necesidades de la administración y las obligaciones contractuales del Estado, lo pertinente es la inclusión de las sumas que por voluntad del legislador han sido destinadas a otros objetos, hasta donde no se altere con ello "el equilibrio entre el Presupuesto de gastos y el de rentas". Estas consideraciones demuestran cómo no es procedente una acción judicial tendiente a obtener la declaración de que el Estado está obligado a cumplir la ley 33 "mediante la destinación de las partidas en el presupuesto", porque si constitucional y legalmente es el Ejecutivo quien tiene la atribución de preparar la Ley anual del Presupuesto y el Congreso la de aprobarla o improbarla, sin que a éste último corresponda iniciativa en materia de gastos, consecuencialmente el órgano jurisdiccional no puede, so pena de violar esas normas, disponer que en el proyecto de presupuesto y luego en la ley respectiva se incluya una suma de dinero o partida para un gasto determinado, desconociendo las atribuciones propias del Gobierno y del Congreso que tienen poderes especiales en estos casos para resolver sobre la incorporción en la ley de erogaciones de los ordenamientos a que haya lugar.

La petición fundamental de la demanda es la de que "se condene al Estado de Colombia al pago de la suma de **quinientos setenta y seis mil pesos** ($ 576.000.00) M/cte., y los intereses legales causados conforme las sumas se han hecho exigibles, y a favor de la expresada Congregación de Padres Misioneros del Corazón de María".

Por ministerio de la ley, de conformidad con el artículo 24 de la 57 de 1887, las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica son personas jurídicas; su representación legal la lleva el Superior Eclesiástico de la Diócesis, o la persona que éste designe (art. 25 ibidem). De autos aparece la certificación expedida por el señor Arzobispo de Bogotá, según la cual el Reverendo Padre Jesús Badillo C. M. F., es actualmente el Superior de los Padres Misioneros del Corazón de María, párroco del Sagrado Corazón de Jesús (Voto Nacional) de esta ciudad, quien es administrador igualmente del citado templo (fs. 2 y 3 cuad. 1). Está pues acreditada la personería de la parte actora.

La mencionada ley 33 de 1927, base de este juicio, expresa la voluntad del Congreso de "cooperar a la pronta edficación del Templo del Voto Nacional" y disponer que el Tesoro Nacional contribuya con dos mil pesos mensuales "hasta levantar la cúpula y terminar las demás obras de arte comenzadas". Motivó este ordenamiento "el voto que hizo el Gobierno hace veinticinco años en guarda de la paz pública, de cooperar a la pronta terminación del Templo del Voto Nacional". Tal voto, en efecto, se expresó el 18 de mayo de 1902 por medio del Decreto número 820 de ese año "por el cual se dispone la celebración de una solemnidad religiosa". El artículo 1º de dicho decreto dice: "El Gobierno, en su propio nombre y a nombre de la Nación que representa, hace el voto que aquel Prelado propo-

ne (fue propuesto por el Arzobispo de Bogotá en su Pastoral de 6 de abril de 1902), esto es, el de cooperar a la pronta edificación de la iglesia que en honor del Sagrado Corazón de Jesús se ha empezado a levantar en esta ciudad".

Son éstas las disposiciones que invoca el actor como fuentes de la obligación que considera no ha cumplido el Estado. Pero es fácil entender cómo la ley 33 citada es un acto unilateral del Congreso, realizado en ejercicio de la soberanía, condicionado desde luego a las posibilidades del fisco nacional. Quiso el legislador contribuír a la obra de la iglesia que en honor del Sagrado Corazón de Jesús se había comenzado en la ciudad. Tal acto, como todos los de su misma naturaleza, no establece por sí solo relaciones de derecho y obligaciones correlativas entre el Estado y los presuntos beneficiarios, no consagra obligaciones que engendren derechos adquiridos de carácter privado, que den origen a acciones civiles. La gracia, contribución o auxilio que decreta el Congreso, para que sea pagada de acuerdo con las posibilidades del fisco nacional, no puede considerarse como un bien incorporado al patrimonio particular, para cuya protección pueda acudirse a la tutela jurisdiccional. Hay sí en tal acto una expectativa de derecho que se concreta si las sumas ofrecidas se apropian en el presupuesto, y se cumplen además las condiciones y requisitos establecidos en las leyes pertinentes. Con una simple expectativa de derecho no se puede ejercitar una acción judicial.

No obsta lo anterior para que la Corte reconozca y afirme que la Nación debe tomar las providencias del caso para que la ley motivo de este pleito siga ejecutándose, como empezó a hacerse mediante la apropiación de varias partidas en los presupuestos de los años 1927, 1928 y 1930, leyes 52, 55 y 77 de esos años, respectivamente, en las cuales se reafirmó el querer legislativo de cooperar a la obra de la iglesia llamada Templo del Voto Nacional; tanto más cuanto que dicha obra fue declarada de utilidad pública de acuerdo con el artículo 3º de la ley 33 de 1927.

Los anteriores razonamientos son bastantes para concluír que la petición de condena hecha en la demanda por la Comunidad Religiosa actora no puede prosperar y que debe confirmarse el fallo de primera instancia.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Costas a cargo del apelante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.— **Aníbal Cardoso Gaitán.**—**Roberto Goenaga.**— **Néstor Pineda.**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

En tratándose de ilegitimidad de la personería sustantiva, la procedente es la causal primera de casación, y no la sexta.—Soberanía de los Tribunales en la interpretación de las cláusulas de un contrato.—Aunque en la demanda se haya pedido una cantidad líquida por concepto de indemnización de perjuicios, el sentenciador puede fijarla en otra menor. — Diferencia entre perjuicio futuro y perjuicio eventual. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por Ignacio Stipcianos contra la Diócesis de Cali y contra Monseñor Luis Adriano Díaz.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 1

No se accede a aclarar la sentencia proferida por la Corte en el juicio ordinario seguido por Lixber Zabala contra la sucesión de Félix María Artunduaga, que corre publicada en la "Gaceta Judicial" número 2142 (páginas 774 y ss.).—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 11

Los hechos a que puede extenderse la investigación del juez durante una inspección ocular son solamente aquellos a que se contrae esa diligencia y, por consiguiente, no pueden recibirse durante ella pruebas tendientes a demostrar otros hechos, ni apreciarse las que, contraviniendo lo dicho, hayan sido practicadas.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín absolvió a los demandados, en el juicio ordinario de María Cayetana Zapata o Herrera contra Germán Herrera y otros, como herederos de Jesús Herrera H.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 12

Renovación o prórroga tácita del contrato de arrendamiento. Interpretación del artículo 2014 del Código Civil.—Violación de ley sustantiva como causal de casación. Distintas hipótesis previstas por el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.—En el juicio ordinario que, sobre resolución de un contrato de arrendamiento, siguieron Gustavo y Adolfo Borda V., contra Elisa Dávila de Peña y otra, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 18

Acción de filiación natural.—Cuando el juicio se sigue contra los sucesores universales del presunto padre, no es necesario que la carta u otro escrito emanado de éste haya sido reconocido por el mismo, para que pueda ser tenido como prueba.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pamplona profirió en el juicio ordinario de Emperatriz Moyano de García contra Susana Ordóñez Valdivieso, y, revocando la de primera instancia dictada por el juez de Circuito de Cúcuta, la Corte declara que la demandante es hija natural de Julio Ordóñez Valdivieso para todos los efectos civiles reconocidos por la ley.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 29

Salvamento de voto del Magistrado Rodríguez Piñeres 34

Para que prospere la casación por violación de ley sustantiva, la demanda debe indicar y demostrar por cuál o cuáles extremos se perpetró la violación.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que Rosa Navia Domínguez siguió contra Mercedes Tejada y otro, como herederos de

Págs.

Isaías Ortiz.—Magistrado Ponente: doctor tor Eduardo .Rodríguez Piñeres 35

No es necesario que el consanguíneo del pretenso padre haya aceptado la herencia de éste para que contra él pueda ejercerse la acción de filiación natural.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Blanca Martín Herrera de Ballesteros y otras contra los herederos de Carlos Martín Gómez. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez... 40

Salvamento de voto del Magistrado Dr. José J. Gómez R. 45

Lo relacionado con la condenación en costas en las instancias no puede ser materia del recurso de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Vitalina Cardona contra Marco Antonio Buitrago.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 47

No hay nulidad por falta de citación o emplazamiento porque un fallo no se notifique o su notificación sea irregular.—En el juicio de sucesión de Librada Real v. de Real, la Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la del Juez del Circuito de La Palma que declaró no probadas las objeciones propuestas por Octavio Real contra el trabajo de partición y aprobó, en consecuencia, ese trabajo de liquidación y reparto herencial.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 53

La parte a la cual no afecta una causa de nulidad, no puede pedir la infirmación del fallo por tal motivo.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por Cuturú Gold Dredging Company contra Jaime Herrera V., y otros, parcialmente favorable al demandado.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 56

Rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme.—Apreciación de peritazgos. En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Julia Rosa de Chamorro contra María Teresa Otero de Zarama; la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 60

Para la validez del testamento verbal, no se requiere que el testador haya designado especial y expresamente los llamados testigos instrumentales.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario de Clodoveo Londoño y otra contra Alfonso del Río Villamil y otro.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 65

No es necesario que el juez que conozca de las acciones sobre derechos a la sucesión, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios y reforma o nulidad del testamento, promovidas contra una sucesión sea el mismo que conoce de la causa mortuoria.—En el juicio ordinario de Aminta Ordóñez contra los herederos de Julio Ordóñez Valdivieso, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona.—Magistrado Ponente: doctor Alberto Zuleta Angel 75

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 80

La acción sobre filiación natural puede proponerse contra los herederos del presunto padre.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Rosalbina Rubiano, como representante legal de Emma Rubiano y otros, contra los herederos de Antonio María López.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 81

Salvamento de voto del Magistrado Eduardo Rodríguez Piñeres 83

Constituye causal de nulidad el que el superior agrave la situación del único apelante. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordina-

Págs.

rio de Pedro A. Restrepo contra Abel o Abel de J. Henao.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 84

Acciones de entrega de la cosa vendida y reivindicatoria.—La violación de la norma conforme a la cual la apelación se entiende interpuesta únicamente en lo desfavorable al apelante, no puede ser materia sino de la causal primera de casación.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá, profirió en el juicio ordinario seguido por Julio González Navas contra Narciso Flórez y otra, y en su lugar confirma la del Juez de Circuito de la misma ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 86

Recurso de hecho.—Cuándo puede considerarse que existe duda acerca de la cuantía para efectos de la procedencia del recurso de casación.—La Corte declara que el Tribunal Superior de Bogotá ha debido conceder el recurso de casación interpuesto por la parte opositora demandante en el ordinario de Salim A. Hosman y Moisés Salame contra Marco S. Vera y otra; y, en consecuencia, concede dicho recurso, interpuesto de hecho.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 92

Acción reivindicatoria.—Caso de venta de un inmueble a dos personas distintas.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Soledad López contra Martín Gallego y Elías Castaño, y en su lugar la Corte confirma la del Juzgado del Circuito de Pensilvania, favorable a la demandante. — Magistrado Ponente: doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 94

Cuando en una demanda se han acumulado objetivamente dos acciones que no pueden serlo y esta situación subsiste en el momento de proferir sentencia, no puede deducirse excepción perentoria y proferirse por tal motivo fallo absolutorio, sino que no es el caso de dictar sentencia en el fondo.—En los juicios ordinarios acumulados de Wenceslao y Víctor Manuel Morales contra Roberto Sanmiguel Ch., y de éste contra aquéllos, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 98

No hay ratificación tácita si el hecho constitutivo de la misma lo realiza el menor llegado a la mayor edad después de haber intentado la demanda de nulidad del acto.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por Luis Alberto Alvarez contra Luis Montoya Ardila.—Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 106

La sentencia que decrete la rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme, debe estatuir sobre las restituciones mutuas, aunque la demanda no contenga súplica expresa al respecto.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario de Isaura Gallego o Calero o Galero contra Campo Elías Rodríguez, sobre simulación de un contrato de compraventa y, subsidiariamente, sobre rescisión del mismo, por lesión enorme; y en su lugar, la Corte accede a la petición subsidiaria.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez ... 113

Para que el certificado de la Cámara de Comercio sirva para acreditar en juicio la constitución y existencia de una sociedad comercial, es necesario que contenga todas las indicaciones o datos exigidos por el artículo 40 de la Ley 28 de 1931.—No procede la causal segunda de casación porque el Tribunal se haya abstenido de fallar en el fondo porque a su juicio falta uno de los presupuestos procesales.—En el juicio ordinario que Juvenal Viñas Morales siguió contra Empresa Transportadora de Ganados S. A., sobre indemnización de perjuicios; no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, que denegó las peticiones de la demanda, por no estar legalmente probada en autos la existencia de la sociedad demandada.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 117

Acción de cobro de unos honorarios profesio-

Págs.

nales.—Alcance de la prohibición para los Representantes y Senadores contenida en el artículo 110 de la Constitución.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Odilio Vargas contra Hans Timm. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 125

Si los títulos presentados por el actor en juicio reivindicatorio no se acomodan a las prescripciones legales, la demanda no puede prosperar aunque el demandado no tenga título alguno que justifique su posesión. La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por Natal'a Silva v. de Payán contra Leopoldo Henao O.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 128

Acción de indemnización de perjuicios.—Excepción de cosa juzgada.—Casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario de Industrias Charles. Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda., contra Jesús Iza I., y en su lugar condena al demandado a pagar los perjuicios cuya indemnización se demandó.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 133

Acción reivindicatoria.— Esta acción no puede dirigirse contra el mero tenedor.—Alcance de la norma del art. 971 del Código Civil.— Confesión.— En el juicio ordinario.... de Jorge Ardila Guerrero contra Emiro Vásquez Pérez, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, favorable al demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 137

Acción de filiación natural.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario de Margarita Vallejo o Botero contra María Josefa Jaramillo v. de Botero, como heredera de Enrique Botero Jaramillo. — Magistrado Ponente: doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 143

Acción de pertenencia de unos terrenos.—En el juicio ordinario de Urbanizaciones Sardi, Limitada, sobre pertenencia de unos terrenos, y seguido con la oposición del Municipio de Cali y del "Centro Católico de Familias Pobres de Cali"; no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 146

Acción reivindicatoria.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Miguel A. Garavito contra José Palencia; sentencia favorable al demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 149

La justicia ordinaria es competente para conocer de los perjuicios ocasionados por vías de hecho de funcionarios administrativos. En el juicio ordinario que Juan S. Robles y otro siguieron contra el Municipio de Barranquilla, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad, y ordena que se devuelva el asunto para que el Tribunal lo falle en el fondo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 154

SALA DE CASACION PENAL

Por la Corte en casación no pueden tenerse en cuenta argumentos expuestos en escritos presentados antes del pronunciamiento de la sentencia recurrida.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Luis Carlos Robledo Yepes, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 160

Delitos contra los funcionarios públicos.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Jorge Ríos Gutiérrez. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 162

Por el solo hecho de no haber iniciado la contienda física no puede decirse que alguien no fue el provocador de una riña y que, en consecuencia, ésta no fue imprevista para

Págs.

él.—Apreciación de la peligrosidad por parte de los jueces.–La causal 2ª de casación en los juicios en que intervino el Jurado.— En el proceso contra Carlos Quintero por el delito de homicidio, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó a la pena de ocho años y tres meses de presidio. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 164

La reincidencia.—Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Carlos Sánchez Colorado a la pena principal de treinta meses de presidio, y en su lugar se le condena a la de cuatro años y seis meses de la misma pena, como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 169

Delito de robo.–Robo cometido en despoblado. La Corte invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Luis Eduardo y Horacio Cadavid, a la pena principal de siete años de presidio, por el delito de robo; y en su lugar, los condena, respectivamente, a cuatro años y a tres años y medio de la misma pena.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 173

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un proceso por el delito de detención arbitraria.—En virtud de colisión de competencias surgida entre el Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja y el Juez Unico Penal de Santa Rosa de Viterbo, acerca del conocimiento de un proceso contra Pedro Mejía; la Corte decide que él compete al Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 178

Auto de proceder.—Cuestionario.— Veredicto y sentencia.— Homicidio.— Riña imprevista.—Nulidad.—En el juicio contra Julio César Moreno por el delito de homicidio, se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, y la Corte declara nulo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, en adelante.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 180

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Coresponde al deudor demostrar que la obligación se extinguió, caso de que el acreedor quiera hacerla efectiva por medio de un juicio.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio seguido por Manuel V. Russi contra el Departamento de Boyacá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis E. Cuervo A. 185

No hay responsabilidad directa de una persona moral cuando el hecho causa del perjuicio se debió a culpa de un simple agente material de la dicha persona.—En el juicio ordinario de Natividad Barragán v. de García contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá; y en su lugar, la Corte absuelve a la entidad demandada. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 189

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—En el juicio ordinario de única instancia intentado por la Comunidad de Sabanilla contra la Nación, se deniegan las súplicas de la demanda, y se absuelve a la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 194

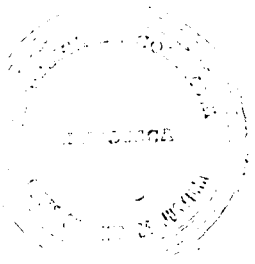
La inclusión de un nombre en la lista o padrón de los comuneros que el administrador de una comunidad debe formar conforme a lo dispuesto por la ley 95 de 1890, no tiene el alcance de constituir el título en la comunidad.—Se resuelve que no es el caso de decretar las peticiones de la demanda, por no haber demostrado el actor su personería sustantiva para demandar, en el juicio intentado por Augusto Redondo, como administrador de la Comunidad Isabel López.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 196

Incompetencia de la Corte para conocer en única instancia de juicios contra la Nación que no provengan de contratos que ésta

Págs.

haya celebrado o celebre.—Se declara nulo todo lo actuado en el juicio ordinario de Diego E. Amorocho contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 208

No es procedente acción judicial para que en el Presupuesto Nacional se incluyan las partidas necesarias para atender el pago de un auxilio decretado por una ley.—Se confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda con que se inició el juicio seguido por la Congregación de Misioneros Hijos del Inmaculado Corazón de María contra la mencionada entidad de derecho público.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 211



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nª 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

(PUBLICACION DIRIGIDA POR LOS DOCTORES JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI Y LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA)

TOMO LXXVIII - BOGOTA, COLOMBIA, AGOSTO DE 1954 - NUMERO 2145

S A L A P L E N A

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

sobre reforma judicial

elaborado por la Comisión nombrada por la Corte Suprema de Justicia, compuesta por los Honorables Magistrados Roberto Goenaga, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez y Néstor Pineda, y aprobado por unanimidad, en Sala Plena, en la sesión del 13 de agosto de 1954.

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Decreta:

Artículo 1º—Para ser Magistrado, Consejero de Estado o Juez en los ramos judicial, contencioso administrativo y del trabajo se requiere: ser colombiano de nacimiento, abogado graduado, gozar de buena reputación y estar afiliado a la carrera judicial que la ley organizará sobre las siguientes bases:

1ª—Los diversos grados dentro de cada especialidad se determinarán según la jerarquía de los cargos. La carrera comienza en el primer grado, y para los ascensos será indispensable haber desempeñado el cargo inmediatamente inferior durante el tiempo que señale la ley.

2ª—Los funcionarios serán inamovibles mientras cumplan sus deberes. Estarán sujetos a sanciones disciplinarias de amonestación, multas, suspensión y pérdida del cargo, que impondrá el Consejo Superior de Justicia mediante los trámites legales.

3ª—La edad de retiro obligatorio será de sesenta y cinco años.

4ª—Las prestaciones sociales no serán inferiores a las de que gocen los servidores públicos más favorecidos.

5ª—Los nombramientos se harán así:

a).—Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por la propia Corte, del personal de Jueces de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; éstos serán nombrados por la misma Corte, del personal de Jueces de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, Jueces Superiores, de Circuito y de Menores ;los Jueces Superiores, de Circuito y de Menores, por los Tribunales Superiores de Distrito, del personal de Jueces Municipales; y éstos, en la forma que indique la ley, del personal que se inicia en la carrera.

b).—Los Consejeros de Estado serán nombrados por el Consejo de Estado, del personal de Jueces de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; los Jueces de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, por el mismo Consejo de Estado, del personal de Jueces Civiles de Circuito.

c).—Los Jueces del Tribunal Supremo del Trabajo serán nombrados por el mismo Tribunal, del

personal de Jueces de los Tribunales Seccionales del ramo; éstos, por el Tribunal Supremo, del personal de Jueces del Trabajo; y éstos, por los Tribunales Seccionales del Trabajo, del personal de Jueces Municipales.

En la misma forma se procederá para el nombramiento de interinos. No habrá suplentes

Artículo 2º — Los Magistrados, Consejeros de Estado y los Jueces no pueden ser entre sí parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Los cargos de la rama jurisdiccional son incompatibles con toda participación en el ejercicio de la abogacía, con el desempeño de cualquier otro cargo público o privado y con el profesorado en cualquier instituto de enseñanza. Tampoco podrán sus funcionarios ejercer el sufragio popular o tomar parte en actividades políticas; ni administrar o gestionar negocios ajenos ni ejercer el comercio.

Artículo 3º— Habrá un Consejo Superior de Justicia, adscrito al Ministerio del ramo, compuesto de tres ciudadanos nombrados así: uno por el Presidente de la República,y dos por la Corte Suprema de Justicia, de candidatos elegidos en la forma que señala la ley por las Facultades de Derecho oficialmente reconocidas, a razón de uno por cada facultad. La ley reglamentará el funcionamiento de este Consejo y determinará el personal subalterno y sus asignaciones.

Artículo 4º—Los miembros del Consejo Superior de Justicia deben ser colombianos de nacimiento, mayores de treinta y cinco años, abogados graduados y haber desempeñado cualquiera de los cargos de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Consejero de Estado, Procurador General de la Nación, Juez del Tribunal Supremo del Trabajo, o haber enseñado jurisprudencia, por diez años a lo menos, en Facultades de Derecho oficialmente reconocidas.

Artículo 5º—El Consejo Superior de Justicia ejercerá las siguientes funciones en la forma que indique la ley:

1ª—Atender a la organización y funcionamiento de la carrera judicial y de los Colegios o Asociaciones de Abogados.

2ª—Ejercer inspección y vigilancia sobre los funcionarios de la rama jurisdiccional y los Colegios o Asociaciones de Abogados, y aplicar las sanciones previstas en el artículo 1º, base 2ª.

3ª—Informar a las corporaciones encargadas de hacer los nombramientos, acerca de los antecedentes de los candidatos.

4ª—Preparar proyectos de ley y de decretos sobre organización y funcionamiento de la carrera judicial y de los Colegios o Asociaciones de Abogados.

5ª—Declarar las vacantes que se produzcan en la rama jurisdiccional por incapacidad física permanente.

6ª—Las demás que le atribuya la ley.

Artículo 6º (Transitorio).— Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Jueces del Tribunal Supremo del Trabajo serán nombrados, por una sola vez, por el Presidente de la República, dentro de los treinta días siguientes a la sanción del presente Acto Legislativo, sin sujeción a lo previsto en el artículo 1º, base 3ª

Los Jueces que se nombren, conforme a lo dispuesto en este Acto Legislativo, al vencimiento de los períodos en curso, quedarán incorporados en la carrera judicial en el grado correspondiente.

El actual ejercicio de los cargs habilita para la reelección o el ascenso.

Dado, etc.

Aprobado por unanimidad por la Corte Suprema de Justicia en sesión extraordinaria celebrada el día veinte de agosto de 1954, para ser sometido a la consideración del Gobierno.

SALA DE CASACION CIVIL

CUANDO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS NO SEA ALEATORIO, CABE LA RESCISION POR LESION ENORME SI LOS BIENES DEL PATRIMONIO SUCESORAL SON TODOS INMUEBLES, O SI HABIENDO BIENES RAICES Y OTROS MUEBLES, LA LESION ENORME APAREZCA TENIENDO EN CUENTA SOLO EL VALOR DE LOS INMUEBLES

1—Si la violación de la ley sustantiva, caso de existir, sería consecuencia de haber aplicado a un determinado contrato una norma que no le era aplicable, porque otra que la asignada por el tribunal era la naturaleza del convenio; no podrá prosperar el recurso de casación, si el demandante no impugna la interpretación que el juzgador de instancia hizo del contrato mismo, demostrando que ella es manifiestamente errónea.

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

3—Cuando la venta de derechos hereditarios no tenga carácter aleatorio sino conmutativo, será entonces procedente la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieren al tiempo del contrato más de la mitad de su justo precio. Y, además, el patrimonio herencial está representado sólo en bienes inmuebles, o si siendo muebles e inmuebles los bienes de la sucesión, la lesión aparezca teniendo en cuenta sólo el valor de los bienes raíces.

4—La calificación de la naturaleza aleatoria o conmutativa de la venta de derechos hereditarios, para decidir sobre la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme, es cuestión de hecho que corresponde determinar al juzgador en cada caso, teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias en que se celebre el contrato, con base en las pruebas allegadas al juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, tres (3) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

I — Antecedentes:

1.—El 22 de marzo de 1947, Rafael Antonio Villar, hallándose herido y en inminente peligro de muerte, en el sitio de "El Ortiz", de la jurisdicción municipal de Suaita (Santander), otorgó testamento abierto ante el Notario del Circuito de Suaita, conforme a las cláusulas de última voluntad que aparecen en la escritura Nº 53 de tal fecha. En este instrumento relacionó el testador los distintos elementos que integraban su patrimonio (inmuebles rurales y urbanos, semovientes, créditos, etc.); reconoció como su hijo natural a Saúl Villar Flórez, a quien asignó parte de sus bienes; instituyó herederas a sus hermanas carnales Natividad y Briceida Villar, a quienes dejó "el resto de sus bienes", y reiteró su voluntad de que fueran sus herederos su hijo natural Saúl Villar Flórez y sus dos hermanas citadas. Son cláusulas de la memoria testamentaria las siguientes:

"Tercero.—Tengo un hijo natural llamado José Saúl Villar al cual por medio de este instrumento reconozco como tal y es mi voluntad que si llegare yo a fallecer, le queda en pleno dominio y posesión la mitad de la finca de San Mateo y la parte correspondiente en los edificios, enseres y anexidades allí existentes. También dejo a mi citado hijo la mitad de los semovientes enume-

rados en el punto anterior; también le dejo la suma de mil pesos que en caso de que yo muriere se le entregarán de la suma consignada en el Banco de San Gil.

"Cuarto.—Tengo dos hermanas carnales que responden a los nombres de Natividad y Briceida Villar, residentes en el Valle de San José, a las cuales constituyo como mis universales herederas del resto de mis bienes, después de deducir todos los gastos que demande mi curación y los que puedan ocurrir si llegare a fallecer.

"Quinto.—Como lo dejo expresado, son pues mis herederos los expresados señores mi hijo José Saúl Villar y mis dos citadas hermanas, en la proporción y términos que dejo anotados".

2.—Al día siguiente de extendido tal instrumento, el testador falleció en la Clínica de Marly, en Bogotá, por muerte violenta a causa de peritonitis. Cuad B., f. 15).

3.—Según reza la escritura Nº 345 otorgada el 22 de mayo de 1947 en la Notaría Segunda del Circuito del Socorro, Natividad y Briceida Villar cedieron a Saúl Villar Flórez la totalidad de sus derechos hereditarios en la sucesión de Rafael Antonio Villar, por la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) que las cedentes declararon haber recibido de contado. Pertenecen a este instrumento las siguientes estipulaciones: Natividad y Ana Briceida Villar "dan en venta real y enajenación perpetua al señor Saúl Villar Flórez todos los derechos y acciones que les coresponden en su calidad de hermanas legítimas del señor Rafael Antonio Villar con la sucesión testada del mismo señor Rafael Antonio Villar. Esta venta comprende todos los derechos sobre bienes raíces, muebles, créditos, depósitos bancarios, objetos en general, semovientes, etc. etc. Igualmente en esta venta quedan comprendidos también todos los derechos que a ellas corresponden o puedan corresponder, no sólo por la institución de herederos universales del señor Rafael Antonio Villar, según testamento consignado en la escritura Nº 53 otorgada en la Notaría de Suaita el 22 de marzo del corriente año, sino también por concepto de legados. Si posteriormente resultaren créditos por cobrar de que sea titular el señor Villar éstos quedarán comprendidos en la presente negociación. Segundo. El comprador señor Saúl Villar se hace cargo de pagar el pasivo de la sucesión, dejando libres a las vendedoras por este concepto. Tercero. Responden de su calidad de herederas en su condición de hermanas legítimas...." (Cuad. B. fls. 16 v. y 17).

4.—En el Juzgado 1º Civil del Circuito del Socorro se sustanció y decidió el juicio de sucesión testamentaria de Rafael Antonio Villar. En la diligencia de inventarios y avalúos el patrimonio del causante fue justipreciado en la suma de $ 87.950.00, relacionándose un pasivo por la suma de $ 11.920.00. La totalidad de los bienes fueron adjudicados a Saúl Villar Flórez en su condición de herederos del causante y cesionario de los derechos comprados a Natividad y Briceida Villar. (Cuad. B., fls. 11-14). El juicio terminó con sentencia aprobatoria de la partición del 6 de febrero de 1948.

5.—El 23 de abril de 1951 ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro, Natividad y Briceida Villar promovieron demanda ordinaria contra Saúl Villar Flórez para que se declarara rescindida por lesión enorme la venta que le hicieron de los derechos hereditarios en la sucesión de Rafael Antonio Villar. Las demandantes alegan que los bienes de la sucesión tenían un valor comercial mayor de $ 200.000.00 a la época del contrato. Pidieron en la misma demanda que se declarara que las actoras son herederas testamentarias de Rafael Antonio Villar, al tenor de la escritura Nº 53 de 22 de marzo de 1947 de la Notaría de Suaita, y que el demandado no es heredero de dicho señor sino simple legatario de los bienes asignados por el testador. (Cuad. B., fls. 2-3).

6.—Este juicio fue decidido en primera instancia por sentencia fechada el 28 de enero de 1952. El Juzgado decretó la rescisión de la venta en cuanto a los inmuebles adjudicados a Saúl Villar Flórez y ordenó la restitución de los bienes con las prestaciones consiguientes. (Cuad. A., fls. 47-59).

7.—Apelado el fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de San Gil en sentencia del 29 de septiembre de 1952, lo revocó y en su lugar absolvió al demandado de los cargos de la demanda. (Cuad. D fs. 27-38).

III — Sentencia acusada.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil se interpuso recurso de casación por la parte actora.

El Tribunal negó la rescisión de la venta:

1º—Porque consideró que el contrato por el cual Natividad y Briceida Villar vendieron a Saúl Villar Flórez no era conmutativo sino aleatorio, siendo improcedente por tal causa la acción rescisoria incoada;

2º—Porque aún aceptada la procedencia de la

acción rescisoria, no se habría demostrado en el juicio que los inmuebles valieran a la época del contrato más de la mitad del precio recibido por las vendedoras, ya que el dictamen pericial que tuvo en cuenta el juez a quo para dar por demostrada la lesión enorme, carecía de los requisitos legales, pues por una parte, se privó al demandado del derecho a designar perito y el experticio no fue debidamente fundado, por otra parte.

III — Demanda de casación.

Los cargos formulados a la sentencia con base en la causal primera de casación, pueden agruparse en dos capítulos:

1º—Violación directa del artículo 1498 del C. C. por errónea interpretación: del artículo 32 de la Ley 57 de 1.887 por indebida aplicación a un caso no contemplado en tal disposición, y de los artículos 1946 y 1947 del C. C. por falta de aplicación.

2º—Error evidente de hecho y de derecho en la apreciación del dictamen pericial sobre el valor de los bienes de la sucesión de Rafael Antonio Villar, por no haberse estimado este elemento probatorio. A causa de la errónea apreciación de esta prueba se infringieron los arts. 721 del C. J. y 1946 y 1947 del C. C.

IV — Examen de los cargos.

Se examinan los cargos del primer capítulo que se relacionan todos con la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme respecto de la venta de derechos herenciales hecha por Natividad y Briceida Villar y Saúl Villar Flórez.

El recurrente después de exponer la diferencia entre los contratos conmutativos y los aleatorios, afirma que el contrato celebrado entre Saúl Villar y Briceida y Natividad Villar sobre compraventa de los derechos herenciales de éstas en la sucesión testada de Rafael Antonio Villar no fue aleatorio sino conmutativo. Para fundar esta conclusión el recurrente enumera las circunstancias peculiares del negociado, a saber: a) todos los bienes y deudas del causante quedaron relacionados en el testamento otorgado la víspera de su fallecimiento; b) Saúl Villar Flórez era administrador de los bienes de su padre Rafael Antonio Villar; c) con posteridad a la muerte del testador, Villar Flórez continuó en la administración y pudo verificar mejor cuál era la situación del patrimonio dejado por el causante; d) Villar Flórez compró los derechos herenciales de Briceida y Natividad Villar en una sucesión cuyo patrimonio quedó relacionado en el testamento del causante, al cual se hizo expresa mención en la escritura de conmpraventa; e) en consecuencia, el cesionario no corrió ninguna contingencia al adquirir esos derechos, porque "obró sobre bases ciertas y con pleno conocimiento de la herencia que compraba y de los bienes que la componían, porque no había ninguna incertidumbre acerca de dichos bienes, su clase, ubicación, valor y cuantía, y porque la equivalencia de lo que compraba era sobradamente superior, varias veces, a la suma de dinero que pagaba, al punto que la adquisición la hacía con sólo una parte del dinero que a la misma herencia pertenecía". "En el presente caso —concluye el recurrente— sería contrario a la evidencia de los hechos calificar de aleatorio el contrato contenido en la escritura Nº 345 del Socorro, objeto de la litis".

El recurrente también afirma que la cesión o venta de derechos herenciales no está catalogada expresamente en ningún texto legal como contrato aleatorio.

En consecuencia, el sentenciador violó por interpretación errónea el artículo 1498 del C. C.

Considera igualmente el recurrente que se infringió por indebida aplicación el art. 32 de la Ley 57 de 1887, porque la cesión de derechos hereditarios no está incluída dentro de las excepciones contempladas en dicha disposición. La venta de derechos herenciales vinculados a inmuebles —como cree que es el caso sub judice— no está exceptuada de la acción rescisoria por lesión enorme.

Por último, el recurrente acusa la sentencia por infracción de los artículos 1946 y 1947 del C. C. que el sentenciador ha debido aplicar para declarar la rescisión de la venta por lesión enorme.

En concepto del recurrente se demostró en el juicio que los bienes inmuebles de la sucesión al tiempo del contrato valían comercialmente $ 213.000.00. Descontando de esta suma el valor de las deudas y de los bienes asignados por el testador a Saúl Villar Flórez, el valor de los derechos cedidos por Natividad y Briceida Villar sería la suma de $ 138.000.00, de tal suerte que siendo la mitad de este valor la cantidad de $ 69.000.00, y no habiendo recibido las vendedoras sino la suma de $ 19.000.00, la lesión enorme es palmaria y protuberante.

Se considera:

El Tribunal analizó en el fallc recurrido la compraventa de los derechos hereditarios enajenados por Briceida y Natividad Villar a Saúl Villar, en las cláusulas que constan en la escritura Nº 345 de 22 de mayo de 1947 de la Notaría segunda del Circuito del Socorro, y de acuerdo con los antecedentes de este acto, llegó a la conclusión de que el contrato "está colocado dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1948 del Código Civil, en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra, y por tanto, no procede la acción rescisoria por lesión enorme que implica la equivalencia obligatoria de las prestaciones de los contratantes".

Para el Tribunal "es evidente, conforme al contratc celebrado entre las señoritas Natividad y Briceida Villar y el señor Saúl Villar Flórez, que los contratantes no determinaron los bienes materia de la convención, aunque allí se haga referencia al testamento del señor Rafael Antonio Villar, por cuanto aún no se conocía el pasivo de la sucesión, y, por otra parte, conforme a los términos del testamento, resulta incierta la cuota que habría de corresponder a las vendedoras en el sucesorio, en el momento de la partición".

El Tribunal examinó en conjunto las cláusulas del testamento y expuso las siguientes consideracines de hecho y de derecho en respaldo de la interpretación dada al contrato celebrado entre las hermanas del testador y su hijo natural:

"El derecho de testar en Colombia como en todos los países que siguen la orientación romana, no es absoluto. La libertad del testador está restringida por ciertas normas de índole legal que trasan pautas obligatorias a las cuales debe acomodar sus disposiciones de última voluntad. El capítulo 3º del Libro 3º del Código Civil trata de las legítimas y mejoras, y define las primeras en el artículo 1.239 como aquella cuota de bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios que son siempre herederos. La porción legitimaria es una asignación forzosa.

"El artículo 1242, que indica la forma de calcular la cuota de bienes destinada al pago de las legítimas, fue derogado y sustituído por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 para los efectos de las inclusión obligatoria de los hijos naturales. Dice tal disposición:

"La mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigorosa.

"No habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

"Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorece a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o nó legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio".

"Cualquier transgresión de estas normas invariables, da lugar a la acción de reforma del testamento que reglamentan los artículos 1274 y siguientes del código civil, para acomodarlo a los principios expuestos.

"La legislación colombiana concede acción de reforma del testamento a los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les coresponde. Por eso el legitimario que resulta preterido en el testamento, así consista la preterición en nó nombrarlo, o en atribuírle calidad distinta a la que realmente tiene, o en excluírlo al hacer el reparto de los bienes, tiene siempre expedita la acción de reforma del testamento, y aunque es verdad que mientras no sea reformado o invalidado, debe cumplirse en su totalidad, sinembargo, no es menos cierto, que la voluntad del testador tiene qué ceder y cede ante la ley que le exige obligaciones ineludibles como es el pago de las legítimas, pues, el partidor de bienes no puede hacer reformas al momento de la partición.

"Ahora bien: Como de conformidad con el artículo 1240 del código civil, los hijos naturales son legitimarios, y cuando no existen descendientes o asciendientes legítimos es a ellos a quienes corresponde exclusivamente, la mitad de los bienes dejados por el causante, luego de efectuadas las deducciones y agregaciones que exige la ley, la otra mitad del patrimonio sucesoral se divide en armonía con lo estatuído en el artículo 24 de la ley 45 de 1936, o sea, una mitad para la cuarta de mejoras, y la otra cuarta para la de libre disposición.

"De la lectura del testamento del señor Rafael Antonio Villar se deduce, que el testador

reconoció expresamente a Saúl Villar Flórez, como su hijo natural, y, por consiguiente quedó instituído como legitimario, por mandato de la ley, pero la confusión e incertidumbre que ha dado lugar en el presente juicio a diversas interpretaciones de la voluntad del testador, por los litigantes, surge del texto de la cláusula cuarta, en la cual designa el señor Rafael Antonio Villar, como **herederas universales "del resto de mis bienes"**, a Briceida y Natividad Villar, hermanas del testador.

"Como se ve, aunque el contrato de compraventa celebrado entre las señoritas Natividad y Briceida Villar, de un lado, y Saúl Villar Flórez del otro, hace alusión a una venta de derechos y acciones que les corresponden a las vendedoras, en su calidad de hermanas legítimas de Rafael Antonio Villar, "según testamento consignado en la escritura número cincuenta y tres otorgada en la Notaría de Suaita", no se puede afirmar, por este solo hecho, que estén especificados los bienes, desde luego que por razón de las encontradas interpretaciones a que están sometidas las cláusulas testamentarias, surge un riesgo o contingencia para el comprador, ante la posibilidad de una reforma del testamento, y por razón de la duda que se plantea en relación con la cuota señalada al legitimario así como a las hermanas legítimas del causante, pues, mientras el señor apoderado de las demandantes sostiene en alegato de conclusión presentado ante el Juzgado, que Saúl Villar tiene el carácter de legatario, el señor apoderado afirma que por haber sido reconocido legalmente como hijo natural, lleva el carácter de legitimario, y por no existir ascendientes ni descendientes legítimos, excluye a las hermanas legítimas del causante".

La Sala observa que el recurrente en su demanda de casación no atacó la sentencia por torcida interpretación que el Tribunal hubiera dado al contrato de cesión de derechos hereditarios, sino por la errónea interpretación del artículo 1498 del C. C. que define los contratos aleatorios. El recurrente no intentó acusar la sentencia por indebida interpretación del contrato a causa de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Dentro de la técnica del recurso la Sala no puede entrar a revisar las consideraciones del Tribunal al respecto.

Definida por el sentenciador la naturaleza aleatoria del contrato de compraventa de los derechos hereditarios, celebrado entre Natividad y Briceida Villar y Saúl Villar Flórez, el Tribunal negó la procedencia de la acción rescisoria por lesión **ultra dimidium**, fundándose en la doctrina que la Corte ha sustentado sobre el particular.

Efectivamente la Corte ha sostenido reiteradamente: a) que en los contratos aleatorios no tiene cabida la acción rescisoria por lesión enorme; b) que la venta del derecho de herencia, sin determinación de bienes, por ser un contrato aleatorio, no es rescindible por engaño enorme.

En sentencia de casación del 17 de agosto de 1933 dijo la Corte:

"Es de toda verdad que en nuestro Código Civil no hay ninguna disposición que consagre el principio de que los contratos aleatorios escapan a la acción de rescisión por lesión enorme pero también es de toda evidencia que esa doctrina está aceptada por jurisprudencia similar a la nuestra y los comentadores así lo reconocen y enseñan". (G. J., Nº 1895, T. XLIII, pág. 501).

En sentencia de casación de 11 de marzo de 1942 dijo la Corte:

"Bien sabido es que el derecho de herencia, cuya característica peculiar es ser universal, es diferente del de dominio en cuanto a su objeto, porque mientras éste se ejerce directamente sobre las cosas corporales signularmente, aquél versa sobre una cosa incorporal como es la universalidad jurídica de la herencia que es cosa diversa de los bienes mismos que la constituyen. Este derecho de herencia, como todo derecho patrimonial, es cesible a cualquier título, pero con resultados y consecuencias diferentes según la manera de cederlo y según sea gratuita u onerosa la cesión, por lo que toca a la responsabilidad del cedente. La herencia puede cederse contractualmente como una universalidad comprensiva de especies determinadas, cuando el cedente especifica detalladamente los efectos de que se compone la herencia, lo cual equivale a ceder determinadamente los bienes que se enumeran con todas las consecuencias que a un acto semejante señalan las reglas generales, tales como responder de la entrega de cada una de las cosas y de su obligación de saneamiento. Puede hacerse también la cesión del derecho de herencia sin especificar los efectos o bienes de que se compone, y entonces, si el título es gratuito el cedente no responde de nada, y si oneroso, no se hace responsable sino de su calidad de heredero.

"Esta última modalidad de la cesión del derecho de herencia, contemplada y reglamentada especialmente en el capítulo 2º del Título 25 del Libro IV del C. C., es el caso de autos. En este

contrato oneroso, no constitutivo exactamente de una venta por sus peculiaridades jurídicas que le dan una reglamentación especial dentro del Código, se realiza la única transmisión posible entre vivos a título universal, porque su objeto es el propio derecho de herencia, la universalidad jurídica, o una cuota de ella, constituída por todo el activo de la herencia y su pasivo en relación con el momento de la muerte del causante, que es el límite temporal que fija los derechos en materia de sucesión hereditaria. El cedente a título lucrativo de un derecho real de herencia sin determinación de bienes lo que cede es su derecho a ocupar su puesto en la sucesión por lo que respecta a los resultados patrimoniales que le puedan corresponder después del procèso legal de la liquidación sucesoria, de modo que él no garantiza ni responde de que el activo sea mayor que el pasivo, ni de la existencia o propiedad sucesoral de tales o cuales bienes corporales o incorporales, a menos, como ya se dijo, que a ello expresamente se compromete, en este caso, con la consecuencia excepcional de tener que responder de la evicción de las especies que determine como comprendidas en la herencia. La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (artículo 1967 C. C.), de manera que más allá de este elemento esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial definitivo de la cesión, pendiente, además, de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley y a la naturaleza jurídica del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1438 del C. C., en los cuales no es posible predeterminar los resultados de la convención en el momento en que se celebra, y en los cuales, por esta circunstancias, no procede la acción rescisoria, por lesión enorme, que implica la equivalencia obligatoria en las prestaciones de los contratantes.

"La acción de nulidad por causa de lesión, que excepcionalmente consagra la ley como manera de reparar el perjuicio sufrido en la celebración de determinados actos jurídicos, es acción que corresponde a ambas partes en los casos en que está autorizada en contratos bilaterales. Corresponde a comprador y vendedor en nuestro sistema legal y se diferencia del francés en que sólo se otorga al vendedor. Esta modalidad recíproca de la acción rescisoria le da también improcedencia en tratándose de contratos onerosos de cesión de derechos de herencia sin determinación de especies, porque estando en estos casos legalmente restringida la responsabilidad del cedente a su calidad de heredero, no podría deducirse acción por lesión del comprador, y esta solución resulta inaceptable porque no engrana dentro de la reglamentación jurídica de la lesión enorme como fenómeno bilateral en los contratos en que procede.

"Desde el punto de vista del carácter jurídico, mueble o inmueble del derecho de herencia, tampoco resulta la procedencia de la acción rescisoria de que se trata, limitada por la ley a la venta de bienes raíces (art. 32, Ley 57 de 1887). Las cosas incorporales, en efecto, como son los derechos, entran también dentro de la clasificaión del art. 654 del C. C. según sea la cosa en que han de ejercerse (667 ib) y en esta necesidad de clasificación no puede decirse exactamente que el derecho de herencia sea inmueble porque su objeto propio es una universalidad abstracta, distinta, según se ha visto, de los bienes individualmente considerados, en los cuales no puede decirse que se ejerza singularmente sino al cabo de la liquidación y adjudicación herencial, pero no mientras conserva el carácter de universal propio del derecho de herencia. La Corte ha considerado que este derecho no puede catalogarse como inmueble y que su venta no es contrato de los que causan mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces en cuyo caso la inscripción de la escritura pública debería hacerse en la oficina de registro de la ubicación del inmueble y no solamente en la de su otorgamiento. 'La venta de los derechos y acciones en general que al vendedor le correspondan en una sucesión, sin vincularlos en inmueble alguno especial, no es venta de bienes raíces que deba registrarse en la oficina de la ubicación de éstos. Ella queda debidamente registrada en el lugar del otorgamiento de la escritura pública'. (G. J., tomo XXVII, página 184).

"No entiende la Corte que esta catalogación haya de rectificarse por virtud de la vigencia del artículo 1º de la Ley 67 de 1930 que sometió la enajenación de los derechos hereditarios del menor bajo patria potestad o guarda a los mismos requisitos para enajenar e hipotecar sus bienes raíces, porque es evidente que el fundamento de tal disposición no es la naturaleza inmueble del derecho de herencia a que se refiere sino la necesidad de proteger especialmente los bienes de

los incapaces, precisamente por la imposibilidad jurídica de catalogar el derecho de herencia como bien inmueble debido a su naturaleza especial". (G. J., Nº 1893, páginas 114-116).

Y en fallo de casación del 20 de febrero de 1948 la Corte expuso lo siguiente:

"El contrato de venta, oneroso por esencia, es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase, porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes puedan determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar; comunmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga. Sólo excepcionalmente puede asumir la venta la naturaleza de contrato aleatorio, en que la extensión de las obligaciones de los contratantes o la existencia de ellas dependa de un suceso futuro e incierto que le permita establecer inmediatamente la ganancia o la pérdida, tal como acontece cuando la venta tiene por objeto una cosa futura y se expresa o aparece de la naturaleza del contrato que se compró la suerte; o cuando el objeto de la venta es un derecho litigioso, o un derecho en una herencia en que no hay datos ciertos sobre los resultados de su liquidación. Aceptan los doctrinantes que también puede tener esa calidad excepcional la venta de una mina propiamente dicha, sin elaboración ninguna y su consiguiente precio, pero no las que se vendan en estado de explotación, porque disponiéndose de noticias y datos utilizables para la determinación del precio y el ajuste de la economía contractual, se excluye el evento futuro que le comunica imprevisibilidad a los resultados del contrato.. Cosa distinta de esta calificación jurídica del contrato dentro de la subclasificación de los onerosos es la naturaleza contingente que generalmente conllevan los negocios de explotación minera". (G. J., tomo 63, página 701).

En relación con la anterior jurisprudencia de la Corte, se formulan las siguientes consideraciones doctrinales:

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

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

La calificación de la naturaleza aleatoria o conmutativa de la venta de derechos hereditarios, para decidir sobre la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme, es cuestión de hecho que corresponde determinar al juzgador en cada caso, teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias en que se celebre el contrato, con base en las pruebas allegadas al juicio.

Pero en contra de esta doctrina se hace la objeción de que en ningún caso tiene cabida la rescisión por lesión enorme en las ventas de derechos hereditarios, debido a la incertidumbre del carácter, mueble o inmueble, del objeto vendido. Es verdad que en esta clase de ventas el objeto de la transferencia no es una cosa corporal, sino una cosa incorporal, o sea, el derecho de herencia del cedente que recae sobre la universalidad de los bienes de la sucesión y no sobre especies determinadas.

La dificultad es allanable. El artículo 667 del C. C. establece que "los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que ha de ejercerse o que se debe". Si el patrimonio de la sucesión está representado sólo en bienes raíces, el derecho de herencia cedido será inmueble y cabrá la rescisión. Por el contrario, si el patrimonio herencial está integrado únicamente por bienes muebles, el derecho del sucesor será mueble y no procederá la rescisión. Para el caso de que los bienes de la sucesión sean muebles e inmuebles, en el cual surge grave dificultad para fijar la naturaleza del derecho cedido, habrá de adoptarse esta solución aceptada por la doctrina francesa, según enseñan Planiol y Ripert: la rescisión será posible en casos de que la lesión enorme aparezca teniendo en cuenta sólo el valor de los bienes

raíces ("Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", T. 10, Nº 357, página 408).

Aplicando los anteriores principios al caso sub judice, la Sala concluye:

Incólume en casación la interpretación que el Tribunal dio al contrato de venta de derechos hereditarios, por las razones atrás expuestas, la improcedencia de la acción rescisoria por lesión enorme resulta del carácter aleatorio asignado al contrato.

El Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 1498 del C. C. al calificar como aleatorio tal contrato, ni violó tampoco los arts. 1.946 y 1.947 del C. C. y 32 de la Ley 57 de 1887.

No prosperando los cargos examinados, es impertinente considerar la acusación formulada por el recurrente respecto a la apreciación de la prueba de la lesión enorme.

V — Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil, de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra. José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CONTRA EL CESIONARIO PUEDEN HACERSE VALER LOS ASIENTOS HECHOS EN LOS LIBROS DE COMERCIO DEL CEDENTE, PERO EL PUEDE PROBAR, CON TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA, CONTRA ELLOS. LA CONFESION PREESTABLECIDA EN UN DOCUMENTO ESCRITO NO ES PRUEBA DISTINTA DEL DOCUMENTO MISMO.—ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

1—Es evidente que no cabe completa asimilación de los asientos en los libros comerciales del cedente a recibos o cartas de pago expedidos por quien lleva tales libros, para los efectos de su fecha cierta respecto del cesionario.

Se explica que, tratándose de un recibo, documento que reposa en manos del deudor, se exija a éste que lo oponga inmediatamente porque, de lo contrario, se hace verosímil la antedata y obra contra él la presunción de insinceridad de la fecha; pero tratándose de documentos que no están en poder del deudor, y que éste no tiene por qué conocer, como son los libros de comercio del acreedor, no hay razón para exigirle que haga valer inmediatamente los asientos de pago, ni la hay, por consiguiente, para presumir, si no los invoca inmediatamente, la insinceridad de tales asientos. Al contrario, si se tiene en cuenta cuál es la causa de que los asientos de contabilidad prueben contra el comerciante que los hace —causa que no es otra que la psicológica de que debe presumirse que es verdadera una anotación que hace el comerciante en su propio perjuicio— se reconocerá fácilmente que no hay razón para afirmar que los asientos que perjudican al cedente, no pueden ser opuestos al cesionario. Porque las circunstancias especiales de verosimilitud que rodean las anotaciones del comerciante en su perjuicio, no permiten lógicamente que se haga, por esos asientos, una excepción al criterio según el cual, cuando en el documento privado se hace constar una relación jurídica estrictamente personal, como es el pago de la deuda, el cesionario del crédito no debe considerarse como un tercero respecto de tal documento.

Y la causa de que pueda oponérsele el documento sin considerarlo como tercero es, precisamente, como lo explica Lessona, que, en este caso, el cesionario puede probar, con todos los medios de prueba, que no hubo tal pago, o bien que éste se hizo después de haber adquirido su posición de cesionario del crédito y en perjuicio de esa posición.

Por consiguiente, si al cesionario se le pueden oponer los asientos de los libros de comercio del cedente, debe admitírsele a probar contra ellos, porque es precisamente porque puede probar contra ellos con todos los medios, por lo que pueden oponérsele los libros de su cedente.

2—La confesión preestablecida en un documento escrito no es prueba distinta del documento mismo; porque tales documentos no son otra cosa que confesiones escritas o preestablecidas en cuanto contengan declaraciones de las partes que los confeccionan para reconocer la existencia de obligaciones a su cargo. Por lo mismo, a esas confesiones les es aplicable lo estatuído sobre la fuerza probatoria de los documentos escritos respecto de terceros.

3—La errónea apreciación de una prueba no constituye error de hecho que dé lugar a la casación de la sentencia, cuando no se trata de que el juzgador haya leído en el documento lo que no está escrito o dejado de leer lo que está escrito; sino lo que se alega es que el examen PERCEPTIVO del documento es exacto, pero el examen INTELECTIVO no lo es. Porque en este caso no se trataría de un ERROR DE HECHO, sino de un error de INTERPRETACION DEL HECHO bien percibido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Darío Echandía)

Diógenes Troncoso se declaró deudor del Banco de Bogotá por la suma de veintitrés mil seiscientos ochenta y cuatro pesos ($ 23.684-00) y del Banco Alemán Antioqueño por cuatro mil quinientos sesenta y ocho pesos con veintinueve centavos ($ 4.568.29). Para garantizar estas deudas hipotecó su finca "La Esperanza", situada en los municipios de Caparrapí y Guaduas, por linderos determinados, y según escritura 821 de 16 de abril de 1930, de la Notaría 4ª de Bogotá. Se estipularon intereses del 13% anual para el plazo, que fue de un año, y del 15% para la mora.

Los bancos acreedores cedieron estos créditos al señor Ruperto Aya, por valor recibido.

El cesionario señor Aya, mayor y vecino de Bogotá, promovió juicio ordinario —por estar prescrita la acción ejecutiva contra la sucesión de Diógenes Troncoso y contra la Compañía Urbanizadora de Palanquero, sociedad ésta a la cual había aportado el deudor Troncoso una parte de la finca "La Esperanza" hipotecada para garantizar los referidos créditos. Este aporte consta en la escritura 833 de 17 de agosto de 1932, de la notaría 3ª de Bogotá. La intención de la aludida demanda es que se declaren vigentes esos créditos hipotecarios.

El juez de primera instancia absolvió a los demandados en lo relativo al crédito cedido por el Banco de Bogotá y reconoció el del Banco Comercial Antioqueño, subrogatario del Banco Alemán Antioqueño.

En segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá reconoció la vigencia del crédito a favor del Banco de Bogotá por la suma de diez y seis mil seiscientos cuarenta y seis pesos con treinta y siete centavos ($ 16.646-37). En lo demás confirmó el fallo de primera instancia.

Contra esta sentencia se alzaron en casación ambas partes. La tramitación de este recurso está agotada y la Corte va a fallarlo.

Materia litigiosa

Lo esencial de la litis versa sobre cuál sea el valor probatorio de los libros comerciales del Banco de Bogotá, cedente del crédito que el demandante, como cesionario, intenta hacer efectivo en este juicio. La parte demandada, que es la sucesión del deudor cedido, alega en su favor los asientos de la contabilidad del banco cedente en que aparece que la cuenta de Troncoso —el deudor cedido— fue cancelada desde el 9 de febrero de 1931, es decir, antes de la cesión. El demandante, por su parte, pretende que esos asientos de contabilidad no pueden oponérsele, por ser él un tercero. El tribunal consideró esas anotaciones como prueba de que el deudor cedido había pagado parcialmente el crédito con anterioridad a la cesión.

Cargos a la sentencia

El tribunal hizo las consideraciones que en seguida se trascriben:

"El actor contrajo su reclamo al crédito a favor del Banco de Bogotá. A ello se circunscribe el recurso.

"El artículo 47 del C. de Co., dispone: "Los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruír lo que resultare de sus asientos".

"El juzgado después de observar que ninguna vinculación existe entre el asiento de contabilidad de la cuenta de Troncoso con el relativo a la cuenta de Aya; y teniendo de presente que en aquel aparece que se canceló la obligación; así lo acepta lisa y llanamente.

"En sentir del Tribunal tal conclusión debe rectificarse porque la expresión legal "hacen fe contra el comerciante que los lleva" circunscribe el alcance del mencionado texto al dueño de los libros, quien no puede aducir prueba que tienda a destruír lo que resultare de los asientos. Pero los demás pueden contraprobar y aún aprovecharse de los asientos que les fueron favorables, a reserva de pasar por todas las enunciaciones que les fueron perjudiciales, puesto que la fe debida a los libros es indivisible, conforme a las voces del artículo 48 de la obra citada".

"Los litigantes aceptan que el Banco de Bogotá cedió su crédito a cargo de Troncoso y a favor de Ruperto Aya con fecha 30 de agosto de 1934. Los demandados afirman que entonces ya habían cancelado el crédito al tenor del asiento de contabilidad datado el 9 de febrero de 1931. El demandante observa que el deudor Troncoso declaró el 17 de agosto de 1932, en el texto de la escritura 833, que aún estaba vigente el gravamen hipotecario contraído a favor del citado Banco. Esta entidad se dá como tal, en escrito fechado el 28 de noviembre de 1933, esto es antes de la cesión aludida.

"El cesionario Ruperto Aya puede contraprobar el asiento de contabilidad. La confesión del deudor Troncoso desvirtúa la fuerza probatoria del mentado asiento, porque reconoce la vigencia de

la obligación. La palabra "canceló' significa que terminó la cuenta de Troncoso, mas no que éste hubiera satisfecho su obligación. Esta siguió viva y fue cedida a Ruperto Aya.

"Pero el mismo asiento debe tomarse en su integridad: quien se aproveche de los libros está obligado a pasar por todas las enúnciaciones perjudiciales que ellos contengan. Por ello es preciso reconocer que el monto de la deuda cedida es el de 16.646-37 según anotación de 9 de febrero de 1931. Esto es lo debido a la rata estipulada".

Esta tesis del tribunal ha sido atacada en casación por ambas partes.

La parte demandante afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 2221, 2222, 2224, 1625, 1960, 1961, 740 y 761 del C. C., y 33 de la ley 57 de 1887; y que a estas infracciones llegó el tribunal por haber apreciado mal la prueba que consiste en los asientos de los libros de contabilidad del Banco de Bogotá. La mala apreciación consistió, según este recurrente, en haber considerado los asientos como plena prueba contra el cesionario del crédito, estimación que es violatoria del artículo 47 del C. de Co., según el cual los libros sólo hacen fe contra el comerciante que los lleva. Porque el tribunal dió valor de prueba a los asientos en que se anotaron descargos en la cuenta de Troncoso hasta el monto de la diferencia entre el valor total y original del crédito que es de $ 23.-68400 y la suma de de $ 16.646-37, que fue la que reconoció como monto actual de ese crédito. Al aceptar tales descargos, el tribunal violó el citado artículo 47 y también aplicó indebidamente el artículo 48 del mismo código, incurriendo así en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la fuerza probatoria de los mentados asientos de contabilidad.

La parte demandada, a su turno, ataca en casación la sentencia, por considerar que el tribunal, al reconocer la vigencia del crédito cedido al demandante por el Banco de Bogotá hasta el monto de $ 16.646-37, violó los artículos 33 de la ley 57 de 1887, 1960 y siguientes del C. C., 1.625 y siguientes y 1634 del mismo código.

La infracción de estas normas sustantivas fue, según este recurrente, el resultado de haber apreciado mal el sentenciador la prueba consistente en los asientos de la contabilidad del banco cedente, al no aceptarlos como plena prueba de que el crédito cedido fue cancelado con anterioridad a la cesión. Esta mala apreciación tuvo como causa un error de derecho que consistió en haber aplicado indebidamente las reglas de los artículos 1761 del C. C., y 632 y siguientes del C. J.; en haber violado los artículos 47 y 48 del C. de Co., y haber infringido la norma jurídica según la cual los libros prueban no sólo contra el comerciante que los lleva sino también contra sus causahabientes o sucesores. Agrega el recurrente que la violación de las disposiciones sustantivas fue también el efecto de un error de hecho en la apreciación de los asientos de contabilidad y de la escritura 833 de 17 de agosto de 1933, de la notaría 3ª de Bogotá.

Examen de los cargos

Ataca el actor el fallo porque el tribunal dió por probado, con los asientos de la contabilidad del banco cedente, el pago parcial del crédito cedido. Consideró el sentenciador, en efecto, que los asientos de contabilidad demuestran que el deudor cedido hizo al acreedor cedente pagos parciales por valor de $ 7.037-63. Sostiene este recurrente que dicha apreciación implica error de derecho porque con ella infringió el tribunal los artículos 1761 y 1762 del C. C., y 639 y siguientes del C. J., por las siguientes razones:

1ª—Porque los libros de la contabilidad del banco cedente no pueden oponerse al cesionario demandante, por no emanar de éste y porque, asimilándose los asientos que perjudican al comerciante que lleva los libros a confesiones suyas, ellos no pueden oponerse a terceros como el cesionario del crédito;

2ª—Porque estos asientos son documentos privados ques no tienen fecha cierta respecto del cesionario, sino después de que en este juicio se tomó nota de ellos, es decir, en una fecha posterior a la notificación al deudor de la cesión del crédito; y

3ª—Porque al considerar el tribunal que de los asientos de contabilidad resulta que, en 9 de febrero de 1931, el crédito cedido era de $ 16.646-37 aplicó indebidamente la norma del artículo 48 del C. de Co., en cuanto prescribe que la fe debida a los libros es indivisible y el litigante que aceptare en lo favorable los de su adversario, estará obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que ellos contengan. "Porque —dice el demandante para fundar el cargo— esa indivisibilidad es para cuando una parte acepta en lo favorable los libros de su adversario, según los términos del art. 48 del Código de Comercio. Pero ese no es el caso que aquí se contempla, toda vez que el cesionario demandante no ha

aceptado nada del asiento de contabilidad de que se trata, ni él es el adversario del banco cedente. El demandante no ha alegado nada en su favor de los libros llevados por el banco. Es el demandado quien ha pretendido aprovecharse en su favor de los asientos en referencia. Es éste quien tiene que aceptarlos también en lo desfavorable. El artículo 48 del Código de Comercio no encuentra su campo de aplicación en el caso del litigio, porque el demandante alega y presenta como única prueba de su derecho, la escritura justificativa del crédito materia del juicio y la cesión hecha a su favor. Ninguna prueba resultante de los libros ha hecho valer para justificar sus pretensiones".

El primero de estos argumentos del demandante plantea el problema de si el cesionario de un crédito puede considerarse como un tercero respecto del acreedor cedente y del deudor cedido, para el efecto de oponerle los asientos de contabilidad de los libros del cedente, en que se hacen constar pagos verificados por el deudor cedido antes de la cesión.

Esta cuestión comprende las siguientes:

1ª—La de saber si los libros de comercio del cedente, como documentos privados que son, pueden tenerse como tácitamente reconocidos por el demandante cesionario de conformidad con el artículo 645 del C. J.; y

2ª—La de saber cuál es la fecha cierta de los asientos de contabilidad respecto de dicho cesionario y de acuerdo con el artículo 1762 del C. C.

En casación de 27 de marzo de 1954 (G. J. Tomo LXXVII, páginas 143 y siguientes) ha dicho la Corte:

"La Corte ha sostenido en términos generales que "el documento procedente de persona extraña a las partes contendoras en un juicio y llevado a él por el actor, no puede considerarse como documento privado tácitamente reconocido por el demandado en virtud de no haber hecho manifestación alguna acerca de él". (Casación, abril 29 de 1938, XLVI, 326). Pero para fijar el verdadero alcance de esta doctrina, es preciso interpretar el artículo 645 del C. J., en relación con el 637 de la misma obra y con el 1761 del C. C. "Según estas disposiciones, el documento privado, al quedar reconocido expresa o tácitamente por la parte a quien se opone, tiene virtualidad probatoria no sólo contra los otorgantes sino también contra los sucesores, o sean, las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de quienes aparecem o se reputam haberlo suscrito. Por consiguiente, cuando el artículo 645 del C. J., usa la expresión parte obligada se refiere no sólo a quien está obligado a reconocer la firma del instrumento, sino también a toda persona que, aún siendo extraña a la suscripción del documento, puede ser obligada como causahabiente de uno de los otorgantes. Así se ha aceptado que en un juicio contra los herederos del obligado en un documento privado, el reconocimiento implícito de éste tiene lugar cuando aquéllos no han objetado o redargüido de falsedad el acto procedente del de cujus, puesto que como sucesores son parte obligada, al tenor del artículo 645 del C. J. Y lo mismo debe aceptarse cuando en un juicio promovido por el cesionario de un crédito contra el deudor cedido, éste ha presentado como fundamento de una excepción perentoria (pago, compensación, etc.), un documento suscrito por el cedente con fecha anterior a la cesión o a la notificación de ésta; si la parte contra quien se opone el documento ha guardado silencio, tal documento debe considerarse reconocido implícitamente.

"Esta cuestión tiene íntima relación con la otra sobre la fuerza probatoria del documento privado respecto de los terceros, en cuyo examen se detiene seguidamente la Sala.

"Según el artículo 1761 del C. C., "el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han trasferido las obligaciones y derechos de éstos".

"Y el artículo 1762 de la misma obra establece: "La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él, o le haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal'.

"El artículo 1759 del mismo Código señala así el valor de la escritura pública: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a

quienes se trasfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular".

Armónica con las anteriores disposiciones es la contenida en el inciso 1º del artículo 637 del Código Judicial, que establece:

"Los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, tienen la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones cuando han sido extend dos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlos".

"La doctrina consagrada en las anteriores disposiciones puede resumirse así:

"Un instrumento público es plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, tanto para los interesados como para los extraños al acto. La existencia de un instrumento público prueba contra los otorgantes, contra los causahabientes a título universal o particular y contra terceros. Para los extraños, la existencia del documento público es un hecho que él demuestra por sí mismo: "PROBAT REM IPSAM".

"Así mismo, un documento privado, una vez reconocido expresa o tácitamente, es plena prueba de su existencia para los otorgantes y para "las personas a quienes se han trasferido las obligaciones y derechos de éstos". Pero en cuanto a la fecha y respecto de terceros, sólo tiene el valor probatorio del instrumento público, cuando se ha cumplido alguno de los hechos mencionados en el artículo 1762 del Código Civil. De tal manera que la fuerza probatoria del documento privado, en cuanto a la fecha cierta de su otorgamiento respecto de terceros, no emana propiamente del reconocimiento de los otorgantes, sino de cualquiera de las circunstancias limitativamente enumeradas en tal disposición legal. Respecto a los otorgantes y sus sucesores tiene la fecha indicada en el documento privado, cuando éste ha sido reconocido o mandado tener por reconocido.

"Quienes son terceros para el efecto aplicar la norma del artículo 1762 del Código Civil? La expresión no tiene un significado preciso y uniforme en la ley, por lo cual para señalar en cada caso su verdadero alcance es necesario atender al fin que ha perseguido el legislador en la norma que se interpreta.

"La fecha de un instrumento público tiene valor probatorio adversus omnes, porque es un hecho que garantiza la fe del funcionario que ha autorizado su otorgamiento. Pero la fecha del documento privado no tiene esta garantía de veracidad. Nada tan fácil como simular por sus otorgantes la antedata de un documento privado; en cambio, nada tan difícil para los terceros como probar esta simulación. Por esta razón la ley quiere proteger a los terceros contra los peligros de una antedatación efectuada en un documento privado que se les oponga. Y con este propósito, la ley para amparar los intereses de las personas extrañas al otorgamiento del documento privado, señala como fecha cierta, respecto de terceros, aquella sobre la cual ya no se hace posible una alteración por haber ocurrido cualquiera de los hechos previstos en el artículo 1762 del C. C.

"Los terceros a que se refiere el artículo 1762 del Código Civil no son propiamente las personas sin ninguna relación jurídica con las partes contratantes que figuran en el documento. Como el acto jurídico que consta en el documento, no se puede oponer a esa clase de terceros, por virtud del principio tutelar "res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest" sería inútil decir que tal documento no hace fe de su fecha respecto de estas personas. No se puede pensar que el legislador hubiera elaborado la teoría de la fecha cierta de los documentos privados para salvaguardiar los intereses de quienes jamás podían ser afectados.

El sentido verdadero de la palabra terceros, debe señalarse teniendo en cuenta el fin de la disposición contenida en el artículo 1762 del Código Civil, "que es hacer ineficaz el fraude preparado por medio de fechas anticipadas en daño de los que, siendo causahabientes a título singular, no intervienen en la convención ni por sí, ni por representantes", dice el tratadista chileno Luis Claro Solar.

Entre los terceros, según el mismo Claro Solar, se hallan todos los causahabientes a título singular, que, bajo fechas en apariencia distintas, hayan obtenido derechos sobre una misma cosa de la misma persona, cuando llegan a discutir entre sí acerca de la anterioridad del título de adquisición. Tales serían el comprador, el donatario, el legatario, el arrendatario; los cuales pueden no reconocer la fecha aparentemente anterior mediante la que otro adquirente a título singular pretende vencerles en la prioridad de la adquisición". (Luis Claro Solar, "Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado", T. XII, Nº 2044, página 700)".

La doctrina acogida por la Corte en los apartes que se han transcrito se refiere expresamente a los casos en que en el documento privado se hace constar una estipulación constitutiva de un de-

recho real o asimilable a real, como el del arrendatario. Pero qué decidir cuando lo estipulado en ese escrito constituye una relación puramente personal, limitada estrictamente al acreedor y al deudor que lo confeccionaron, como cuando el acreedor da al deudor un recibo de pago, o cuando, como en el presente caso, anota en sus libros ese pago?

La tesis más favorecida por la doctrina es la de que el cesionario no es tercero respecto de la carta de pago extendida por el cedente al deudor. La razón es, dice Lessona (Teoría General de la Prueba —Tomo III— pág. 203 Nº 291 —Madrid— Reus. 1930), que "si no se trata más que de obligaciones personales, como el vínculo no trasciende de las personas de los obligados, quien contrae o extingue la obligación no asume, de ordinario, relaciones con terceros". Por el contrario, "si el documento privado tiene por objeto la trasmisión de derechos reales o derechos a estos asimilados por la ley para ciertos efectos, como en los arrendamientos, entonces, en el acto mismo de hacer el documento, su eficacia trasciende, necesariamente, de las personas de los obligados; se adquiere un derecho absoluto erga omnes; se crea ab initio, por medio de la cosa, un estado de relaciones indirectas con los terceros....". "De donde se infiere que un recibo escrito y fechado en que consta la extinción de la deuda, completo ya por su naturaleza en el momento en que se hace, no puede resultar ineficaz únicamente porque se haga luego cesión del pretendido crédito, o porque lo embargue judicialmente un ejecutante del supuesto acreedor. Realmente, en tales casos, el cesionario y el que embarga no se equiparan al causahabiente en sentido estricto. Teniendo éstos derechos propios qué hacer valer, no están privados de medios legales que los garanticen contra el fraude y pueden, por tanto, probar con todos los medios, que el recibo y su fecha han sido simulados, que no hubo tal pago, o bien, que éste se hizo después de haber adquirido ellos su posición de terceros y con perjuicio de esa posición".

"El que compra una propiedad (Bonnier —Tratado de las Pruebas— Tomo II —pág. 348— Nº 701—Madrid 1939 Reus) o el que, en general, se hace conceder un derecho real, ha debido tomar inmediatamente las precauciones necesarias a fin de consolidar su adquisición, puesto que la naturaleza misma de su derecho le ponía en relación con los terceros. Pero, debe haber tanto rigor con respecto al que debía esperar no tener que tratar sino con una sola persona, respecto de la cual se hallaba él en regla, y que se encuentra súbitamente en relación con terceros? Nos referimos a un deudor que se hubiera contentado, como se practica todos los días, con una carta de pago no registrada, haciendo a su acreedor un pago total o parcial. Cuando se oponga esta carta de pago a un cesionario o a un acreedor de su acreedor que viniera a embargar el crédito en sus manos, podrían éstos replicarle que son terceros respecto del cedente o del deudor ejecutado y que, en consecuencia, no es permitido rechazarlos sino presentándoles una carta de pago que tenga fecha cierta? Numerosas sentencias se han dictado en diversos sentidos y es evidente que las circunstancias han debido influír mucho en la solución que ha recibido en los diferentes casos. Pero tomando lo esencial de estas decisiones, se pueden conciliar casi todas por medio de la distinción siguiente: o las cartas de pago han sido opuestas inmediatamente por el deudor, y entonces, si nada indica un fraude premeditado, se debe presumir la carta de pago anterior a la notificación, o bien, por el contrario, el deudor ha tardado en hacerla valer, y entonces es verosímil la antedata y la presunción está contra la sinceridad del acta".

Queda por estudiar la cuestión de si los asientos en los libros comerciales del cedente son asimilables, para los efectos de su fecha cierta respecto del cesionario, a recibos o cartas de pago expedidos por quien lleva tales libros.

Es evidente que la completa asimilación no cabe. Se explica que, tratándose de un recibo, documento que reposa en manos del deudor, se exija a éste que lo oponga inmediatamente porque, de lo contrario, se hace verosímil la antedata y obra contra él la presunción de insinceridad de la fecha; pero tratándose de documentos que no están en poder del deudor, y que éste no tiene por qué conocer, como son los libros de comercio del acreedor, no hay razón para exigirle que haga valer inmediatamente los asientos de pago, ni la hay, por consiguiente, para presumir, si no los invoca inmediatamente, la insinceridad de tales asientos. Al contrario, si se tiene en cuenta cuál es la causa de que los asientos de contabilidad prueben contra el comerciante que los hace —causa que no es otra que la psicológica de que debe presumirse que es verdadera una anotación que hace el comerciante en su propio perjuicio— se reconocerá fácilmente que no hay razón para afirmar que los asientos que perjudican al cedente, no pueden ser opuestos al cesionario. Por-

que las circunstancias especiales de verosimilitud que rodean las anotaciones del comerciante en su perjuicio, no permiten lógicamente que se haga, para esos asientos, una excepción al criterio expuesto atrás según el cual, cuando en el documento privado se hace constar una relación jurídica estrictamente personal, como es el pago de la deuda, el cesionario del crédito no debe considerarse como un tercero respecto de tal documento.

Y la causa de que pueda oponérsele el documento sin considerarlo como tercero es, precisamente, como lo explica Lessona en el pasaje atrás citado que, en este caso, el cesionario puede probar, con todos los medios de prueba, que no hubo tal pago, o bien, que éste se hizo después de haber adquirido su posición de cesionario del crédito y en perjuicio de esa posición. El demandado, en casación, pretende que el tribunal incurrió en error de derecho, al admitir que el cesionario del crédito podía probar contra lo que consta en los libros del cedente, porque el artículo 47 del C. de Co., no admite al comerciante a probar contra lo que le sea desfavorable de los asientos hechos en sus libros de contabilidad. Salta a la vista lo infundado de semejante tesis que pretende, al mismo tiempo, que al cesionario puedan oponérsele tales asientos, y que no se le pueda admitir a probar contra ellos. Es precisamente porque puede probar contra ellos, **con todos los medios**, por lo que pueden oponérsele los libros de su cedente. La tesis contraria carece de fundamentos de razón y de justicia.

Por lo demás, el tribunal afirma que el demandante debe someterse a lo que resulte de los asientos que le sean desfavorables en los libros del banco cedente. Es verdad que este principio no tiene aplicación en el presente caso, porque no fue el demandante sino el demandado quien invocó en su favor los libros comerciales del banco. Cosa distinta es que el tribunal pudiera, como podía, apreciar los asientos de contabilidad, no aisladamente sino relacionándolos unos con otros y todos con las demás pruebas operantes en el proceso, como la escritura 833. En ésta declaró el deudor demandado que estaba vigente el gravamen hipotecario que garantizaba el crédito cedido por el banco al demandante. Consideró el sentenciador que tal declaración, posterior a la fecha de los asientos de contabilidad y posterior a la cesión, demuestra que aquellos asientos no tienen el sentido de que la deuda había sido pagada por el deudor antes de la cesión.

Pero también tuvo en cuenta el sentenciador la anotación en que consta que el saldo en 9 de febrero de 1931 a cargo de Troncoso y que fue cancelado en tal fecha, era de $ 16.646-37, lo que según el tribunal demuestra que este fue el monto del crédito cedido.

El tribunal no incurrió en error de derecho al relacionar los asientos de contabilidad que invocó en su favor el demandado con otros de la misma contabilidad y con la declaración de la citada escritura 833. Lejos de infringir la ley al vincular las distintas pruebas entre sí obedeció, al hacerlo, a un principio obvio de lógica judicial. Porque no hay ningún precepto de derecho conforme al cual estuviera el tribunal obligado a apreciar aislada y automáticamente cada uno de los elementos probatorios útiles y adecuados para establecer los hechos fundamentales de la acción o excepción, sino que, al contrario, podía y debía valorar esas distintas probanzas en su complejo orgánico y en su articulada y lógica trabazón. Y esto fue lo que hizo el sentenciador.

Por otra parte, el resultado de la apreciación de esas pruebas, que llevaron al tribunal a dar por demostrado el pago parcial del crédito cedido, escapa a la censura en casación, pues se trataba, para el sentenciador, de estimar un conjunto de elementos de convicción, resultantes:

a) de los asientos de la cuenta de Troncoso;

b) de las anotaciones en la cuenta de Aya; y

c) de las declaraciones de Troncoso en la escritura 833.

Ahora bien, en la apreciación conjunta de esos medios de convicción, no alcanza a discernirse error de hecho ni error de derecho.

No hay error de hecho evidente porque no puede decirse que de alguna de esas piezas de convicción ni de todas ellas resulte establecido, con evidencia inmediata, que el abono de $ 7.037-63, fue hecho por Aya y no por Troncoso para que pudiera afirmarse que al reconocer el tribunal que dicho pago fue de Troncoso errara evidentemente.

Y no hay error de derecho porque el demandante hace consistir este error en que el tribunal no podía dar valor probatorio contra el cesionario a los asientos de contabilidad en los libros del cedente; ni podía darle fecha cierta sino de acuerdo con el artículo 1762 del C. C. Pero, como se ha visto, el sentenciador no infringió la ley al aceptar que los libros de contabilidad del

cedente se opusieran al cesionario ni al reconocer a los asientos fecha cierta desde que fueron registrados en aquellos libros.

Quedaría sólo por examinar el argumento del demandante que consiste en que, asimilándose los asientos de contabilidad que perjudican al comerciante que lleva los libros a confesiones suyas, éstas no pueden hacerse valer contra quien no las hizo, aun cuando sea sucesor o causahabiente de quien las hizo. Pero, en realidad, lo que sucede es que la confesión preestablecida en un documento escrito no es prueba distinta del documento mismo; porque tales documentos no son otra cosa que confesiones escritas o preestablecidas en cuanto contengan declaraciones de las partes que los confeccionan para reconocer la existencia de obligaciones a su cargo. Por lo mismo a esas confesiones les es aplicable lo que ya se dijo sobre la fuerza probatoria de los documentos escritos respecto de terceros.

En lo que se refiere a los cargos que formuló contra la sentencia la parte demandada, de lo expuesto hasta aquí se deducen las siguientes conclusiones:

Como resulta de los conceptos del tribunal trascritos arriba, éste tuvo en cuenta los asientos de contabilidad y los valoró o estimó como pruebas. Carece, pues, de fundamento el cargo de error de hecho en la apreciación de tales asientos, que hace el demandado, ya que esta clase de error consiste en pasar por alto o no tener en cuenta un medio de prueba que demuestra evidentemente el hecho controvertido. (Véase Casación de 23 de mayo de 1954. G. J. Tomo LXXVII, pág. 119, 2ª). Queda por ver si el tribunal incurrió en error de derecho al no dar a dichos asientos valor de prueba contra el cesionario del crédito. El demandado afirma que este error consistió en no haber aceptado como prueba del pago total, hecho por el deudor, la anotación "canceló" que el tribunal no considera como prueba de que Troncoso hubiera satisfecho su obligación, sino sólo com prueba de haber terminado la cuenta de Troncoso.

Bien claro aparece, pues, que no se trata de la cuestión de derecho que consiste en si los libros comerciales pueden oponerse a quien no los lleva; sino de la cuestión de hecho que consiste en averiguar el sentido del asiento de contabilidad que reza haber sido cancelada la cuenta de Troncoso. Los artículos 47 y 48 del C. de Co., que el demandado cita como infringidos por no haber tenido el tribunal como probado el pago con el citado asiento, se refieren al valor probatorio de los libros comerciales, pero el tribunal no ha negado dicho valor probatorio, sino que ha interpretado el tenor literal del asiento de cancelación de la cuenta. El artículo 1761 del C. C., que también cita dicho recurrente como violado, se refiere a la fuerza probatoria del documento privado reconocido expresa o tácitamente por la parte a quien se opone; tampoco está implicado este texto en la apreciación del tribunal, por la misma razón. Lo propio cabe decir de los artículos 632 y siguientes del C. J.

Ahora bien: el error de derecho en la apreciación de una prueba consiste en que, al estimarla, el tribunal infrinja una norma jurídica que define ese medio de prueba o determina su valor dentro de la tarifa legal. (Véase la sentencia citada arriba). En el presente caso, no puede decirse, por lo expuesto antes, que el juzgador haya incurrido en un error de esta clase, por no haber tenido como probado el pago, ya que a esta conclusión no llegó por haber negado valor de prueba a los asientos de contabilidad sino por no haber considerado que tales asientos fueran constancias del pago, o sea, que lo anotado en ellos hubiera sido el pago por el deudor del crédito cedido.

No hubo error de hecho en la apreciación de los asientos de contabilidad, porque el tribunal lejos de pasarlos por alto los valoró relacionándolos unos con otros y con las demás pruebas del proceso, para concluír que el deudor no había pagado, a la fecha de la cesión, todo el crédito cedido, sino solamente la suma de $ 7.037-43, según el asiento de 23 de septiembre de 1930. La conclusión del tribunal consiste en que la palabra "canceló" que se lee en el asiento de la cuenta de Troncoso en 9 de febrero de 1931 no significa que Troncoso hubiera pagado la deuda total y esta interpretación se funda en la declaración del demandado en la escritura Nº 833 y según la cual estaba subsistente, en aquella fecha, el gravamen hipotecario, y en los asientos de la cuenta de Aya en los libros del banco.

Resta por ver si en dicha interpretación de los asientos de contabilidad relacionados entre sí y con la escritura 833, hay error de hecho evidente. Pero bien se ve, por una parte, que el asiento que reza haber sido cancelada la cuenta de Troncoso en 9 de febrero de 1931, no demuestra de manera evidente el pago hecho por este deudor; y que, por otra parte, la prueba consistente en él se debilita por las declaraciones posteriores del deudor en la citada escritura. Para que pudiera

hablarse de errores de hecho cometidos al interpretar esas piezas de convicción, se necesitaría que el tribunal hubiera fallado contra lo que evidentemente aparece en esos documentos. Pero no es éste el caso; pues tanto la palabra **canceló** del asiento, como la declaración de subsistencia de la hipoteca dan racionalmente cabida a la interpretación que el tribunal les dió. No se trata, pues, de que el juzgador, en este caso, hubiera omitido considerar, o no hubiera visto, o hubiera pasado por alto o desnaturalizado los términos inequívocos de esos documentos. No tiene aquí cabida la figura del error de hecho evidente porque la errónea apreciación de una prueba no constituye error de hecho que dé lugar a la casación de la sentencia, cuando no se trata de que el juzgador haya leído en él lo que no está escrito o dejado de leer lo que está escrito; sino cuando lo que se alega es que el **examen perceptivo** del documento es exacto, pero el examen **intelectivo no lo es. Porque** en este caso no se trataría de un **error de hecho** sino de un error de **interpretación del hecho** bien percibido.

Y tampoco incurrió el juzgador en error de derecho al estimar así dicho conjunto de elementos probatorios, pues, como quedó demostrado arriba, no es aplicable aquí el artículo 47 del C. de Co., en cuanto no admite al comerciante a probar contra los libros que él mismo lleva, ni aparece, como atrás se vió, que el tribunal hubiera desconocido valor probatorio a los asientos de la contabilidad del cedente contra el cesionario, pues, antes bien, declaró demostrado, con tales asientos, el pago parcial; y en cuanto al resto de la deuda, sostuvo, no que los libros no pudieran oponerse al cesionario, sino que de ellos, considerados en relación con otros elementos probatorios, no resultaba demostrado el pago. No infringió, pues, el tribunal, al apreciar estas pruebas, ni el artículo 48 del C. de Co, que se refiere a la indivisibilidad de la prueba resultante de los libros y no tiene aplicación en este caso porque el demandante no los invocó como prueba a su favor; ni el artículo 1761 del C. C., que trata del valor probatorio de los documentos privados reconocidos, ni los artículos del C. J., que definen el de los documentos auténticos.

La conclusión es que no están fundados ni los cargos hechos por el demandante, ni los que formuló el demandado a la sentencia objeto del recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha diez y siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, objeto de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.— José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



EN LA LEGISLACION COLOMBIANA ES LICITO EL LITIS-CONSORCIO LLAMADO IMPROPIO, ES DECIR EL QUE OCURRE CUANDO ENTRE LAS PERSONAS QUE FORMEN EL RESPECTIVO GRUPO HAY TAN SOLO AFINIDAD JURIDICA DE SITUACIONES DISTINTAS SOMETIDAS A LA DECISION DEL JUEZ

Si bien es verdad que el Código Judicial sólo se ocupa, por modo general, en la acumulación de acciones en el artículo 209, el que se refiere exclusivamente a la acumulación OBJETIVA de acciones, o sea, la que el actor puede, bajo ciertas condiciones, realizar en una sola demanda, no es menos cierto que la acumulación SUBJETIVA de acciones (litis-consorcio activo por unión de varios demandantes), lo mismo que las demandas de uno o de varios CONTRA VARIOS (litis-consorcio pasivo y mixto), son actos procesales cuya licitud admite la doctrina, y la ley en muchos casos, siempre que entre las personas que formen el respectivo grupo haya CONEXION JURIDICA (llamada litis-consorcio simple o propio), o tan sólo AFINIDAD jurídica de situaciones distintas sometidas a la decisión del juez (litis-consorcio llamado impropio).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez)

1º—Lorenza Aguirre, con licencia de su segundo marido, Pedro Salazar Romero, vendió a David Moreno, hijo suyo del primer matrimonio, dos lotes debidamente delimitados, sitos en la sección Santa Rosa, jurisdicción de Ubaque, el segundo de los cuales es conocido con el nombre de Alto de la Cruz y Monte-Rey. El contrato, que también tiene por objeto la enajenación de otros inmuebles, consta en la escritura pública Nº 248, de 2 de marzo de 1914, —Notaría 4ª de Bogotá—, y se inscribió en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cáqueza y de Fómeque, en el Libro 1º, el día 31 de los mismo mes y año. Según el certificado del primero de aquellos Registradores, que lleva fecha 22 de mayo de 1947, tal título a la fecha no había sido cancelado conforme a la ley.

2º—Un mes y varios días más tarde, el 14 de abril, Lorenza Aguirre falleció en esta ciudad (c. 2º, fs. 12 y 17v.).

3º—También fallecieron el comprador David Moreno y su mujer Petronila Aguirre en la población de Chipaque el 12 de diciembre de 1935 y el 6 de abril de 1922, respectivamente, por lo cual se abrió bajo una sola cuerda el juicio sucesorio de estas personas en el Juzgado de Circuito de Cáqueza, y allí se reconoció a Eliseo Moreno como hijo legítimo de los causantes.

4º—En el juicio de que se trata, pidióse por Eliseo y Gregorio Morenos el secuestro, entre otros, de dos fundos ubicados en la sección de Santa Rosa, jurisdicción de Ubaque, por los linderos precisos. La petición fue aceptada. En el acta de la correspodiente diligencia, fechada el 31 de enero de 1947, se anotó lo siguiente:

a) Que el primer globo de tierra dentro de los linderos señalados, está integrado por cinco lotes, determinados asímismo por alindaciones completas

b) Que el segundo globo —"Alto de la Cruz y Monte-Rey"— forma un todo indiviso, pero individualizado en los términos que expresaron los peticionarios de la diligencia;

c) Que respecto del secuestro del primer fundo, se presentaron como opositores, en calidad de poseedoras las siguientes personas:

Leonidas Barbosa, (quien exhibió copia de la escritura 2848 de 4 de diciembre de 1925, otorgada en Bogotá, para comprobar la compra que había hecho a Eleázar Beltrán de un predio que estima comprendido en dicho fundo);

Feliciano Moreno, (quien alegó título sobre otra parcela, según venta que la hizo Valerio Hernández por medio de la escritura 742 de 4 de octubre de 1919, otorgada en Fómeque);

Isaías Moreno, (quien exhibió copia de la escritura 4.867, de 26 de noviembre de 1946, —Notaría de Bogotá— que contiene la hijuela de ad-

judicación hecha a él en el juicio de sucesión de Lorenza Aguirre: uno de los bienes que se le asignaron en la partición fue la mitad de otro lote, que el opositor considera enclavado en el primer globo de tierra materia del secuestro; y,

Finalmente, Jacinta Hernández, como administradora de **Francisco Moreno,** quien exhibió también copia de la misma escritura acabada de mencionar, que contiene la hijuela de adjudicación que a éste se le hizo de un lote en la sucesión de la mentada Lorenza Aguirre, ubicado en la misma zona.

El quinto y último lote del primer globo se halló en poder de **Primitivo Hernández,** sin cultivo alguno. Los interesados en la diligencia —Gregorio y Eliseo Morenos— reconocieron a Hernández dominio y posesión en la parcela.

d) Respecto del secuestro de la finca "Alto de la Cruz y Monte-Rey", **Campos Moreno de Moreno** hizo a su vez oposición "por ser dueña y poseedora en común con sus hermanos **Crisanta Moreno de Gamba, Rosa Moreno de Callejas** y **Lino Moreno,** como consta de la hijuela de adjudicación respectiva en el juicio de sucesión de Lorenza Aguirre, y que como prueba de sus afirmaciones presentó copia de la escritura pública número 4.867 ya citada";

e) El juez se abstuvo de verificar el secuestro, considerando que "todas las oposiciones tienen su fundamento y por consiguiente deben admitirse toda vez que han presentado todos y cada uno de los oposicionistas los títulos a que se refieren sus oposiciones".

El pleito

Cuatro meses y medio, más o menos, después de dicha diligencia, Eliseo Moreno, acompañando prueba de habérsele reconocido judicialmente como heredero de David Moreno y de Petronila Aguirre, entabló, a nombre de la doble sucesión de ellos, demanda ordinaria contra los opositores al secuestro en referencia y, además, contra los comuneros de Campos Moreno de Moreno, considerados éstos como tales y personalmente, para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones y condenas:

1ª—"Que la doble sucesión es dueña de dos globos de tierra, situados en la sección Santa Rosa, jurisdicción de Ubaque, que se determinan por linderos (los mismos de los dos grandes lotes vistos en la diligencia de secuestro de 31 de enero de 1947);

2ª—"Que por tener la sucesión mejor derecho que los demandados sobre tales lotes, "debe condenarse a cada uno a devolver y entregar, dentro del término legal, la porción que posee cada uno, a la sucesión de David Moreno y Petronila Aguirre, con todas sus anexidades, usos y costumbres, en la forma siguiente: "(aquí señala el actor los lotes poseídos por los demandados individualmente, indicando los mismos linderos señalados por el juez en la premencionada diligencia de secuestro);

3ª—"Que se condene a la parte demandada a pagar los frutos respectivos, según que se le considere poseedor de buena o de mala fe, junto con la restitución de todo lo que pertenece a la sucesión, por virtud de la prevalencia del título que tiene a su favor sobre cualquier otro que se haya registrado a favor de los demandados y demás prestaciones sociales", y

4ª—"Que se condene a la parte demandada en forma solidaria, o en la proporción que le corresponda, a la restitución de cada uno de los lotes que tienen en su poder, o al pago de las indemnizaciones a que tenga derecho la sucesión de David Moreno y Petronila Aguirre de Moreno y cada uno de sus herederos, si por los negocios y demás actividades de los demandados se hubiere inferido perjuicio o daño patrimonial, en el caso de no prosperar por esa causa las anteriores peticiones, junto con el pago de las costas procesales respectivas".

Entre los hechos sustentantes de la demanda, se destacan por su importancia los siguientes, que complementan los ya reseñados en este fallo como "antecedentes":

"6º—Los demandados son poseedores de las porciones de terreno que se les reclama, como parte de un todo global, y en esa calidad se opusieron a la diligencia de secuestro;

"8º—Como consta en la escritura Nº 248 de 2 de marzo de 1914, la compra de los terrenos fue hecha a la señora Lorenza Aguirre de Salazar, casada en primeras nupcias con Celestino Moreno, y sin embargo los demandados han prescindido de este título en sus negocios sobre los mencionados terrenos, y adelantaron el juicio de sucesión de Lorenza Aguirre para inventariar y adjudicar lo que la causante había vendido a David Moreno;

"9º—Dentro del mencionado juicio de sucesión de Lorenza Aguirre, los demandados tampoco tuvieron en cuenta que David Moreno era hijo de la causante para reconocerle lo que le correspon-

día como heredero, ni para adjudicar a sus nietos, hijos de David Moreno, la cuota herencial correspondiente;

"10.—Por prescripción extraordinaria de 20 años, según la ley 50 de 1936, y de 30 años según la ley 95 de 1890, art. 15, ha quedado saneada plenamente la venta de Lorenza Aguirre a favor de David Moreno, y esa tradición tiene hoy todos los efectos legales que le concede esta situación;

"11.—Ha transcurrido un tiempo suficiente para sanear de hecho cualquier defecto que pudiera encontrarse en el título de compra o adquisición de los terrenos que son objeto de la presente demanda, y en cambio contra la sucesión a cuyo favor se demanda, ni contra sus herederos, puede hacerse valer prescripción adquisitiva ajena, por haberse interrumpido esos términos y no poderse alegar contra esta clase de entidades o sus herederos".

Con la demanda, acompañó el actor varios documentos y, entre ellos, la copia de la escritura Nº 248 de 2 de marzo de 1914, ya citada, por la cual Lorenza Aguirre vendió a David Moreno dos globos de terreno en la comprensión municipal de Ubaque.

Por medio de un procurador común, que actuó como apoderado de varios demandados y como curador ad-litem de los demás, se produjeron tres contestaciones distintas de la demanda, en las que se niega la acción por considerarse simulado el título de la parte actora y porque los citados a juicio tienen excepciones que luégo se puntualizan.

De las respuestas a los hechos, se destacan éstas, que se contienen en las contestaciones a nombre de todos los demandados, menos en la dada a nombre de Leonidas Barbosa:

Al hecho 3º—"Es cierto que trataron de secuestrar los bienes de propiedad de mis mandantes pero ellos hicieron su oposición y luégo levantaron el secuestro";

Al hecho 6º—"Los demandados a cuyo nombre hablo en este escrito son poseedores en más de treinta años de unas fincas adquiridas por herencia de la madre conforme a los títulos presentados" (subraya la Corte).

Al hecho 10.—"No es cierto porque hay prescripción en favor de los demandados... quienes han poseído en forma continua por más de treinta años, lo mismo que su antecesora".

Leonidas Barbosa negó la acción y los hechos, menos el 3º, al que dió respuesta en idéntico sentido a como lo hicieron los ótros demandados.

Todos éstos acompañaron, asímismo, los títulos en que fundamentan su defensa consistentes en copias de hijuelas tomadas de la partición en el juicio sucesorio de Lorenza Aguirre, compras a adjudicatarios en dicho juicio, certificados de registro, etc., y, además propusieron estas excepciones perentorias: a) la de prescripción adquisitiva del dominio, b) la de prescripción extintiva de la acción, c) la de carencia de título para demandar, por ser simulado el que se aduce, y d) la de "falta de personería para demandar a personas distintas, con predios distintos y por causas distintas, lo que impide que se acumulen las diferentes acciones".

Leonidas Barbosa, opuso, además, la de cosa juzgada.

El juez de la causa, por sentencia definitiva de 28 de abril de 1950, que fue apelada por el demandante, puso fin a la instancia con esta resolución:

"1º—Declárase no probada la excepción de falta de personería para demandar a personas distintas, con predios distintos y por causas distintas, lo que impide que se acumulen las diferentes acciones;

"2º—Declárase probada la excepción de carencia de acción y derecho en el demandante, por no haber acreditado la identificación de la cosa materia de la reivindicación como uno de los requisitos que configuran la acción de dominio;

"3º—En consecuencia, NIEGANSE las peticiones hechas en la demanda.

"4º—Absuélvese a los demandados de los cargos formulados en el libelo de demanda; y

"5º—Condénase al demandante al pago de las costas del juicio".

El Tribunal de Bogotá, por medio del fallo de 9 de mayo de 1952 desató el recurso con las siguientes decisiones:

"1º—Declárase probada la excepción perentoria temporal de inepta demanda; 2º—En consecuencia, no se hacen las condenas solicitadas en el libelo. 3º—Las costas de ambas instancias son de cargo del actor. Tásense".

Para motivar la primera declaración, por medio de la cual se acogió la excepción antitécnicamente propuesta bajo el nombre de ilegitimidad de la personería, dijo el sentenciador, luégo de establecer la diferencia que existe entre la acumulación objetiva de acciones en una misma demanda (caso que contempla el artículo 209 del Código Judicial) y la acumulación subjetiva de acciones, determinada por la unión de varios su-

jetos como demandantes o como demandados y constitutiva de la figura denominada litis- consorcio:

"Tanto la acumulación objetiva, como la subjetiva, pueden presentarse combinadas; pero ello no cabe sino cuando actores y reos están ligados por una relación de derecho sustancial, que da lugar al vínculo jurídico entre los diversos pedimentos de las acciones, vínculo o conexión que se denomina continencia de causa y que, como se vio, consiste en la unidad que debe existir entre los pleitos desde su principio hasta su fin.

"En el presente caso estamos ante lo que los expositores y la doctrina denominan litis-consorcio impropio, figura en la cual los litis-consortes no se encuentran ligados por una relación jurídica sustancial que determine entre las varias demandas un vínculo jurídico, ni las demandas tienden a una relación necesariamente única. Para que sea admisible, es indispensable que las relaciones jurídicas en que se hallan las distintas partes con sus adversarios, tengan entre sí alguna afinidad.

"Nuestra legislación no reconoce esta figura del litis consorcio impropio, de recibo en otras legislaciones, sino en dos únicos casos y por disposición expresa de la ley, que son: El contemplado por el art. 3° de la Ley 1ª de 1943, que permite que la demanda de expropiación se dirija contra los dueños de los distintos predios que se van a expropiar, y el del art. 1.103 del C. J., que permite este litis-consorcio en el juicio de lanzamiento, cuando la demanda se dirige contra varios arrendatarios de predios rústicos.

"Ninguna conexión jurídica puede existir aquí entre los demandados Leonidas Barbosa, Isaías Moreno, Feliciano Moreno, Francisco Moreno y Campos Moreno de Moreno, ésta última en su propio nombre y como representante de la comunidad que, según se afirma, existe entre ella y Crisanta Moreno de Gamba, Rosa Moreno de Callejas y Lino Moreno, a quienes también se demandó; cuando se desistió de seguir la acción contra uno de ellos, por haber presentado un título anterior al del actor (fl. 7 cuad. Nº 4), sin que ello influyera en pro o en contra de los demás; cuando otro demandado propuso, además de las excepciones aducidas por los restantes, la de cosa juzgada; cuando no se logró la identificación de varias fincas, faltando así uno de los requisitos indispensables para la viabilidad de la acción y, cuando, por sobre todo, su titulación es diferente".

El recurso

Contra este fallo se ha alzado en casación la parte demandante en el litigio, y al efecto ha sustentado los cargos de ser incongruente y violatorio de la ley sustantiva, —directa e indirectamente—, en cinco capítulos a través de los cuales se afirma de modo invariable que la demanda básica del juicio está libre del defecto que el sentenciador le observa y, por ende, comportaba la obligación de pronunciar sentencia de fondo, de acuerdo con lo pedido y alegado, y, sin embargo, esto se eludió.

Limita la Corte su atención al examen de los capítulos V y VI de la demanda de casación, pues las consideraciones que al respecto va a hacer son suficientes para decidir el recurso y definir el pleito.

Acúsase allí la sentencia por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas a que el sentenciador alude en pasaje ya transcrito del fallo. Por todo lo cual, se dice, quebrantó indirectamente los artículos 946, 669, 740, 1.494 y 2.341 del Código Civil.

Para demostrarlo aduce el recurrente varios argumentos, de los cuales entresaca la Corte los que en seguida se transcriben: "Basta considerar, —comenta— que todos los demandados obraron de común acuerdo, como opositores, en determinado momento y dentro de una actuación judicial, al ejercicio del dominio del actor que había pedido el secuestro de los bienes; que su oposición desemboca en un mismo punto de controversia, o sea el desconocimiento del dominio; que aunque sus reclamos son parciales, están vinculados al todo; ..... y que, contra lo expresado en la sentencia, los títulos invocados (por los demandados) proceden de una misma fuente, común también con la del actor, según se demostrará más adelante". Agrega, por otra parte, que el desistimiento de la acción respecto de uno de los demandados (Feliciano Moreno), la proposición de la excepción de cosa juzgada por uno solo de ellos (Leonidas Barbosa) y el hecho de que "no se logró la identificación de varias fincas" en la inspección ocular judicial que por única vez se practicó en la segunda instancia, son cuestiones jurídicas de fondo que no inciden ni pueden dilucidarse en la apreciación de una demanda para establecer si ella se propuso o no con arreglo a las normas legales.

En análogas razones está fundado el cargo de

incongruencia, que el recurrente sustenta en el Capítulo VI de su demanda.

Como pruebas mal apreciadas, cita las acompañadas por las partes a la demanda y a sus respuestas, señalándolas concretamente.

La Corte considera:

1º—Si bien es verdad que el Código Judicial sólo se ocupa, por modo general en la acumulación de acciones en el artículo 209, el que se refiere exclusivamente a la acumulación objetiva de acciones, o sea, la que el actor puede, bajo ciertas condiciones, realizar en una sola demanda, no es menos cierto que la ácumulación subjetiva de acciones (litis-consorcio activo por unión de varios demandantes), lo mismo que las demandas de uno o de varios contra varios, (litis-consorcio pasivo y mixto), son actos procesales cuya licitud admite la doctrina, y la ley en muchos casos, siempre que entre las personas que formen el respectivo grupo haya conexión jurídica (llamada litis-consorcio simple o propio), o tan sólo afinidad jurídica de situaciones distintas sometidas a la decisión del juez (litis-consorcio llamado impropio)

El expresado Código en el artículo 398 prevé y autoriza la formación del litis-consorcio cuando, para evitar la división de la continencia de la causa, permite reunir varios procesos en uno solo: es decir, tal artículo expresamente abre la puerta al litis-consorcio después de tramitadas las distintas demandas. Pero no hay razón que impida la presentación inicial de ese litis-consorcio en un solo libelo cuando ocurren las mismas circunstancias que, de presentarse separadas las demandas, facultarían su reunión para encaminarlas bajo una misma cuerda y fallarlas en una única sentencia. Cabe aquí recordar al expositor Chiovenda, quien comenta: "La relación del litis-consorcio nos presenta una relación procesal única con pluralidad de partes actoras o demandadas autónomas", y por ello "suele decirse que el litis-consorcio es una pluralidad de procesos, pero esto sólo es verdad en el sentido de que las demandas de fondo de los más o contra los más son distintas, y pueden tener a veces (en el litis-consorcio simple y en el impropio) distinta y opuesta suerte". Todo lo cual apoya la tesis de que nada obsta en el Derecho procesal civil colombiano a la formación del litis-consorcio inicial, o en una sola demanda, como nada lo impide o pudiera obstaculizarlo en el derecho procesal italiano, en el que tampoco existe, o no existía a la época del comentario transcrito, norma que autorizara, de manera general, esa pluralidad de partes actoras o demandadas en un determinado proceso.

2º—Son dos las finalidades que con tal figura jurídica se persiguen. El tratadista en mención las expone así:

"a) Realizar la economía de los juicios en cuanto varias demandas unidas en un procedimiento requieren para ser examinadas y decididas una suma de actividades procesales y de dinero mucho menor que la que precisarían en juicios separados.

"b) Evitar fallos contradictorios, sustituyendo una sola decisión por parte de un juez único a las decisiones separadas de jueces diferentes".

Así, pues, si se trata, v. gr., de deslindar predios y en el del demandante éste no tiene el dominio pleno, hay que citar a quienes tienen derechos reales en el mismo fundo; y si, citados, no comparecen, les perjudica o aprovecha el fallo definitivo como si hubieran sido demandantes (art. 863 del Código Judicial) y, a la inversa, si el dominio del predio vecino está desmembrado o se halla en estado de indivisión, la demanda de apeo se dirige contra todos los que tengan en él derechos reales principales, para que el fallo definitivo les perjudique o aproveche (art. 866 ibidem): estos dos son casos de litis-consorcio necesario, en el que se cumple primordialmente la segunda de las finalidades expuestas. Pero hay también otras especies de la misma figura, como pasa a verse: Si las demandas tienen por objeto, v. gr., obligaciones divisibles, conviene, aunque no se impone, citar a un solo juicio a los distintos obligados: trátase entonces de un litis-consorcio pasivo propio, en que la conexidad jurídica de los demandados reclama unidad de proceso, para el mismo efecto. Pueden presentarse, finalmente, casos específicamente distintos de los comprendidos en los dos grupos anteriores, en que sólo hay afinidad entre las varias personas que comparecen como demandantes o como demandadas: varios inquilinos, por ejemplo, demandan al arrendador por haber disminuído el goce de los locales arrendados, a consecuencia de un hecho único de aquél; o bien, al contrario, el arrendador, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.103 del Código Judicial, ejercita la acción de lanzamiento contra varios arrendatarios de un predio rústico. En estos últimos casos —el primero puesto como ejemplo por Chiovenda, el segundo por el Tribunal de Bogotá— se ofrece y pone de presente el litis-consorcio im-

propio por activa, cuya finalidad no es otra que la exclusiva de alcanzar tanto la economía procesal como la de gastos en los pleitos.

3º—Una de las ocurrencias en que la continencia de la causa se divide y que, por tanto, autoriza el litis-consorcio procesal, es la prevista en el ordinal 4º del mencionado artículo 398 del Código Judicial, a cuya virtud deben reunirse los autos "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas".

La causa eficiente de las acciones está constituída por el interés de obrar, el que se desarrolla en dos elementos: el derecho sustantivo que la ley reconoce al actor para invocarlo en juicio, y un estado de hecho contrario a ese derecho.

En la demanda básica de este juicio está planteada con meridiana claridad **la misma causa de derecho** frente a todos los demandados, comoquiera que el demandante les opone como título jurídico único la escritura Nº 248 de 2 de marzo de 1914, cuyo registro no aparece cancelado, con la cual pretende justificar el dominio exclusivo de la doble sucesión que representa sobre los dos globos de tierra a que aquella se refiere y, por consiguiente, sobre cada uno de los lotes poseídos por éstos, que según la pretensión del actor son integrantes de tales fundos. Como **causa de hecho** señala la posesión sin derecho y particularizada que la contraparte tiene en las parcelas que a juicio del demandante los componen, la cual se ostentó de modo muy notorio y simultáneo en la diligencia de secuestro no consumado.

La misma demanda ordinaria, en hechos que atrás se transcribieron, da luz bastante, con los documentos anexos, para afirmar que el actor desconoce la legitimidad de la partición herencial de los bienes que fueron de Lorenza Aguirre, título del cual deriva originariamente el dominio parcial que alega cada uno de los demandados. Esta circunstancia del común origen de los distintos derechos opuesto al demandante, aceptada en el hecho por ambas partes, demuestra la **afinidad** jurídica que liga a los litis-consortes citados a juicio

Se cumplen así los dos requisitos de rigor para que la demanda en cuestión pudiera dirigirse contra varios, a la luz del principio que informa el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial: una misma causa de derecho en el demandante y varias personas demandadas con fundamento en esa causa, que están ligadas por inequívoco vínculo de **afinidad jurídica**.

No sobra anadir que en casos similares al presente, la Corte, por medio de esta Sala, ha decidido en el fondo acciones propuestas contra varios, entre quienes no mediaba propiamente **conexidad jurídica**, sino un simple nexo de **afinidad**. Al respecto pueden consultarse las sentencias visibles al folio 269 y siguientes del tomo XXIX y a folios 130 y siguientes del número 2.001, ambos de la **Gaceta Judicial**. Y es porque reunidas las circunstancias anotadas, no puede dejarse de lado la finalidad de economía procesal y pecuniária que justifica el litis-consorcio pasivo ,inicial o por acumulación de autos, pues basta pensar en lo antieconómico y hasta inhibitorio que resultaría sostener varios pleitos, con el costo de numerosas inspecciones oculares y demás pruebas pertinentes, para reivindicar los sujetos afines, sectores territoriales que el actor pretende ver amparados por un único título de dominio.

La Corte también ha dicho reiteradamente que si el motivo de abstención del Tribunal para fallar en el fondo una acción, proviene, no de falta de competencia (causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial), sino ,que obedece al reconocimiento de una excepción perentoria temporal —como la aquí declarada por el sentenciador— no estando suficientemente probado el medio exceptivo, "podría acusarse (la sentencia) por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto absoluto y cardinal del juicio— suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de la ley sustantiva. Y podría atacarse aquélla también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" (G. J., tomo LXXI, páginas 465 y 479).

Esto último, la incongruencia, es lo que ocurre en el fallo examinado, pues visto como que está que no hay ineptitud de la demanda, lo procedente era decidir el pleito en el fondo, condenando o absolviendo y teniendo en cuenta las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (art. 471 del Código Judicial). No habiendo asumido el Tribunal esta función inexcusable, prospera el cargo 6º de la demanda en estudio y por consiguiente se impone dictar el fallo que sustituya al recurrido.

Con este fin la Corte considera:

I—Para demostrar la identidad de los fundos a que se refiere la escritura 248 de 2 de marzo de 1914, así como la identidad de las parcelas de

ellos que se reivindican, el demandante adujo dos pruebas: a), la copia de la diligencia de secuestro de bienes sucesorales, ya ameritada, que acompañó a la demanda ordinaria, y b) la diligencia de inspección ocular, practicada dentro del término probatorio de la segunda instancia.

Confrontadas una y otra, resulta:

1° a). Que el primer gran predio a cuyo secuestro hicieron oposición Isaías y Francisco Moreno, Leonidas Barbosa y Feliciano Moreno se identificó plenamente por los linderos generales que en una y otra ocasión se señalaron por el interesado, linderos que concuerdan con los que respecto del primer globo se expresan en la citada escritura 248 y en la demanda ordinaria.

b). Que el segundo gran predio "Alto de la Cruz y Monte-Rey" a cuyo secuestro se opuso Campos Moreno de Moreno, en su propio nombre y en el de las otras personas comuneras con ella, no pudo identificarse en la diligencia de inspección ocular de 20 de octubre de 1950. Al efecto, después del correspondiente examen, el juez comisionado por el Tribunal dejó esta aseveración en el acta: "Como se ve, este terreno no concuerda en su alinderación con lo especificado en la demanda, ni en la diligencia de secuestro, ni en la escritura atrás mencionada": la 248 de 1914 (C. 5º pgs. 15 y 15v.). Ninguna observación en contra hizo el demandante, quien concurrió a la diligencia.

2º c). Que únicamente las parcelas de Leonidas Barbosa y de Feliciano Moreno, comprendidas en el primero de los dichos predios, pudieron identificarse en la inspección ocular, de la misma manera que lo fueron en la diligencia de secuestro, por los mismos linderos que expresa la demanda;

d) Que la parcela de Francisco Moreno, ubicada dentro del primer globo, según el demandante, no fue hallada en la diligencia de inspección ocular: "Se deja constancia, dice el acta, que su identificación no fue posible". (C. 5º, folio 16). El demandante guardó silencio sobre esta observación; y

e) Que a la parcela de Isaías Moreno, coadjudicatario en común con el anterior en el primer globo, sólo se le hallaron en la inspección ocular tres linderos idénticos a los expresados en la diligencia de secuestro y en la demanda, y diferente el del "pie". Ninguna objeción formuló Eliseo Moreno sobre este particular.

II—El demandante prescindió del dictamen que debían rendir los peritos asistentes a la inspección con lo cual cerró la posibilidad de disipar las contradicciones evidentes que en parte existen entre la diligencia de secuestro y la demanda, de un lado, y la inspección ocular, del otro. Por auto de 14 de diciembre de 1950 el Tribunal resolvió: "admítese el desistimiento que hace el memorialista, de la prueba pericial o concepto pericial que solicitó en este asunto" (C. 5º f. 22v).

III—A petición del demandante Eliseo Moreno y del demandado Feliciano Moreno, elevada siete días después de la inspección ocular ameritada, el Tribunal decretó, asímismo el desistimiento del pleito entre esas dos personas (C. 4º, f 7v).

IV—De lo expuesto se deducen estas conclusiones:

1ª) Que por falta de identificación de los predios, fracasa la demanda respecto de Campos Moreno de Moreno, Crisanta Moreno de Gamba, Rosa Moreno de Callejas y Lino Moreno (presuntos comuneros de "Alto de la Cruz y Monte-Rey"), así como respecto de Francisco e Isaías Moreno, a quienes señala el demandante como poseedores en el otro globo; y

2ª) Que Feliciano Moreno ha dejado de ser sujeto pasivo de la relación procesal a causa del desistimiento de la acción propuesta contra él. Por tanto, nada hay que proveer en este fallo respecto de este demandado.

V—Cuanto a Leonidas Barbosa, o sea el último de los que integran la nómina de demandados, (hoy sus causahabientes) tiénese que aportó varias pruebas para demostrar su dominio en el predio identificado que de él se reivindica, tanto al contestar la demanda, como dentro del término para producirlas en primera instancia.

Con la contestación de la demanda, las siguientes:

a).—Copia de la escritura pública Nº 884 de 4 de diciembre de 1942, otorgada en la Notaría de Cáqueza, en que se recoge la hijuela de adjudicación que se hizo a Barbosa en la sucesión de Delfina Romero y Justo Cubillos. Allí consta que el bien adjudicado, "El Llano", sito en Santa Rosa, jurisdicción de Ubaque, "fue adquirido por el

mismo adjudicatario Barbosa en compra a Eleázar Beltrán recogida en escritura Nº 2848, de 4 de diciembre de 1925, de la Notaría 1ª de Bogotá" b).—Copia de la escritura 2848, que se acaba de mencionar, en que se da fe de la venta de Eleázar Beltrán a Leonidas Barbosa, a que se ha aludido. Aparece allí que el enajenante había adquirido el objeto de la venta en remate efectuado dentro del ejecutivo que siguió Beltrán contra Evaristo Hernández. Los linderos de la finca coinciden exactamente con los expresados en la demanda básica de este juicio; c).—Copia del acta de remate, fechada el 5 de agosto de 1925 y registrada el 28 del mismo mes y año, a que se refiere el punto inmediatamente anterior; y

d).—Copia de la escritura pública Nº 2037, de 15 de noviembre de 1904, Notaría 5ª de Bogotá, por medio de la cual **Lorenza Aguirre**, por medio de apoderado, vendió a **Evaristo Hernández** la finca de que se viene hablando, cuyos linderos coinciden totalmente con los señalados en la demanda reivindicatoria contestada por Barbosa.

El cuaderno 2º recoge, además, estas pruebas:

e).—Las declaraciones rendidas ante el juez de la causa en el mes de febrero de 1950 por Pedro Aya, Narciso Moreno y Esteban Angel, según las cuales Leonidas Barbosa y sus antecesores han poseído materialmente, en más de veinticuatro años, el terreno que está en litigio, y

f).—El certificado de suficiencia expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cáqueza, el 18 de agosto de 1948 y ampliado el 10 de febrero de 1950, en el que se detallan las inscripciones de los títulos que constituyen la cadena descrita y se da fe de que, a la fecha, Leonidas Barbosa es poseedor inscrito.

Procediendo en definitiva ambas titulaciones, la de la sucesión demandante y la del demandado Leonidas Barbosa, de una misma fuente —Lorenza Aguirre—, a la cual éste se remonta por permitírselo el artículo 778 del Código Civil, es claro que Barbosa caracterizó mejor que su contrario el derecho de dominio en el predio disputado, puesto que su título arranca de la escritura Nº 2037 de 15 de noviembre de 1904, en tanto que el de la sucesión apenas data del 2 de marzo de 1914, fecha en que aquella señora otorgó a favor de David Moreno la escritura Nº 248, a lo cual se agrega la posesión continua y pacífica del demandado en el lapso que atestiguan varios deponentes; por todo lo cual es de estricta aplicación el artículo 1.873 del expresado Código y se impone la absolución del demandado.

Finalmente, ni a la luz del artículo 954 del Código Civil, ni a la que proyecta el artículo 214 del Código Judicial, se deduce condena alguna respecto de los demandados en general porque el actor haya alegado que éstos no negaron categóricamente ser poseedores actuales de los terrenos en litigio. Y no procede la condena, desde tal punto de vista, porque para ello fuera preciso, como lo exige la última disposición en cita, que el demandante hubiera probado su propiedad, y esto jamás sucedió.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 9 de mayo de 1952, en el juicio ordinario de reivindicación intentado por Eliseo Moreno, a nombre de las sucesiones de David Moreno y de Petronila Aguirre, contra Leonidas Barbosa, Feliciano Moreno (respecto de quien hubo desistimiento de la acción), Isaías Moreno, Francisco Moreno, Campos Moreno de Moreno, Rosa Moreno de Callejas y Lino Moreno; y en su lugar FALLA:

1º—Niéganse todas las peticiones de la demanda;

2º—Consecuencialmente, absuélvese a todos los demandados de los cargos que contra ellos se formularon.

Costas de la primera instancia, a cargo del demandante.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Luis Felipe Latorre.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO. — TECNICA DE CASACION

1—Cuando el fallo recurrido se apoya no sólo en las pruebas cuya apreciación se impugna en casación como errónea, sino también en otras a las cuales no se refiere el cargo, no puede prosperar la acusación por violación de la ley sustantiva a consecuencia de errónea apreciación de pruebas, si las no atacadas son suficientes para sustentar la sentencia.

2—La sociedad de hecho debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueren prescritas especialmente por la ley; y a menudo su existencia se infiere por medio de simples presunciones en las que el juzgador de instancia tiene poderes discrecionales, difícilmente atacables en casación.

3—Si la sentencia tuvo en cuenta determinadas pruebas, al acusar en casación por error de hecho en su apreciación, debe el recurrente puntualizar cuál es el hecho evidentemente probado con ellas y que el sentenciador no lo tuvo como demostrado, o, en todo caso, puntualizar y demostrar un yerro flagrante en la crítica probatoria del Tribunal para formar su propia convicción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Hernández Arbeláez)

Demandó Luis Rojas Peña a Manuel S. Mosquera para obtener que por vía ordinaria se declarara nula la sociedad formada de hecho entre el demandante y el demandado con el nombre de Fábrica de Jabonería Industrial Limitada "JABINAL", por haber dado principio a las operaciones proyectadas antes del otorgamiento, registro y publicación de la escritura social, además de no poder subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno. Pidió que se ordenara liquidar las operaciones habidas, con facultad para los socios de sacar su aporte, una vez cubierto el pasivo; y, como consecuencia de todo ello, suplicó el reconocimiento de su carácter de dueño de una cuota equivalente a la mitad proindiviso sobre las cosas muebles relacionadas en la demanda, de las que dijo no estar en posesión, y que, por consiguiente, se condenara al demandado, como poseedor de ellas, a restituirlas al actor en la cuota aludida, además de las costas del juicio.

La cuestión de hecho que plantea la demanda inicial, puede sintetizarse así:

1º—El 15 de diciembre de 1949 fueron comprados al señor Darío Trujillo Angel por $ 2.250 varios elementos destinados a la fabricación de jabón.

2º—El precio se pagó así: $ 430 en crédito a cargo de Silvio Trujillo Angel, hermano del vendedor, y a favor de Kurt Mildenberg, que éste cedió a Luis Rojas Peña con imputación al pago de unos honorarios; y el saldo de $ 1.820 en una letra de cambio a favor del vendedor y a cargo del mismo Kurt Mildenberg.

3º—Mientras el doctor Julio Roberto Salazar Ferro elaboraba la minuta de sociedad que le encargaran Rojas y Mosquera, éstos emprendieron varios trabajos e iniciaron la producción de jabón con dineros prestados por Mildenberg.

4º—Mosquera y Rojas Peña suscribieron un documento, con garantía de las instalaciones y productos de la fábrica, a favor de Mildenberg por la suma de $ 10.000.00, valor de sus préstamos con destino a la fábrica.

5º—Además del aporte inicial de $ 430, el demandante Rojas Peña hizo en varias fechas otros aportes, que suman $ 140; fuera del pago de comisiones en ventas, a Pedro Ahumada por valor de $ 150, y a Adelmo Rocha $ 50, por trabajo en la fábrica.

6º—El demandado se negó a firmar la escritura social, se apoderó de todo y "por consiguiente —dice la demanda automáticamente se formó una sociedad de hecho."

Como el Juez de primera instancia, 2º Civil del Circuito de Bogotá, no hallase probada la existencia de sociedad de hecho entre las partes,

absolvió al demandado en fallo del 11 de enero de 1952, que recibió confirmación en todas sus partes en la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito con fecha 18 de septiembre del mismo año (1952).

El actor recurrió en casación por la causal primera, y acusa la sentencia por estos motivos:

a) Error de derecho al apreciar el testimonio de Kurt Mildenberg y negarle el carácter de indicio necesario; lo mismo que el error de derecho en lo atinente a la declaración de Carlos Vargas y a los documentos traídos a los autos; y

b) Error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios del doctor Salazar Ferro y de los declarantes Carlos Arias y Carlos Vargas, conducente a error de derecho en lo tocante a la estimación de la misma prueba. Habla también en este punto del testimonio de Dionisio Ospina, pero se limita a esa simple alusión.

Primer cargo

Se impugna la sentencia por error de derecho al apreciar la declaración de Mildenberg como una presunción más o menos atendible según el artículo 696 del Código Judicial, cuando en sentir del recurrente ese testimonio hace plena prueba, por considerarlo "complemento necesario de la documental traída a los autos y consistente en la letra de cambio a cargo de Mildenberg que sirvió para la compraventa de la fábrica; en el pago del seguro de la fábrica, cuyo recibo está anexo a la demanda y cuya póliza figura en autos; en las facturas de materias primas para la fábrica, dirigidas a Mildenberg, recibidas por Mosquera en nombre de "Jabinal" y canceladas por Mildenberg."

Más adelante agrega el recurrente que los libros y anotaciones de contabilidad, los comprobantes que las respaldan y, en general, los documentos privados que obran en autos "indican de manera inequívoca que Mildenberg financió la empresa en su totalidad y que fue debido al crédito de Mildenberg por lo que se pudo adquirir a título de compra la fábrica y tomar en arrendamiento el local. El Tribunal incurrió, pues, en error de derecho consistente en negarle el mérito probatorio que corresponde a esa documentación según el artículo 1765 del Código Civil".

Por otro aspecto estima el recurrente que el Tribunal infringió directamente los artículos 698 y 701 del Código Judicial e incurrió en error de derecho al considerar como de oídas la deposición de Carlos Vargas, cuando el haberle oído decir a Mosquera que Rojas Peña era su socio, es una prueba del hecho que se trata de demostrar, por no referirse el testigo al dicho de tercera persona.

La demanda de casación alude a que "desde el punto de vista contable, Mosquera y Rojas Peña no hicieron aportes, puesto que debían todo a Mildenberg, salvo el referente a los $ 430 que Mildenberg pagó a Rojas Peña por los servicios que éste le prestó, pago que verificó cuando la compraventa de la fábrica."

Y concluye el cargo en estos términos:

"A cambio de todas estas pruebas positivas no aparece que Mildenberg al financiar la empresa lo que realizó fue una donación en pago, puesto que no está acreditada ninguna obligación a su cargo. Luego sí constituye un indicio de carácter necesario la explicación que da Mildenberg sobre el motivo que lo movió a financiar la empresa: el de que sus dos amigos, Rojas Peña y Mosquera, trabajaran asociados en la fabricación de jabón.

"Incurrió, pues, el Tribunal en error de derecho consistente en negarle el alcance de plena prueba a ese indicio, con violación del artículo 663 del Código Judicial, y con la consiguiente violación también de las dos normas sustantivas citadas (Artículos 472 del Código de Comercio y 2083 del Código Civil) y, desde luego, aplicó indebidamente el Tribunal el artículo 667 del Código Judicial."

Se considera:

El fondo de la alegación consiste en sostener la existencia de una sociedad de hecho entre Rojas Peña y Mosquera, destinada a producir jabón. En tanto que el Tribunal, después de detenerse en el examen y valoración de todos los elementos de prueba que obran en autos, no sólo de los aducidos por la parte actora sino también de los que el demandado aportó al debate, y luego de respaldar su juicio en la doctrina de la Corte concerniente a la formación de las sociedades de hecho, llega al convencimiento de que no se acreditó la existencia de aquella sociedad entre las partes comprometidas en el presente litigio.

Si la convicción del sentenciador no se funda exclusivamente en los medios a que se concreta el recurso, sino que encuentra apoyo en que las pruebas del demandado desvirtúan las producidas por el actor, se echan de menos en la sus-

tentación del recurso los reparos que, en concepto del demandante, pudieran presentarse sobre tales pruebas del demandado y su mérito reconocido en la sentencia, el que por lo mismo no es materia de acusación y permanece en firme. Dice el Tribunal a este respecto:

"....En otras palabras, del análisis del acervo probatorio no surge la convicción plena en el fallador sobre la existencia de la sociedad de hecho, tesis que reafirma aún más el estudio de las pruebas presentadas por el demandado que no solo debilitan sino que además se oponen e infirman la prueba indiciaria del actor. En efecto: existe el contrato de arrendamiento de local donde funciona la fábrica, firmado entre el arrendador y Mosquera como arrendatario; existe el contrato de venta de la fábrica, y según el cual exclusivamente el señor Mosquera le compró la fábrica al señor Trujillo; se encuentran las declaraciones de Gustavo Lynn, Rafael y Edmundo Gooding Navas, al tenor de las cuales el demandante Rojas era un simple agente vendedor de la fábrica de jabón, pues los testigos manifiestan que lo conocieron personalmente como un simple agente vendedor de la fábrica; y para mayor abundancia el señor Darío Trujillo Angel, o sea la persona que vendió la empresa de jabón, motivo de este pleito, relata en la siguiente forma el desarrollo del negocio: "Conozco de manera directa y personal, desde principios del mes de diciembre de 1949 al Dr. Manuel S. Mosquera. Por ese conocimiento y trato personal me consta y así lo declaro que el Dr. Manuel S. Mosquera, celebró conmigo un contrato de compraventa de los elementos de una fábrica de jabón, los cuales estaban debidamente instalados en el local marcado con el número 13-96 de la carrera 49 A. de esta ciudad. El señor Rojas Peña intervino en la celebración de ese contrato en calidad de testigo únicamente, habiendo el Dr. Mosquera celebrado dicho contrato solo y personalmente. No me consta que haya habido condueño o socio en dicha fábrica; únicamente me consta y así lo declaro que el Dr. Mosquera hacía solo el negocio. El dinero de la venta de la fábrica lo recibí de manos del doctor Mosquera, en dos cheques, así: Uno por $ 1.200.00 y el otro por $ 634,97, cheques girados a mi favor por el Doctor Mosquera. Cuando fuimos a firmar la escritura de venta el señor Mildenberg exhibió una cuenta de cobro por valor de cuatrocientos y pico de pesos, contra mi hermano quien era en realidad el dueño de la fábrica y a cuyo nombre yo hacía la venta, a mí no me constaba dicha deuda y por lo tanto llamé telefónicamente a mi hermano a Manizales; él me explicó el negocio diciendo que la deuda no era como el señor Mildenberg decía, pero que si éste insistía era mejor que se la cancelara, pues no quería dejar enredos pendientes aquí, por lo tanto yo le reconocí al señor Mildenberg esa suma como parte del pago de la fábrica.... Ya dije que recibía esa suma como parte del precio de la fábrica pero no me consta cuál era el trato entre el señor Mildenberg y el señor Mosquera al respecto.... Mi hermano negociaba a veces con Mildenberg y cuando se vendió la fábrica se canceló esa cuenta que Mildenberg decía que era de esos negocios.... Es cierto que el señor Mildenberg a veces servía de intermediario para la compra de materias primas que se necesitaban en la fábrica.... La entrega real y material de la fábrica la hice al doctor Manuel S. Mosquera quien figuró como comprador. En la entrega estuvo el señor Rojas, pero únicamente como acompañante, yo a él nada le entregué pues no le había vendido nada". Contrainterrogado: "1º Si es verdad que la venta de la fábrica de jabones la efectuó por la suma de $ 2.500.00? Contestó: "La venta de la fábrica de jabones la hice al Dr. Mosquera por la suma de $ 2.500.00." A la segunda: "Si el referido precio le fué pagado así: a) $ 1.820.00 en una letra de cambio a cargo del señor Kurt Mildenberg; b) $ 430 en un crédito a favor del señor Kurt Mildenberg y a cargo del señor Silvio Trujillo? Contestó: "La fábrica me fué pagada así: una letra de cambio por $ 1.820.00 a cargo de Kurt Mildenberg; y los $ 400 y pico para cancelar la deuda de mi hermano y de que ya hablé." A la 3ª que dice: "Si para pagarle los $ 1.820.00 de la referida letra de cambio el señor Manuel S. Mosquera giró al testigo un cheque el cual no le fué cubierto oportunamente por deficiencia de fondos del girador? Contestó: "La anterior suma me fué pagada en dos cheques así: Uno por $ 1.200.-00 y el otro por $ 634,97 del Banco de Colombia, sucursal Mercantil, los cuales me fueron pagados al presentarlos al Banco. Estos cheques me fueron girados por el Dr. Mosquera y a mi nombre." Aclaro que la letra a que he hecho referencia no me fué cancelada por Mildenberg sino por el Dr. Mosquera, con los dos cheques que dejo relacionados girados por el Dr. Mosquera a mi nombre y que me fueron cubiertos inmediatamente los presenté al Banco Mercantil de esta ciudad".

"En consecuencia, como el Tribunal con las pruebas allegadas por el actor no encuentra de-

bidamente acreditados los hechos sustantivos de la demanda, porque se repite, la declaración de Mildenberg por sí solo no es plena prueba; la existencia de un pagaré a cargo de Rojas y Mosquera y a favor de Mildenberg no induce a demostrar la existencia de una sociedad; la prueba indiciaria no es lo suficientemente grave y precisa para producir la certeza sobre la existencia del hecho controvertido; y como por otra parte, las probanzas del demandado desvirtúan totalmente las afirmaciones del actor, deben negarse las súplicas de la demanda, confirmándose la providencia del juez a-quo que en concepto del Tribunal se ciñe a derecho."

Por lo demás, no alcanza a descubrirse error de derecho en la apreciación del testimonio de Mildenberg y en negarle el carácter de indicio necesario, como tampoco en cuanto hace al mérito probatorio de la declaración de Carlos R. Vargas y de los documentos traídos a los autos.

Afirma Mildenberg que Mosquera y Rojas Peña tenían el carácter de socios, y en conformidad con el artículo 696 del Código Judicial, que el sentenciador cita, "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". De suerte que si así valoró el Tribunal la declaración de Mildenberg, en nada se aparta su juicio de la tarifa probatoria que, además, le concede amplitud para apreciar el significado indicial del testimonio y su poder de convicción dentro del fuero propio del sentenciador, inmodificable por lo común ante la Corte.

Menos aún aparece en el Tribunal error de derecho por no concederle al mismo testimonio el mérito de indicio necesario, porque si como lo expresa la demanda el motivo que movió al propio Mildenberg cuando otorgara crédito a Rojas Peña y Mosquera fué el de que trabajaran asociados en fabricar jabón, es indudable que ese móvil de tercera persona en modo alguno funda nexo evidente de causa a efecto con la existencia de la sociedad que se invoca, cuya conformación jurídica exige elementos esenciales bien determinados, aunque se trate de sociedades de hecho. Esto es, el acuerdo de voluntades entre las partes, dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en el campo de lo lícito, dentro del juego de intereses recíprocos que conllevan equivalencia de tratamiento y el ánimo inequívoco de asociarse; **affectio societatis.**

Cuanto a la declaración de Vargas, sucede que el Tribunal no le reconoció mérito por dos motivos; a) por ser contradictoria; y b) por considerarla de oídas. Por manera que si es admisible entender con el recurrente que no se trataba de dicho de tercera persona, sino del de uno de los pretendidos socios y que por ello no se trata con exactitud de la hipótesis prevista por el artículo 698 del Código Judicial, es lo cierto que la tacha de contradicción en el testimonio subsiste, no ha sido impugnada, y es suficiente para que no haga fe, según el artículo 701 ibidem.

Por último, aunque se aceptara en los términos de la demanda de casación que los libros, anotaciones de contabilidad y comprobantes que las respaldan, y, en general, que los documentos privados que obran en autos "indican de manera inequívoca que Mildenberg financió la empresa en su totalidad y que fue debido al crédito de Mildenberg por lo que se pudo adquirir a título de compra la fábrica y tomar en arrendamiento el local;" y a pesar de que con amplitud de criterio se admitiese como bien formulado en casación el cargo por error de derecho al apreciar determinada prueba, está fuera de duda que la existencia de esos créditos y financiación no contribuyen a demostrar hechos asociantes entre Mosquera y Rojas Peña. Menos aún cuando de acuerdo con el juicio del Tribunal, no acusado por ese aspecto en el recurso, resulta probado que Mosquera fue quien compró al Sr. Darío Trijullo Angel los utensilios para fabricar jabón quien los recibió de manos del vendedor, quien pagó el importe de la letra de $ 1.820 a favor del mismo Trujillo Angel, aceptada por Mildenberg, y quien tomó en arrendamiento el local para la fábrica.

No existe, en consecuencia, el invocado error de derecho, ni la consiguiente violación de los artículos 472 del Código de Comercio y 2083 del Código Civil.

Tocante a la doctrina, en fallo de casación de 30 de noviembre de 1935, citado por el sentenciador, dijo la Corte:

"Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: 1ª Las que se forman por virtud de un **consentimiento expreso** y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan a la categoría de tales. 2ª Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordi-

nada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

"Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman sociedades creadas de hecho o por los hechos— no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas sociedades creadas de hecho; en éstas tal acuerdo no falta: lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

"De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito, Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reuna las siguientes condiciones:

"1º—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

"2º—Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

"3º—Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo o esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

"4º—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

"La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma, se le haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísima cuando se trata de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí." (G. J. XLII, página 479).

Todo lo cual significa que la sociedad de hecho debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueren prescritas especialmente por la ley; y que a menudo acontece que su existencia se infiera por medio de simples presunciones en las que el juzgador de instancia tiene poderes discrecionales, difícilmente atacables en casación.

Segundo cargo

Afirma la demanda que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho, que consistió en no haber tenido en cuenta la respuesta afirmativa del Dr. Salazar Ferro al punto 3º del interrogatorio, ni las respuestas afirmativas de Carlos Arias a los puntos 3º y 4º, como tampoco las respuestas afirmativas de Carlos R. Vargas a los puntos 3º, 5º y 10. Y agrega:

"En suma, ninguna de las deposiciones dichas fue estimada en su conjunto por el Tribunal, sino que éste lo hizo parcialmente.

"Como resultado de ese error manifiesto de hecho incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la prueba, pues le negó el alcance que ella tiene en relación con la existencia de la sociedad de hecho y de las operaciones efectuadas en desarrollo de ella por ambas partes, con lo cual violó el Tribunal los artículos 697, 698 del Código Judicial, por los mismos conceptos ya expresados y como consecuencia de lo cual también violó las normas sustantivas citadas anteriormente." (Artículos 472 C. de Co. y 2083 C. C.).

Se considera:

La lectura del fallo recurrido permite ver que el sentenciador en su análisis y valoración de las pruebas tuvo en cuenta los testimonios del Dr. Salazar Ferro y de los señores Arias y Vargas. No expresa el cargo cuál es el hecho evidentemente probado con las referidas declaraciones. Y aunque pudiera inferirse que alude a circunstancias asociantes entre las partes, es lo cierto que no se puntualiza ni demuestra ningún yerro, y menos aún flagrante, en la crítica probatoria del Tribunal para formar su propia convicción.

"El error de hecho manifiesto en la aprecia-

ción de la prueba, a que se refiere el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial —ha dicho la Sala en repetidos fallos— consiste 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 lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber 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." (V. Casación: 23 de marzo de 1954 —LXXVII— página 119).

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que ha sido objeto del recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José Hernández Arbeláez.—José J. Gómez.—Ernesto Melendro L., Secretario.

TESTAMENTO VERBAL.— TECNICA DE CASACION

1—Es improcedente la acusación con base en la causal segunda de casación cuando la sentencia recurrida es totalmente absolutoria.

2—Cuando en casación se acusa por violación de la ley sustantiva a consecuencia de errónea apreciación de las pruebas, la demanda debe determinar un error manifiesto de hecho o un error de derecho en dicha apreciación, la disposición de régimen probatorio que se haya quebrantado (si de error de derecho se trata), y el concepto preciso en que por tal razón hayan sido violadas las disposiciones sustantivas citadas al formular el cargo.

3—Si la acusación en casación es por violación directa de la ley sustantiva, la demanda debe decir cuáles fueron las disposiciones violadas y en qué concepto lo fue cada una de ellas, esto es, si la norma se aplicó sin ser el caso de aplicación, o se dejó de aplicar debiendo aplicarse, o, por último, si hubo interpretación errónea de todos o alguno de los textos legales que se consideran infringidos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, a cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Mediante escritura Nº 2106 otorgada el 9 de julio de 1950 ante el Notario Primero de Bucaramanga, el padre David Cote Castillo, quien había desempeñado hasta algunos meses antes el cargo de párroco de Lebrija, otorgó testamento, por el cual instituyó a Olimpo Osorio y a Marina Osorio legatarios de sendas casas ubicadas en aquella ciudad, y como herederos a sus sobrinos, hijos de su hermano Néstor Cote Castillo.

Cuatro meses después, el padre Cote, quien se había separado definitivamente de la parroquia mencionada, a causa de enfermedad, se trasladó a Cúcuta por indicación médica, con ánimo de avecindarse allí, según el dicho de varias personas, y con la esperanza de recobrar la salud.

Dos días después de su llegada a Cúcuta y ya instalado en casa de su hermano Néstor, a las siete de la noche, poco más o menos, del 13 de noviembre, el prenombrado sacerdote falleció a consecuencia de un infarto cardíaco; pero una hora antes del deceso, hallándose el padre Cote en estado de suma gravedad pero en su entero y cabal juicio, en presencia de siete personas, inclusive dos médicos que lo asistían, otorgó testamento verbal, por parecer que no había tiempo ni modo de otorgarlo en forma solemne, dado el inminente peligro de muerte que amenazaba al otorgante, quien deseaba revocar, como revocó, el testamento anterior, e instituír como único asignatario a su hermano Néstor.

Los favorecidos con el testamento solemne hecho por escritura pública el 9 de julio se apresuraron a promover el juicio de sucesión en Bucaramanga, y luego, el único asignatario por el testamento verbal abrió también la causa mortuoria en Cúcuta. La actuación en el segundo juicio se adelantó con más rapidez y el heredero Néstor Cote Castillo obtuvo el reconocimiento de su calidad y la adjudicación de todos los bienes relictos.

Así las cosas, los primitivos asignatarios Olimpo y Marina Osorio, propusieron el juicio ordinario de que hoy se trata, enderezado a obtener las declaraciones de nulidad del testamento verbal, nulidad del juicio de sucesión seguida en Cúcuta, restitución de bienes y otras decisiones consecuenciales.

Agotada la sustanciación de primera instancia, el Juez de circuito la finalizó con sentencia totalmente absolutoria, confirmada por el fallo de segunda pronunciado por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 19 de febrero de 1953, providencia que la Corte va a examinar en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

Cuatro cargos formula el recurrente, pero la Corte se ocupará ante todo en el último, por apoyarse en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

El cargo de que se trata consiste en la imputación que se hace al fallo recurrido de ser incongruente, porque no atendió una de las pretensiones del demandante sobre la irregularidad que ha alegado de que el decreto judicial previsto por el art. 1096 del Código Civil fue pronunciado por el Juez de Cúcuta, que no era el competente, por ser otro el del último domicilio del causante.

A ese respecto, el recurrente llama la atención al pasaje del fallo que dice:

"Aceptado que el testamento verbal otorgado por el Presbítero Cote Castillo es válido y cierto, no tendría objeto estudiar lo relacionado con la nulidad argüida por los demandantes en relación con la incompetencia de jurisdicción del Juez que dictó el decreto ordenando se valgan dichas disposiciones y declaraciones como testamento del difunto, ya que ellos carecen de interés jurídico para solicitarla, porque en últimas, de prosperar la nulidad, apenas sí tendría como consecuencia legal el envío de la información de que tratan los artículos 1094 y 1095 al Juez del último domicilio del testador, pero en ningún caso dejar sin validez el testamento verbal en que se excluye de toda participación en los bienes herenciales, ya como herederos, ora como asignatarios, a los demandantes y a quien coadyuva la demanda. Por eso, el Tribunal hizo expresa mención a lo que la Corte y los comentadores Vélez y Carrizosa consideran y aceptan como testamento verbal".

La Corte observa:

De un lado el Tribunal expresó lo transcrito aquí después de estimar, mediante el examen de todas las cuestiones de fondo y comprobaciones del caso, que el testamento verbal del padre Cote era válido; y en el propio pasaje que se contempla considera que aún suponiendo que careciera de jurisdicción el Juez de Cúcuta, la nulidad alegada apenas impondría el envío de la información levantada al Juez del último domicilio del testador, pero "en ningún caso dejar sin validez el testamento verbal".

Y por otro lado, a continuación del pasaje en referencia (f 56 del Cuaderno y 15 de la sentencia), el Tribunal entra a examinar y apreciar los comprobantes sobre el último domicilio del testador, hallando acreditado que fue Cúcuta.

De manera que, en realidad, el Tribunal sí consideró la sentencia de primera instancia, totalmente absolutoria, sin que hubiera dejado de fallar ninguna de las peticiones de la demanda, por lo cual el cargo de incongruencia carece de fundamento.

Primer cargo

Aparece formulado así:

"La sentencia recurrida es violatoria de los artículos 1089, 1090, 1091 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, por apreciación errónea de algunas pruebas y por falta de apreciación de otras".

En desarrollo del cargo el recurrente principia por quejarse de que el Tribunal haya considerado legal y válido el **"hipotético"** testamento verbal del padre Cote, probado que éste hizo testamento y en la forma prescrita por los arts. 1089, 1090 y 1091 del C. C., violando así esas disposiciones "por grave error de hecho".

Para patentizar esta imputación, relaciona el mismo recurrente una serie de circunstancias indiciales que, en su concepto, contradicen el otorgamiento del acto en discusión.

Que el presbítero Cote vivía en Bucaramanga y no trataba a su hermano Néstor;

Que el causante había otorgado, por escritura Nº 2.106 de 9 de julio de 1950, testamento solemne en el cual excluyó como asignatario a Néstor;

Que cuando viajó a Cúcuta no le avisó a Néstor y sí al párroco de San Antonio;

Que al llegar a Cúcuta no se hospedó en casa de su hermano sino en la casa cural de San Antonio;

Que al otorgar su testamento por escritura notarial en el mes de julio, no olvidó sus vínculos familiares e instituyó como herederos a sus sobrinos, los hijos de Néstor;

Que en el mismo testamento instituyó como legatario a Olimpo Osorio, quien el 11 de octubre acompañó al padre Cote a Cúcuta.

Que en el mismo testamento solemne instituyó como legatario a su sobrino Alejandro Cote Mendoza, quien se dice, en diligencias sobre curaduría, que era hijo natural del padre Cote; y

Que en el mismo testamento solemne, el causante dejó $ 3.000 para pagar misas por la intención de su alma.

La Corte estima que ninguna de estas circunstancias indiciales, suponiéndolas probadas demuestran, consideradas aisladas y conjuntamente, que no se hubiera otorgado el testamento verbal, cuya autenticidad, oportunidad, formalidades y demás elementos y factores de hecho indispensables para su validez, Juez y Tribunal encon-

traron superabundantemente acreditados con más de seis testimonios fidedignos, de personas que presenciaron el acto, contándose entre ellas los dos médicos de buena reputación que asistían al moribundo.

A esas declaraciones les hace el recurrente el reparo de que no existe entre dos o tres de ellas concordancia perfecta, absoluta o exacta respecto del momento en que algunos fueron a buscar un notario, a solicitud del causante, para otorgar el testamento solemne, sin haber podido hallar al funcionario y el momento en que se procedió al acto del otorgamiento verbal. Unos dicen que lo primero ocurrió a las cinco y media, otros entre cinco y media y seis; que lo último se consumó de cinco y media a seis y otros dicen que a las seis. Pero como de todas maneras el Juez y el Tribunal hallaron, y ésto es evidente, que por lo menos cuatro de los testigos declararon en forma absolutamente concordante sobre el tiempo y demás circunstancias de forma y modo en que se sucedieron los hechos, no es posible admitir que por discrepancia de minutos respecto del hecho atestiguado, se estime que todas las declaraciones son inhábiles y que el Tribunal haya incurrido en evidente o manifiesto error de hecho o en error de derecho en la apreciación de la prueba.

Por otra parte, vale anotar que el recurrente ni siquiera concreta ni determina ningún error manifiesto de hecho, ni error de derecho en la apreciación de la prueba, ni disposición de régimen probatorio que se haya quebrantado, ni el concepto preciso en que por tal razón hayan sido violadas las disposiciones sustantivas citadas al formular el cargo, que, en tal virtud, no puede prosperar.

Segundo cargo

"El fallo recurrido es violatorio (según el recurrente), por infracción directa, y por interpretación errónea resultante de la apreciación equivocada de varias pruebas, de los arts. 1092, 1071, 2578 y 9 del Código Civil".

No dice el recurrente cuáles y en qué concepto o sentido fueron las disposiciones violadas de modo directo. Cita cuatro artículos del estatuto sustantivo, pero sin expresar si éste, aquél o el de más allá se aplicó sin ser el caso de aplicarlo, o se dejó de aplicar debiendo aplicarse; y alega, también en globo, interpretación errónea de los mismos artículos pero sin manifestar si todos cuatro o alguno de ellos, y deriva de aquí uno violación indirecta, por la "apreciación equivocada de varias pruebas", es decir, por error, pero sin precisar si éste es de hecho (caso en el cual tendría que ser manifiesto o evidente, para ser tomado en cuenta en casación), o si de derecho.

Las deficiencias anotadas, que son notorias en la demanda de casación, bastarían para rechazar el cargo; pero la Corte quiere contemplar a fondo el reparo, a fin de que no pasen sin refutación, conceptos francamente injurídicos que expone el recurrente, contrarios a la jurisprudencia establecida y al texto y espíritu de las disposiciones citadas por el mismo recurrente, quien se expresa así:

"El fallo recurrido es violatorio, por infracción directa, y por intepretación errónea resultante de la apreciación equivocada de varias pruebas, de los arts. 1.092, 1.071, 2.578 y 9º del Código Civil.

"Establece el art. 1092 del C. C., que, para que el testamento verbal sea válido se requiere que haya tenido lugar dentro de las siguientes condiciones:

"a)—Un peligro inminente para la vida del testador,

"b)—Que por razón de ser tan inminente ese peligro "parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne".

"El Tribunal fallador en su sentencia recurrida consideró que estaban demostrados los dos requisitos establecidos por la ley en cuanto a la oportunidad del testamento atribuído al presbítero Cote, sin considerar varias pruebas.

"No discuto el primero de los requisitos, o sea el peligro inminente, de caracteres tan ciertos y evidentes, que el presbítero Cote falleció a las siete o siete y media de la noche del 13 de octubre.

"Niego de plano, en cambio, el segundo de los requisitos, que es fundamental para la validez del testamento verbal, con base en las siguientes pruebas:

"Los señores Constantino Méndez, Hermes Lizarazo, Alberto Suárez Ortega, Máximo Ardila, Jorge Orozco, Barrios y señora de Moncada a los folios 37 v. y ss. del cuaderno de pruebas del actor, manifiestan que el padre Cote se hallaba muy enfermo el 13 de octubre y que como a las cinco y media de la tarde quiso hacer testamento; que dió la orden de que se le llamara notario, y que, como no fue posible obtener la comparecencia del notario, hizo testamento verbal.

"Desde luego, si hallándose enfermo el padre Cote, para hacer testamento mandó buscar notario,

fue porque quiso hacer testamento solemne. Eso lo acreditan todos los testimonios antes citados. Luego el testador sí creyó que había tiempo y modo de testar solemnemente. Tiempo, porque creyó que podía esperar a que le buscaran el notario y se otorgara la escritura. Y modo, porque según los testigos existían suficientes personas para presenciarlo como testigos instrumentales".

Las demás páginas de la demanda de casación que se ocupan en el desarrollo del cargo de que se trata, no contienen sino repetición de las mismas tesis: que en realdad era innegable el peligro inminente de muerte del padre Cote, pero que si éste pidió un notario para hacer testamento, está demostrado que le pareció que sí había tiempo y modo de otorgarlo ante Notario y no verbalmente, quedando así descartada esta última forma; que aun faltando el Notario existía la posibilidad del otorgamiento solemne ante cinco testigos, luego la forma adoptada no se justificaba

Claro que, por el momento, en principio, el sacerdote moribundo pudo creer que podía otorgar testamento ante notario, pero al enterarse de que éste no se conseguía consideró o le pareció que ya no tenía tiempo ni modo de realizar su propósito en esa forma, y adoptó la del otorgamiento verbal, cosa explicable en quien se dá cuenta de que se aproxima la muerte; sobre todo, cuando a los concurrentes, entre quienes se contaban dos médicos, les pareció lo mismo.

A este propósito, vale recordar el caso más ruidoso de testamento verbal: el de la señorita María Camacho, hermana del doctor Martín Camacho, afamado profesional muy conocido en Bogotá.

La prenombrada señorita, víctima de una neumonía gripal otorgó testamento verbal en Bogotá el 25 de octubre de 1918, entre las cuatro y las cinco de la tarde, ante los testigos doctores Tomás O. Eastman, José Manuel Arango, Vicente Parra R., Vicente A. Vargas y Juan Salgar.

Ese acto, otorgado a favor de la menor Julia Beatriz Camacho, se formalizó oportunamente, pero el hermano de la causante doctor Martín Camacho propuso el juicio enderezado a obtener la declaración de invalidez de ese testamento, con razones semejantes (pero más graves) a las expuestas en la actual controversia sobre el testamento del padre Cote.

En aquella ocasión se libró un debate reñidísimo, con extraordinaria amplitud, con gran habilidad de parte del actor, pero éste perdió el pleito en el Tribunal, por fallo que la Corte mantuvo en firme al decidir el recurso de casación, por sentencia de 3 de septiembre de 1925, que corre publicada en el Tomo XXXI, pgs. 361 y 366 de la **Gaceta Judicial**, pieza en la cual aparecen refutados todos los razonamientos que ahora se formulan contra el testamento del presbítero Cote, mediando en aquella ocasión circunstancias más graves, como, entre otras, las siguientes:

La señorita María Camacho padecía una neumonía, afección muy grave, es cierto, pero menos fulminante que el infarto cardíaco, que privó de la vida al padre Cote.

Aquella señorita falleció más de 24 horas después de otorgar su testamento. El padre Cote murió una hora después de hecho el suyo.

A la hora en que se hizo aquel testamento (cuatro de la tarde), había cuatro Notarios en sus oficinas. En el caso del presbítero, cuando éste pidió que le llevaran notario para hacer nuevo testamento, ya habían pasado las cinco de la tarde. Al buscar a uno de esos funcionarios a las cinco y media, poco más o menos, no se encontró a ninguno (eran dos únicamente y ambos declararon luego, que desde las cinco habían cerrado sus despachos).

En el caso de la señorita Camacho se procedió a recibir la declaración testamentaria verbal ante cinco testigos, dos de los cuales eran abogados, a quienes les pareció que no había tiempo ni modo de otorgar testamento solemne ante Notario, ni nuncupativo ante ellos mismos como testigos, siendo cualquiera de ellos capaz de redactar el instrumento que contuviera las disposiciones de la testadora para que ella lo firmara. Seguramente consideraron que el tiempo invertido en esa labor podía dar por resultado que la enferma no alcanzara a suscribir esa pieza ni a expresar verbalmente su última voluntad, y prefirieron, con razón y prudencia, que la Corte respetó acertadamente, que la señorita Camacho testara en forma verbal.

Con mayor razón se obró así en el caso del padre Cote, interviniendo además la mayor gravedad del enfermo y la dificultad de que ninguno de los testigos presenciales era abogado, ni, por consiguiente capaz de proceder a la redacción de tan delicado instrumento.

La Corte, fiel a su propósito de fundamentar suficientemente sus fallos, pero sin darles una extensión desmedida e inútil, en lugar de hacer aquí transcripción de los acertados razonamientos contenidos en la precitada sentencia de 1925,

se remite a ella, y en consonancia con las doctrinas jurisprudenciales allí contenidas y que no es el caso de rectificar, estima que el cargo que ahora se examina tampoco tiene fundamento.

Tercer cargo

En un primer capítulo el recurrente alega violación del artículo 1094 del Código Civil, porque el Tribunal no se preocupó por averiguar si los testigos instrumentales y presenciales del acto testamentario verbal reunían las condiciones exigidas por aquella disposición, en relación con su nombre y apellido y lugar de su vecindad.

A este cargo se puede hacer la misma glosa hecha en los primeros apartes del examen precedente relativos al segundo cargo: falta de indicación del concepto en que fue violado el artículo que cita el recurrente: si violación directa o indirecta, por aplicación o inaplicación indebidas o mala interpretación, o error manifiesto de hecho o error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Y cuanto al fondo de la cuestión, la Corte encuentra acertada a irrefutable la tesis del Tribunal en el siguiente pasaje de su sentencia y que el mismo recurrente cita:

"De la definición anterior se deduce que nada autoriza, ni menos exige, que la calidad debe demostrarse con prueba positiva, como quien pretende establecer o demostrar una obligación. Esa calidad la determina el mismo acto, la misma participación del testigo, y no necesita prueba distinta a la deducida del acto mismo y del relato del testigo, así como no la requiere la del testigo presencial, la del testigo de referencia, o la del testigo actuario en toda clase de actos o contratos en que es admisible este medio probatorio'.

Por una parte, es claro, notorio, que todos los testigos presentes en el acto de otorgarse el testamento verbal del padre Cote, están identificados por sus nombres, apellidos, edad, vecindad &. Nadie ha discutido sobre esas características, nadie las ha negado ni contradicho. No ha surgido la menor sospecha de que lo dicho por cada declarante sobre sus propios distintivos sea inexacto. Y, como, por otra parte, las doctrinas jurisprudenciales invocadas por el opositor son irrefutables, la Corte las ratifica hoy.

Todo lo expuesto es suficiente para estimar infundado el cargo que se examina.

El cargo señalado como cuarto, fue considerado en primer término y se halló carente de mérito.

Por tanto, 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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga con fecha 19 de febrero de 1953, en el juicio ordinario seguido por Olimpo Osorio y otro contra Néstor Cote Castillo.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario..

CONTRA PARTICION REHECHA NO CABE HACER OBJECIONES QUE DEBIERON FORMULARSE CONTRA EL PRIMER TRABAJO NI LAS QUE PROPUESTAS, FUERON RECHAZADAS

1—La regla del artículo 2338 del Código Civil no tiene el carácter de imperativa y no permite edificar sobre su pretendida violación un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

2—El artículo 2338 del Código Civil se refiere a partición de inmuebles que se posean en común, y no es aplicable, en consecuencia, cuando se trate de la partición de una universalidad de bienes.

3—Quien ha hecho mejoras en terreno que no se le adjudica al hacer la partición, carece de derecho a hacer objeción por tal motivo, pues el derecho que él tenga sobre ellas lo faculta sólo para otra cosa: retenerlas hasta que no se le cubra su valor por el adjudicatario.

4—Contra partición rehecha, no caben objeciones que debieron ser hechas contra la primitiva, o que si se hicieron, fueron desechadas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

En los juicios de sucesión acumulados de Loreto Jiménez y Ana Rosa Cárdenas, se decretó la partición de los bienes relictos y el partidor designado la efectuó en escrito de 11 de agosto de 1.948 (fls. 175 a 179 C. Nº 1).

A dicho trabajo se le hicieron por el apoderado de algunos interesados siete objeciones, de las cuales el Juzgado sólo encontró probadas tres: la segunda, la tercera y la cuarta, en providencia que el Tribunal Superior confirmó, que constituyen lo único de que se trata ahora y que literalmente se transcriben:

"2º—En el solar de la Carrera Primera de esta ciudad se adjudicaron los siguientes derechos: a Loreto Jiménez $ 33.00; a Miguel Sarmiento $ 45.00; a Desiderio Jiménez $ 22.00; a María del Socorro Jiménez $ 22.00; a Alba Jiménez $ 22.00 y a José María Jaramillo $ 22.00, derechos todos estos que sumados dan la cantidad de ciento sesenta y seis pesos, y en la diligencia de inventario de dicho inmueble de la Carrera 1ª entre Calles 11 y 12 fue avaluado en $ 220.00, luego quedó un derecho de $ 54.00 sin repartir.

"3º—En el solar del Barrio Victoria se adjudicaron los siguientes derechos: a Loreto Jiménez $ 15.00; a Miguel Sarmiento $ 99.00; a Desiderio Jiménez $ 10.00; a María del Socorro Jiménez $ 10.00; a Alba Jiménez $ 10.00 y a José María Jaramillo $ 10.00 lo que da un total de ciento cincuenta y cuatro pesos, y en la diligencia de inventarios sólo se avaluó el solar del Barrio Victoria en la suma de $ 100.00 habiéndose adjudicado así un derecho de más de $ 54.00.

"4º—Al señor José María Jaramillo se le adjudicó para completarle su hijuela según el aparte f) de la respectiva adjudicación dizque un derecho de $ 47.00 en terreno y mejoras situados en el camino, en este municipio, pero tal inmueble no fue inventariado ni avaluado en la diligencia de inventarios y avalúos, y si se quiso decir en la región de los Caimos debe hacerse la respectiva corrección...." (C. 2º, f. 5).

El partidor rehizo su trabajo, que fue objetado fuera de lugar y luego aprobado por el Juzgado en sentencia dictada el 26 de enero de 1952, la que fue apelada por el apoderado de los objetantes y confirmada por la que profirió el Tribunal Superior de Buga el 29 de septiembre del mismo año de 1952.

Contra este último fallo, se interpuso el recurso de casación en el cual pasa a ocuparse la Corte.

La Casación

En la demanda de casación, el recurrente arrimándose al primero de los siete motivos señalados por el artículo 520 del Código Judicial, acusa el fallo tribunalicio por varios extremos, es a saber:

Primero.—Por violación del artículo 1.392 del Código Civil, "por error de hecho evidente al aprobar la partición sin tener en cuenta que conforme al inciso 4º del artículo 964 del Código Judicial si el juez encuentra probada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta y, si por el contrario la estima infundada, aprueba la partición".

Esto es temerario, porque el Tribunal precisamente declaró probadas tres de las objeciones que a la partición primitiva se hicieron y ordenó que se repararan los yerros, lo que hizo el partidor, mereciendo con ello la aprobación correspondiente, así por el fallo del Juzgado, como por el confirmatorio del Tribunal.

Segundo.—Por violación directa del artículo 965 del Código Judicial, originada por haberse "remitido" el partidor al plano que presentó adjunto a la primera partición, diciendo que, "como el partidor se remitió en su segundo trabajo al primero, es evidente que el Tribunal no debió aprobar esa cuenta por no conformarse a las normas trazadas en las respectivas providencias" (la que ordenó rehacer la partición que fue una sola).

Si el anterior es temerario, este pasa de punto.

Lo que se ve más claro confiriendo los pasos de las dos particiones que demuestran cómo sí se ciñó el partidor a lo preceptuado en la providencia que ordenó rehacer la primera:

Primera partición

Avalúo del solar de la Carrera 1ª de Tuluá $ 220.00 se distribuyó así:

Para Manuel Loreto, un derecho de	$ 33.00
" Miguel Sarmiento	45.00
" Desiderio Jiménez	22.00
" María del Socorro Jiménez	22.00
" Alba Jiménez	22.00
" José María Jaramillo Botero	22.00
Suma ....$	166.00

Quedó sin adjudicar un remanente de $ 54.00 pues el solar vale $ 220.00.

Segunda partición

Para Manuel Loreto, un derecho de	$ 33.00
" Miguel Sarmiento	99.00
" Desiderio Jiménez	22.00
" María del Socorro Jiménez	22.00
" Alba Jiménez	22.00
" José María Jaramillo Botero	22.00
Total ....$	220.00

Primera partición

Avalúo del solar del Barrio Victoria $ 100.00 se distribuyó así:

Para Manuel Loreto, un derecho de	$ 15.00
" Miguel Sarmiento	99.00
" Desiderio Jiménez	10.00
" María del Socorro Jiménez	10.00
" Alba Jiménez	10.00
" José María Jaramillo Botero	10.00
Suma ....$	154.00

Se excedió en $ 54.00, pues el solar vale $ 100.00.

Segunda partición

Para Manuel Loreto un derecho de	$ 15.00
" Miguel Sarmiento	45.00
" Desiderio Jiménez	10.00
" María del Socorro Jiménez	10.00
" Alba Jiménez	10.00
" José María Jaramillo Botero	10.00
Total ....$	100.00

Tercero.—Por quebranto del artículo 965 del Código Judicial, porque, en concepto del recurrente, no debió aprobarse la segunda partición por no haberse ajustado a la providencia judicial que ordenó la reposición de la primera.

Sobre lo que se observa:

Que, como ya quedó dicho, el partidor sí se ajustó a las normas que se trazaron por el Tribunal.

Que, suponiendo que en ello hubiese errado el partidor, ha debido el acusador formular su queja por el extremo del error de hecho, lo que no hizo; y

Que, admitiendo que de la vaguedad de su reparo apareciese que tal acusación se hizo, ésta sería inane sobremodo, por no ser evidente el error, máxime cuando el mismo Tribunal que ordenó las reformas a la primitiva partición, era la entidad más autorizada para apreciar si su propia ordenación había sido acatada.

Cuarto.—Por haber violado la segunda regla del artículo 2.338 del Código Civil, según la cual si hay mejoras hechas en particular por alguno de los comuneros, se procurará, en cuanto sea

posible, adjudicar a éstos las porciones en que se hallen las mejoras.

Acerca de lo cual basta observar:

1º—Que esta regla no tiene el carácter de imperativa y no permite edificar sobre su pretendida violación un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

2º—Que, en el caso entre manos, no se trata de partición de inmuebles que se posean pro indiviso, a lo que se refiere el texto traído al asunto, dado que se trata de la partición de una universalidad de bienes.

3º—Porque quien ha hecho mejoras en terreno que no se le adjudica, carece de derecho a hacer objeción por tal extremo, pues el derecho que él tenga sobre ellas sólo le faculta para otra cosa: retenerlas hasta que no se le cubra su valor por el adjudicatario ; y

4º—Porque contra partición rehecha, no caben objeciones que debieron ser hechas contra la primitiva, o que si se hicieron, fueron desechadas como ocurrió en este caso.

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 acusada.

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

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — VIOLACION DE LA LEY POR ERROR DE HECHO EN APRECIACION DE PRUEBAS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

En un juicio ejecutivo iniciado ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja por César B. Rodríguez contra Eufemia o Eugenia Corredor, como heredera representante de la sucesión de su hija Concepción Corredor, fue perseguido con la acción real hipotecaria un terreno ubicado e nla vereda de "Monquirá", jurisdicción de Leiva, gravado por Sergio Corredor (antecesor en el dominio), según escritura número 20 del 5 de febrero de 1932 otorgada en la Notaría de Leiva.

Hallándose en curso el juicio mencionado, el ejecutante cedió el crédito a Francisco Corredor (fs. 31 a 34 del Cuaderno Nº 5), quien, al efectuarse el remate del bien hipotecado, hizo postura y obtuvo su adjudicación el 30 de junio de 1943 (folio 1º Cuaderno 1º).

Como el rematante no lograra la entrega, porque al practicarse la correspondiente diligencia judicial, un tercero, Julio Vicente Corredor, se opuso formalmente como poseedor, el titular Francisco Corredor promovió el juicio ordinario de reivindicación de que hoy se trata, que fue decidido en sentido favorable al actor en sus dos instancias.

El fallo que puso fin a la última, pronunciado el 30 de octubre de 1952, ha venido a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por el demandado vencido.

La acusación

El demandante presentó con la demanda, como título de propiedad la diligencia del remate efectuado el 30 de junio de 1943, con su auto aprobatorio y anotaciones de registro, complementada esa pieza con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja (fs. 1 a 4 del Cuaderno 1º).

Posteriormente se presentaron otros títulos anteriores de que luego se hablará.

El demandado, por su parte, hizo recibir varias declaraciones de testigos para acreditar su posesión.

El Tribunal, hallándose en presencia de una titulación inscrita en frente de una posesión material, emite, como base de su juicio, el siguiente concepto:

"La prueba de la propiedad, según se desprende de las enseñanzas de tratadistas y su aplicación por la jurisprudencia, es relativa, es decir, que no es necesario remontarse hasta el título o modo originario de su adquisición, porque esto sería imposible y de aquí que se le haya llamado prueba diabólica, sino que sólo debe ir hasta donde sea suficiente para desvirtuar la presunción de dominio que ampara al poseedor. Varios son los casos que se pueden presentar, cuando se trata de saber quién es el propietario de un bien en relación con la forma de probar. La Corte en fallo de 27 de mayo de 1936 (Tomo XLIII, páginas 598 y 599 expuso las reglas que gobiernan estos casos en esta forma: Pedro con un título registrado en 1910 demanda a Juan cuya posesión principió en 1911. Juan no exhibe ningún título. Debe triunfar Pedro.

"Pedro con un título registrado en 1.910 demanda a Juan cuya posesión principió en 1.909 o sea un año antes que el registro del título de Pedro. Debe triunfar Juan.

"Pedro con un título registrado en 1.910 demanda a Juan cuya posesión principió un año anterior o sea en 1909, pero refuerza su título con otro título registrado con el cual demuestra que Diego, su vendedor, heredó de su padre por hijuela mucho anterior a 1909. Entonces Pedro triunfa en la reivindicación por medio del título de su causante, anterior a la posesión de Juan.

"Por los antecedentes anotados, se puede saber que en este caso se enfrentan la posesión del demandado con el título del demandante".

Con este criterio, que es acertado y que el recurrente no contradice, el Tribunal encuentra que los títulos traídos a los autos se remontan, por lo menos, al 1º de febrero de 1935, fecha de

la escritura debidamente registrada, que obra al folio 17 del cuaderno Nº 5º, por la cual, ante el Notario de Leiva, Sergio Corredor le vendió el inmueble a Concepción Corredor, cuya sucesión, representada por la heredera Eufemia o Eugenia Corredor, fue la demandada en el juicio ejecutivo en que el mencionado remate se llevó a cabo. Y fuera de esa escritura el certificado del Registrador, relaciona el título de propiedad que tenía Sergio Corredor: la compra hecha a Anselmo Quintero por escritura 119 de 20 de mayo de 1928, registrada el 25 de ese mes.

En cuanto a la prueba testimonial de la posesión del demandado, el Tribunal estima "que la posesión del demandado se inició con posteridad al año de 1935, posiblemente hacia el año de 1937, según se deduce de restar los 15 años de posesión de que hablan los testigos, de la fecha en que deponen". (f. 22 cuad. 4).

Es de advertir que con respecto a este cómputo de la posesión material el recurrente no hace reparo alguno.

El único cargo formulado en casación es el de violación indirecta del artículo 762 del Código Civil, a causa del supuesto error evidente de hecho que se le imputa al Tribunal, por haber hallado completa la cadena de títulos exhibida por el demandante, faltando, según el recurrente, el eslabón entre la adquisición hecha por Sergio Corredor y el remate, porque no sirve de vinculación el título de Concepción Corredor (de 1935), por referirse a un terreno distinto.

Esa aparente duplicidad de predios la deduce el recurrente de la relación diferente que hace el Certificado del Registrador en los puntos 1º y 2º. En primer término relaciona el terreno sin nombre rematado por Francisco Corredor, ubicado en la vereda "Monquirá", Municipio de Leiva, con 600 árboles de olivo y casa de rafa y teja, determinado por ciertos linderos, y en segundo lugar un terreno llamado "El Santuario", con olivar, casa de rafa y teja, ubicado en la misma vereda, pero con unos linderos que literal o textualmente no coinciden con los del relacionado en el punto primero, discrepancia que hace creer que se trata de dos bienes distintos.

Pero el autor del cargo olvida que, precisamente para disipar toda duda respecto de la identidad predial, se pidió y llevó a cabo una inspección ocular con peritos, de la cual aparece que "los señores peritos procedieron a identificar la finca denominada "El Santuario", por su situación y linderos, e impuestos sobre los puntos sobre los cuales deben rendir su dictamen, expusieron: "Una vez enterados de los puntos a que se refiere nuestro dictamen, procedimos a identificar y recorrer los linderos de la finca materia de la diligencia y encontramos que son los siguientes: por el Sur desde una piedra grande a la orilla de la quebrada de Zambrano, esta arriba a dar a unas hileras de matas de dividivi y fique que pasa por cerca de la casita de Francisco Corredor, linda con tierras de María de los Angeles Corredor, de aquí vuelve en línea recta hasta un mojón de piedra clavada al pie de un olivo haciendo esquina con tierras de Francisco Corredor; de aquí volviendo en línea recta hasta un mojón de piedra clavada al pie de otro olivo y haciendo rincón; de aquí en línea resta hasta otro mojón de piedra al pie de un olivo en una cañadita, con tierras de Librado Franco y Pedro Rodríguez; de este mojón toda la cañadita abajo a dar a otra piedra enterrada al pie de una mata de muelle, y volviendo en línea recta hasta dar con otra piedra enterrada al pie de una mata de muelle, y volviendo en línea recta hasta dar con otra piedra enterrada al pie de otro olivo, con tierras de Marcos Cortés, y por último con tierras de Rosinda Corredor hasta dar a la piedra grande de la quebrada de "Zambrano", primer lindero y encierra. Estos mismos linderos que figuran en la diligencia de remate, son exactamente los mismos linderos que figuran en el punto primero del libelo y que después de recorrerlos y compararlos sacamos en consecuecia que es la misma que se trata de reivindicar, tanto más que la misma parte contraria así lo confesó ante nosotros y ante los demás concurrentes".

En la diligencia se estableció que este terreno tenía casa de rafa y teja y unos 600 árboles de olivo y se hallaba en manos de Rosa Ma. Sierra, quien lo tenía desde hacía 18 meses en nombre de Julio Vicente Corredor (el poseedor material demandado). Es decir, que el predio denominado "El Santuario" relacionado en el punto segundo del certificado, es el mismo relacionado en la demanda, o sea el del remate, que es el determinado en el punto 1º del certificado.

Es de advertir que nadie, en la diligencia de inspección, mostró o indicó cuál era el otro predio, y que la parte demandada aceptó lo que decían los peritos.

Con razón observa el opositor:

"Podrá servir de comprobación de que al confrontar los linderos relacionados en la escritura número 20 de febrero de 1935, con los linderos que figuran en la diligencia de remate, no existe

la discrepancia que anota el recurrente, como quiere (sic) los colindantes María de los Angeles Corredor, Francisco Corredor, Marcos Cortés, y Rosinda Corredor, son exactamente los mismos que figuran como colindantes en ambas escrituras. Además, los puntos de referencia y topográficos que sirven para individualizar y separar dicha finca, se hallan igualmente citados en ambas escrituras, a saber: LA QUEBRADA DE ZAMBRANO, los mojones de piedra, la mata de muelle y la mata de olivos; luego, con esto se evidencia que la finca es la misma, con la diferencia de que en la escritura hay menos discriminación, pero sin que ello demuestre que se trata de dos fincas distintas, puesto que sería absurdo que una finca llamada "El Santuario", en la vereda de Monquirá, jurisdicción de Leiva, tenga los mismos colindantes y los mismos puntos de referencia. Estamos?

"El punto b) a que se refiere la escritura número 20 de 1935 coincide como acabamos de demostrarlo, en establecer que no hay dos fincas sino una sola.

"Respecto del punto c), o sea, el pertinente a la identificación de la finca rematada, (C. Nº 5 página 17) los peritos reconocieron la misma finca materia del remate y cuyos linderos sí coinciden matemáticamente con la del remate, o sea, la misma objeto de la reivindicación.

"Finalmente, el punto e), es quizá el más importante de todos, porque el demandado, a fin de demostrar que era poseedor regular de la finca que se reivindica, indicó los mismos linderos a que hace mención la demanda, y sobre esa prueba acreditada con testigos que declaran estar Vicente Corredor en posesión por más de diez años y sobre ella ha girado la controversia, cómo puede sostenerse ahora en casación que se trata de dos fincas distintas.

"Ahora bien: si lo que el demandado pretende es demostrar que la finca a que se refiere el punto segundo del certificado, o sea a la escritura Nº 20 de 1935, es distinta de la del remate y que su posesión se refiere a la primera, entonces surge una prueba contraproducente, porque bien podría quedarse en posesión de esa finca pero sin que le sirviera de título para oponerse a la que es materia de la reivindicación".

Lo que ocurre en este caso, es lo que sucede con gran frecuencia: que en la serie de escrituras que forman el conjunto de títulos de un inmueble, los interesados redactan los linderos en distintas formas, creyendo que los mejoran, y lo que hacen es sembrar la confusión.

En el presente caso, esa confusión, que se llevó hasta el registro, (y de ahí las diversas relaciones hechas por el Registrador en el certificado), se disipó con la inspección ocular y el dictamen de peritos, admitido por la parte demandada, que no intentó en esa diligencia decir cuál era el otro terreno.

Por último, aún suponiendo que hubiera incurrido el Tribunal en un error de hecho sobre el particular, resultaría imposible sostener que era error manifiesto o evidente.

Por tanto, 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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Tunja el 30 de octubre de 1952, en el juicio ordinario seguido por Francisco Corredor Franco contra Julio Vicente Corredor.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. — NATURALEZA Y ALCANCE DEL RECURSO DE CASACION

La doctrina ha insistido una y otra vez en señalar la índole propia y las finalidades precisas de la casación. Trátase no de una tercera instancia en los juicios, sino de un recurso extraordinario, cuya finalidad fundamental es la unificación de la jurisprudencia nacional mediante la revisión de las cuestiones de derecho que la Corte cumple al comparar la sentencia acusada con la aplicación de la ley en cada caso. Se comprende así que de la actividad del tribunal de casación esté excluido el examen de las cuestiones de hecho, cuya decisión, derivada del estudio de las circunstancias peculiares de la relación controvertida, corresponde soberanamente a los juzgadores en instancia.

Por consiguiente, para que la Corte, en casación, pueda variar la apreciación que de las pruebas hizo el tribunal, se requiere que el error de hecho alegado en la respectiva demanda, aparezca de modo manifiesto o evidente y que a consecuencia de él se haya violado la ley sustantiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, once (11) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado Ponente Doctor Manuel Barrera Parra)

I — ANTECEDENTES:

1.—Tobías Sánchez Burgos casó por primera vez con Eustaquia Molano, en la Parroquia de Toca, el 6 de noviembre de 1904. De este matrimonio nacieron Rosalbina en 1906, María de Jesús en 1908, Susana en 1912, Beatriz en 1914, Pablo Emilio en 1918 y Segundo Tobías en 1921. Eustaquia Molano de Sánchez murió el 4 de febrero de 1937 en el municipio de Toca.

2.—En segundas nupcias Tobías Sánchez Burgos contrajo matrimonio con Alejandrina Villate en la Parroquia de Tunja el 17 de junio de 1937. De esta unión nacieron José Gabriel en 1938, Julio César en 1939, Martín David en 1941, Pedro José en 1944, Luis Felipe en 1947, y Betty Placidia (hija póstuma) en 1949.

3.—Tobías Sánchez Burgos otorgó testamento ante el Notario Segundo del Circuito de Tunja por escritura Nº 934 de 2 de julio de 1946. En esta memoria, después de relacionar su patrimonio y señalar los bienes aportados a su segundo matrimonio y los habidos durante esta sociedad conyugal, consignó estas dos principales disposiciones: a) que su esposa Alejandrina Villate de Sánchez podría escoger porción conyugal o gananciales, según estime conveniente y le fuere favorable; b) que dejaba la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición a favor de sus cuatro hijos del segundo matrimonio.

4.—Por escritura Nº 856 extendida el 26 de junio de 1947 en la Notaría Segunda del Circuito de Tunja, Tobías Sánchez Burgos otorgó nuevo testamento, revocando el anterior de manera expresa. En sus disposiciones de última voluntad Sánchez Burgos, después de enumerar los hijos habidos en sus dos uniones matrimoniales y de mencionar los bienes de la sociedad conyugal y los aportados a ésta, hizo las siguientes declaraciones que en lo tocante a la asignación de las cuartas de mejoras y de libre disposición coinciden en lo sustancial con el primer testamento:

"Sexto. Los hijos de mi primer matrimonio son todos mayores de edad; los hijos de mi segundo matrimonio son impúberes y por lo tanto merecen especial protección, porque no los alcanzaré a educar, lo que sí hice con los hijos de mi primer matrimonio y de ahí en justicia lo que dispondré adelante. Para el efecto de atención y cuidados de todo orden de mis hijos del segundo matrimonio, nombro como curadora de mis nombrados hijos impúberes a mi esposa, la señora Alejandrina Villate de Sánchez, quien como persona honorable y de juicio ejercerá la curaduría y tutela de mis citados hijos impúberes, porque advierto que de los hijos del segundo matrimonio el mayor solamente cuenta menos de diez (10) años.

"Séptimo: Mis hijos del primer matrimonio son todos mayores de edad y son personas a

quienes alimenté y eduqué en mayor forma de la prevenida por la ley.

"Octavo: Instituyo como a herederos universales a mis hijos de los dos matrimonios, y a mi esposa, en la forma que sigue: a mis hijos del segundo matrimonio, por ser impúberes y no poder yo atender a su educación, los mejoro dejándoles la cuarta parte de mis bienes llamada de libre disposición y la cuarta parte de mis bienes, llamada cuarta de mejoras; los hijos a que me refiero son los siguientes: José Gabriel, Julio César, Martín David, José Celestino y Luis Felipe Sánchez Villate; a mi esposa, que reconozco ha sido una buena compañera y buena madre de mis hijos, en consideración a que no tiene bienes suficientes para su congrua subsistencia y a que lo que élla trabaje será para nuestros hijos, por conocerla yo como mujer honrada y honorable, dispongo que fuera de sus gananciales, herede como uno de mis hijos del segundo matrimonio y por este aspecto la mayor cantidad de bienes que le correspondan debe imputarse a la cuarta parte de libre disposición de mis bienes, a la cual tengo, según la ley, pleno derecho para disponer. Espero que mis hijos del primera matrimonio respeten mi voluntad en mejorar a mis hijos, sus hermanos pequeños, del segundo matrimonio, que como he dicho atrás, son menores de diez (10) años".

5.—El 9 de agosto de 1949 falleció Tobías Sánchez Burgos en el municipio de Toca.

6.—Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja Pablo Emilio Sánchez, Susana Sánchez de Molano, Rosalbina Sánchez de Amézquita, Segundo T. Sánchez, Beatriz Sánchez de Amézquita y María de Jesús Sánchez de Amézquita, hijos del primer matrimonio de Tobías Sánchez Burgos, demandaron por la vía ordinaria a Alejandrina Villate v. de Sánchez y a sus menores hijos José Gabriel, Julio César, Martín David, Pedro José, Luis Felipe y Betty Placidia Sánchez Villate, para que se declare que el último testamento otorgado por Tobías Sánchez Burgos está viciado de nulidad absoluta por causa de la demencia senil que afectaba al testador en el momento de la celebración de tal acto.

7.—En sentencia de primera instancia, dictada el 4 de abril de 1951, se negaron las súplicas de la demanda.

8.—Apelado este fallo por la parte actora, fue confirmado por el Tribunal Superior de Tunja en sentencia del 11 de octubre de 1952.

9.—Contra la sentencia definitiva de segundo grado interpuso recurso de casación la parte demandante, que tramitado en legal forma corresponde ahora decidir a la Corte.

III — Sentencia acusada

El sentenciador primeramente acepta que en nuestra ley la acción deducida en la demanda está expresamente consagrada al través de distintas normas de nuestro derecho positivo.

Dice así la sentencia:

"El Código Civil en sus ordinales segundo y tercero del artículo 1061 considera como inhábiles para testar, al que se hallare bajo interdicción por causa de demencia y al que actualmente no estuviere en su sano juicio. Las personas, agrega, no comprendidas en esta enumeración, son hábiles para testar; y el 1062 de la misma obra dice que el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. De acuerdo con los hechos de la demanda y con las pruebas presentadas, no se trata de incapacidad porque el testador estuviera en interdicción cuando testó, sino porque en ese momento no estaba en su sano juicio, debido a la demencia senil que lo aquejaba.

"La incapacidad por causa de demencia es incapacidad absoluta (Art. 1504 del C. Civil) que engendra nulidad absoluta en el acto o contrato efectuado por el incapaz. (2º inciso del Art. 1741 del C. Civil).

"Según el artículo 553 del C. Civil, en su inciso segundo, "Los actos y contratos celebrados sin previa interdicción, serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". Al demandante corresponde, por tanto, destruír esta presunción legal de validez que ampara el acto testamentario ejecutado por quien no estaba en interdicción. El hecho específico generador de la incapacidad, según la demanda (hechos 2º, 3º, 9º y 10) consistió en una demencia senil que privó al testador de la libre determinación de su voluntad. Por tratarse de la demostración de un hecho, cualquier medio de prueba es admisible".

En la primera instancia sólo se produjeron como pruebas, las acompañadas a la demanda, y en relación con el estado mental del testador los certificados de dos médicos de Tunja, los cuales ni siquiera fueron ratificados dentro del juicio.

En la segunda instancia se practicó una abundante prueba solicitada por una y otra parte, en-

derezada a demostrar la demencia del testador o su sanidad mental. Esta prueba está formada por testimonios aducidos por ambas partes y por un dictamen pericial de expertos psiquiatras.

Cabe observar que la totalidad de los testimonios pedidos fueron recibidos directamente por el Magistrado sustanciador y la mayor parte de ellos con asistencia de los apoderados de las partes que hicieron uso del derecho de contrainterrogar a los testigos.

El sentenciador hace un atento y permenorizado examen de todo el acervo probatorio en veinte hojas de su fallo, y llega a la conclusión de que no logró destruirse la presunción legal de plena capacidad en el testador cuando otorgó la memoria testamentaria que por medio del juicio se ha pretendido invalidar.

Antes de entrar en la crítica probatoria, se lee en el fallo este preámbulo de su estudio:

"Reconstruír una personalidad para poder saber si en determinada etapa de su vida se comportó como persona normal o si por el contrario su conducta adoleció de graves deficiencias catalogables dentro del campo de lo patológico, cuando ya no es posible examinar en el paciente las reacciones ante los estímulos y "test" que la ciencia ha elaborado con este fin, es tarea que exige el aprovechamiento exhaustivo de todos los datos que a través del informativo se encuentren, pero no en cualquier forma, como pudiera ser la que sigue un testigo en su exposición que sólo pone de manifiesto una impresión fugaz y equívoca, sino estructurando esos datos según el proceso de toda vida que se desarrolla en determinado tiempo y lugar. A esto obedece la agrupación de los datos que dan los testigos, en los siguientes capítulos: 1. Personalidad de don Tobías Sánchez Burgos. II. Enfermedades que padeció. III. La demencia senil. IV. La última enfermedad. V. El acto del testamento".

En el primer capítulo, dedicado a estudiar la personalidad de Tobías Sánchez Burgos con los escasos elementos allegados a los autos, el Tribunal alude a los siguientes aspectos de la vida del testador: a) su nacimiento el 17 de marzo de 1878 en la pequeña población de Toca, distante 37 kilómetros de la ciudad de Tunja; b) su instrucción limitada posiblemente a las primeras letras; c) carencia casi absoluta de datos sobre sus antecedentes familiares o hereditarios; d) sus matrimonios y los hijos de estas uniones; e) su vida hogareña al través de escasísimas referencias (se sabe que era **bravo** y sus hijos no se amañaban con él); f) su carácter dominante y un tanto inclinado a la avaricia; g) su poca atención con la educación de los hijos; h) su actividad económica en la agricultura, ganadería, compra y venta de lotes y préstamo de dinero (de hábil y buen negociante lo califican algunos testigos y dado el valor de los bienes que dejó, parece ser justa esta apreciación); i) su posible tendencia por las bebidas alcohólicas, pues frecuentaba la guarapería; j) su actuación social dentro del medio de vida de las pequeñas poblaciones boyacenses, habiendo sido concejal de Toca y aún dirigente político de su pueblo.

En el segundo capítulo se hace referencia a las enfermedades que padeció el testador, de acuerdo con el testimonio de los médicos que lo asistieron en diferentes épocas y de los deudos y extraños. En 1925 sufrió alteraciones digestivas. Padeció de alteraciones en el sistema motriz y en el órgano de la vista en los últimos años de su vida. En 1942 debió ser operado en Bogotá de cataratas y usaba anteojos. Andaba vacilante y trastabillando, armado de bordón y acompañado de lazarillo. En el otorgamiento de sus dos testamentos, el primero en 1946 y el segundo en 1947, se deja constancia de la imposibilidad física del testador para firmar. Varios testigos dicen que como no podía firmar, rogaba para que lo hicieran en su nombre. Pero ninguno de los médicos que lo trataron a lo largo de veinte años hace referencia alguna a la enfermedad visual que padecía. Parece que era tartajo de nacimiento, pero en los últimos años hablaba con mayor dificultad y casi no se le entendía nada. Los testigos hablan de tartamudez y que sólo se hacía entender por señas. Pero los médicos doctores Antonio Sandoval Gómez y Luis F. Rodríguez que lo examinaron en época próxima a la de su muerte contradicen esta versión: el primero examinó a Sánchez Burgos en su casa de habitación situada en una vereda de Toca, hacia mediados de 1949, encontrando un hombre reblandecido que "hablaba disparates y en estado de completa inconciencia"; el segundo lo había visto anteriormente en 1946 o 1947, "hablaba claro, su voz era clara, pero las contestaciones eran vagas y a veces sin sentido".

En el capítulo III se examina la demencia senil, en los siguientes apartes:

"a) en las declaraciones de los testigos no se encuentra ninguna alusión especial al estado mental de don Tobías, fuera de la afirmación general que hacen algunos de que se trató de dementizar, que decían que no estaba en su sentido, que se degeneró en los últimos años de su

vida, o al contrario que hasta el último momento conservó el pleno uso de sus facultades mentales. Por esto el diagnóstico retrospectivo que hacen los peritos, se basa de modo principal en las declaraciones de los médicos y en las de los señores Alfonso y Pablo Emilio Amézquita y el análisis de las pruebas se referirá igualmente, con preferencia, a éstas declaraciones, por lo que precisa su transcripción.

"b)—Alfonso Amézquita, manifiesta que es casado con María de Jesús Sánchez, hija del testatador, expone así: "En mil novecientos cuarenta y dos fué operado en Bogotá, de las vistas y allá estando en la clínica, trató de dementizarse; ponía mucho pereque en la clínica y lo llamaban las hermanas el "Cristo de las Angustias" porque se persignaba y rezaba". "Desde una tienda a su casa que quedaban como a diez cuadras hacía más de cincuenta viajes en el día, Tobías Sánchez Burgos. Se echaba bendiciones, maldecía y gritaba. Le medio entendía que decía "culebro", "gediondo"; y le echaba garrote al suelo. Yo le preguntaba a la señora y la hija María de Jesús, que lo llevaban a veces de brazo; no todos los viajes, y la señora me contestaba que ese era un martirio terrible; que seguramente se había dementizado, porque hacía ordeñar las vacas a las cuatro de la mañana y que todos los días trasteaba cama de un punto a otro, de las casas que tenía cerca. Que a veces les (sic) daban los muchachos papas diciéndole que eran dulces y que se las echaba a la boca". "Gerardo ese día me dijó que don Tobías verdaderamente no servía para hacer negocios. Que se venía de su casa teniendo que montarlo con manos ajenas, para el pueblo de Toca, los días domingos diciendo que se venían a misa y que tenía que desmontarlo y llevarlo de la mano a la iglesia. Que no se quitaba el sombrero; que tenía que él quitárselo a mano fuerte. Que dentraba y se echaba la bendición y se salía y se venía otra vez para el campo. Que ni oía misa ni se daba cuenta dónde estaba". (C. 4. fl. 55 y v.).

"c)—Pablo Emilio Amézquita, casado con Beatriz Sánchez hija del testador, expone: "En mil novecientos cuarenta y siete me fuí yo a vivir a un punto llamado "La Villana"; él bajó como unas tres veces a casa, con su muchacho que era un hijo de Gerardo Cardoso, y la señora. Bajaba a caballo. Le obsequiábamos chocolate; cuando iba en la mitad se paraba de la mesa a irse. Mi esposa y la señora de Sánchez lo detenían a que se tomara el chocolate. Mucho conversaba pero yo no le entendía nada. Yo pregunté a la señora de Sánchez a qué se debía esto, qué es la inquietud de don Tobías y si ella sí le entendía; y ella me contestó que desde que le había dado la hemorragia nasal, que de ahí para acá lo notaba como con la cabeza perdida y que no se daba ya casi cuenta de nada. Se la llevaba mirando para un lado y otro todo asustado y sin despedirse de nadie cogía camino. Aleja dijo también que comía jabón, pellejo de papa, y que los niños le daban maíz crudo para que se entretuviera, diciéndole que eran dulces, y que él se lo mascaba común y corriente". "Antes de darle un ataque a Tobías y que paralizó (sic) la gente decía y la misma Alejandrina lo decía, que les hacía trastiar la cama de noche de una parte a otra, y que hacía ordeñar por ahí a la una o dos de la mañana; también que se acostaba por ahí a las dos o tres de la tarde". (C. 4, fls. 58 y v.).

"d)—Los médicos hablan expresamente de una demencia senil, así:

"1º—El Dr. Luis F. Rodríguez (declaración extrajuicio): "Una vez lo examiné en mi consultorio y otra en la casa de campo que dicho señor tenía en el vecindario de Toca. En el examen que le practiqué en el consultorio encontré una franca demencia senil; y en el del campo, en vecindario de Toca, padecía de una bronconeumonía grave, la cual hizo más franca su demencia". En esta primera declaración el examen se fija en el año de 1.948 (C. 4, fl. 4). En el certificado que se acompañó a la demanda se dice que el primer examen se hizo en agosto de 1.946 y se habla de tres exámenes (C. 1, fl. 13). En la declaración rendida en la instancia fija para el primer examen los años de 1.946 y 1.947 y dice: "Puedo explicar por qué dí el certificado diciendo que padecía demencia senil en el examen que le hice en el consultorio, debido a que se presentaba la mayoría de los síntomas que encuadran en esta clase de enfermedades: temblor espontáneo, indecisión en la marcha, dificultad para vestirse, pereza mental para contestar las preguntas, dificultad en la precisión de los movimientos de las diversas partes del cuerpo y al ir a recargarse o a tomar una cosa que él necesitara, sus movimientos no correspondían a la distancia de los objetos, teniendo qué los familiares ayudarlo en gran parte de estas manifestaciones corporales y mentales". (C. 4, fls. 46 y 47).

"2º—El Dr. Antonio Sandoval declaró dos veces: en la primera, extrajuicio, (13 de diciembre de 1.949) dice: "En mi condición de médico examiné y traté al señor Tobías Sánchez Burgos en uno de los primeros meses del año en curso, cuya

fecha no recuerdo, habiéndole encontrado una afección pulmonar, una paraplegia y una enajenación mental completa. En repetidas ocasiones que lo traté, la afección pulmonar desapareció pero no la paraplegia ni la demencia senil". De acuerdo con lo expresado en los dos puntos anteriores puedo concluír que el señor Tobías Sánchez padecía de una demencia senil o reblandecimiento cerebral sin poder asegurar en qué fecha haya comenzado dicha afección por no haberlo tratado antes". (C. 4, f. 4. v.). En la segunda declaración, dentro del juicio, dice: "Conocía a Tobías Sánchez Burgos cuando fuí a verlo; antes no tenía yo noción ni de su existencia. Fuí a verlo a su casa de habitación situada en una vereda de Toca, mas o menos a mediados del año de mil novecientos cuarenta y nueve. Al examen encontré un hombre reblandecido, seguramente debido a su edad. Ignoro y no puedo precisar desde qué fecha haya empezado esta lesión nerviosa. Hablaba disparates y se encontraba en estado de completa inconciencia. A esto se agrega una hemiplegia derecha o izquierda, no recuerdo, que había hecho a consecuencia de un derrame cerebral reciente. Mi diagnóstico fué el de un organismo completamente agotado y cuya supervivencia sería muy corta. Tenía, en cuanto a síntomas nerviosos, o en cuanto a lesiones nerviosas, características peculiares a cualquier organismos en esta edad, serían unos ochenta años; eso dicen. En resumen: él podía o nó tener antes estos síntomas de locura y de demencia y que si los tenía en ese caso y en ese momento estaban agravados por el estado congestivo del cerebro". "Yo le hice algunas preguntas y sus respuestas fueron incoherentes". (C. 4, fls. 49 y v.).

"3º—El Dr. Aquileo Espinosa expone: "El siempre era confuso y la persona que iba con él era la que se encargaba de ilustrar sobre las alteraciones funcionales y de seguir las prescripciones tanto del tratamiento medicamentoso como dietético. Yo no podía catalogarlo ni clasificarlo en forma concreta sobre sus alteraciones psíquicas, porque si bien es cierto que se anotaban alteraciones de su memoria, retardo en su juicio y en su razón, no podría decir a qué clase de enajenación mental podrían pertenecer estas perturbaciones: si a una demencia senil o si a una confusión mental, porque para llegar a una de estas conclusiones habría tenido que hacer exámenes psíquicos con este fin. De las perturbaciones de su memoria y de su juicio me dí cuenta, porque al interrogar a un enfermo para un examen físico, habla con claridad y con precisión sobre las alteraciones que causan su enfermedad; y por eso él iba, como dije al principio, acompañado de una persona que explicaba con amplitud los síntomas fundamentales que servían para el diagnóstico". —"Pregunta el Dr. Fonseca: No me refiero ni podría referirme sino a la memoria de que habla el señor médico: y por eso quiero que me diga si desde mil novecientos veinticinco observó esas alteraciones, si le es posible que nos ilustre con un ejemplo la clase de alteración que don Tobías Sánchez sufría"— **Contestó:** "Me parece que esa pregunta ya está contestada cuando dije que en las primeras veces que fué a consulta no le apreció ninguna perturbación en su memoria y que en las últimas veces que lo ví olvidaba el tratamiento que estaba siguiendo y los síntomas de su última enfermedad". "Me daba cuenta de la pérdida de la memoria o de la disminución de ella en que el señor Sánchez no decía los remedios que estaba tomando, ni, como ya lo dije, de los síntomas de su última enfermedad". **Preguntado:** "qué razón tiene doctor para afirmar que el señor Tobías Sánchez Burgos era retardado en su juicio, y qué razón tuvo para afirmarlo?" **Contestó:** "En que yo no podía sacar conclusiones de las respuestas que él me daba respecto al interrogatorio que le hacía de los síntomas que yo investigaba" "Yo no he dicho que don Tobías fuera un demente senil o un confundido mental, porque yo no le hice examen para eso". (C. 4, fl. 40 y 41 y 41v.).

"e)—En la segunda instancia, el apoderado de los demandantes, pidió y obtuvo la práctica de un dictamen pericial por expertos en psiquiatría forense, "para establecer la verdad del hecho de si Tobías Sánchez Burgos padecía en el momento de su muerte de una **demencia senil** o de una perturbación **psíquica** que suprimió en él la **libre determinación de su voluntad para los actos de la vida civil** y si esa perturbación patológica de su actividad **fue concomitante al otorgamiento de su testamento contenido en la escritura pública** Nº 856 de 26 de junio de 1947, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito del Centro (Tunja), porque dicho enfermo en esa época estaba en estado más o menos constante de perturbación o demencia tanto anteriormente a esa fecha, como en el período posterior al otorgamiento de ese testamento. Y para que dichos expertos conceptúen si esa perturbación patológica de la actividad psíquica en Tobías Sánchez Burgos en la época del otorgamiento de su testamento ya mencionado **suprimía en él las libres determinaciones de su voluntad y por**

tanto, su capacidad de obrar razonablemente para los actos de la vida civil".

"f)—La parte demandante designó como perito al doctor Miguel Jiménez López, que por estar ausente no pudo aceptar y en su lugar el Juez comisionado nombró al mismo que el apoderado de dicha parte había designado para reemplazarlo, el doctor Luis Jaime Sánchez. La parte demandada designó al doctor Mario Camacho Pinto y como estos peritos no estuvieron de acuerdo, nombraron como perito tercero al doctor Hernán Vergara.

"g—El doctor Luis Jaime Sánchez concluyó su dictamen así: "Que don Tobías Sánchez Burgos, antes de otorgar testamento, en el momento de otorgarlo y después de ello, padeció de una demencia senil, enfermedad mental incurable, crónica y de evolución progresivamente fatal, que suprimió por completo en él la libre determinación de su voluntad y por tanto su capacidad de obrar, actuar y pensar razonable y cuerdamente para cualquier acto de la vida civil".

"h)—El perito doctor Vergara llegó a la siguiente conclusión: "En virtud de las consideraciones anteriores y a pesar de la falta muy lamentable de datos clínicos realmente científicos, me inclino decididamente a considerar que el señor Tobías Sánchez Burgos sufrió en los últimos años de su vida un proceso demencial de tipo predominantemente arterioesclérótico y que este proceso estaba en marcha al tiempo en que el enfermo hizo el testamento motivo de este litigio, careciendo por lo tanto el testador de la idoneidad mental, el discernimiento, la autocrítica, y en una palabra de la lucidez mental indispensable para realizar con el mínimum de sentido de responsabilidad un acto tan grave como es un testamento".

"i)—El otro perito doctor Camacho, llegó a la conclusión de que por la época en que se hizo el testamento, don Tobías "no presentaba estado de demencia senil ni perturbación psíquica que suprimera en él la libre determinación de su voluntad y la capacidad de obrar razonablemente para los actos de la vida civil".

En el capítulo IV se relacionan detalles de la última enfermedad al través del testimonio de los médicos y otras personas que lo vieron en vísperas del último trance. Primero sufrió una neumonía, después una congestión cerebral de la cual quedó paralizado y por último sobrevino la muerte en estado francamente demencial.

En el capítulo V se examina el otorgamiento del testamento hecho por Tobías Sánchez Burgos el 26 de junio de 1947 y el estado de demencia en que pudiera encontrarse el testador en la época en que hizo sus declaraciones de última voluntad.

En este capítulo de la sentencia el Tribunal hace un detenido estudio crítico de la prueba allegada a los autos. Primero examina los distintos testimonios que sirvieron de base a los dictámenes de los psiquiatras que conceptuaron dentro del proceso, y luego analiza los fundamentos y conclusiones del experticio para llegar a la conclusión de que los dictámenes de los doctores Sánchez y Vergara "no están debidamente fundamentados, porque se basan en parte sustancial sobre hechos no comprobados" y "además porque aún suponiéndolos comprobados no coinciden con los que caracterizan la demencia (en sus formas senil y arterioesclerosa) según la describen esos dos peritos".

Por último, como parte final de este capítulo, el Tribunal agrega varias consideraciones fundadas en pruebas del proceso, de las cuales puede inferirse la sanidad mental del testador el día en que formalizó ante el Notario de Tunja su memoria. Trataríase de prueba indiciaria resultante de hechos acreditados en autos.

Como se verá adelante, la demanda de casación se funda en errónea apreciación de la prueba. Esto impone a la Sala el deber de transcribir el examen de los distintos elementos de prueba hechos por el Tribunal.

La prueba testimonial. — La sentencia trae las siguientes consideraciones:

"1º—Por las declaraciones que se han citado "II, b) se deduce que la ceguera de don Tobías no fué repentina, sino que siguió un largo proceso, desde cuando hacia mil novecientos treinta y dos, hizo viaje para hacerse operar, hasta el momento en que quedó casi ciego. La falta de la vista tenía que influír necesariamente sobre las relaciones entre don Tobías con el mundo que lo rodeaba. De aquí que no se pueda deducir como necesaria la consecuencia que saca el perito doctor Sánchez, al atribuír a la marcha vacilante de don Tobías, la significación de síntoma de enfermedad mental, porque élla se explica más fácilmente si se representa la marcha de un ciego, o casi ciego, por un camino de campo, que sigue los accidentes del terreno, lleno de malos pasos, en donde según afirman los testigos, don Tobías era ayudado por su esposa, por sus hijos o por las personas que por allí se encontraban. Igual explicación puede tener la observación que hace el Dr. Rodríguez Pinzón, de que los movimientos de don Tobías eran imprecisos y

que al ir a recargarse o a tomar una cosa que él necesitaba, no correspondían a la distancia de los objetos.

"2º—Respecto a la tartamudez, como síntoma de demencia, se debe tener en cuenta primeramente que de acuerdo con los testigos Próspero Pinzón y Leonardo Burgos (II, d-) don Tobías desde pequeño tenía el defecto de ser "tartaletas", "hablaba como tartajocito", y es apenas natural que con los años y a consecuencia de la relajación de los músculos y pérdida de piezas dentarias (Pioquinto Alba, C. 4, fl. 36 v., dice que don Tobías tenía caja de dientes), este defecto se acentuara mucho. Esta misma observación aparece hecha por los citados testigos Pinzón y Alba.

"En segundo lugar se debe observar que la pérdida de la palabra, de la vista o del equilibrio, según los peritos Camacho Pinto y Vergara, son síntomas neurológicos, no necesariamente concomitantes con la enajenación mental. (C. 4 bis, fls. 98 y 105).

"3º—A igual conclusión llega el perito tercero, al apreciar globalmente las declaraciones de los testigos cuando dice: "Los dos Amézquitas dan testimonios que, de ser fidedignos, no dejan duda alguna sobre la existencia de una demencia senil en el señor Tobías Sánchez. Los demás, o son categóricamente indicadores de idoneidad psíquica en el señor Sánchez Burgos al tiempo en que firmara su último testamento, como el del señor Próspero Pinzón Infante, (Fls. 31 a 33) o son relaciones muy incompletas, llenas de insistencia en las perturbaciones de la palabra, del equilibrio, y de la marcha, perturbaciones que impresionan a un campesino mucho más que las perturbaciones de una degeneración mental crónica y solapada como en la psicosis senil. Esto no da pié para concluír categóricamente en la existencia de una demencia senil en don Tobías Sánchez B., aunque tampoco son una prueba de idoneidad psíquica". (C. 4 bis, fls. 103 v. y 104).

"4º—Al fundamentar su dictamen, el perito doctor Sánchez trae citas de los testigos, que afirman que don Tobías en sus últimos años, trató de dementizarse o se degeneró, subrayando estas apreciaciones, como indicativas de que para tales testigos aparecía como real la perturbación mental de don Tobías. Igual sentido da a estas expresiones el apoderado de los demandantes en su exposición de la audiencia. El análisis de las declaraciones pone de presente que para dichos testigos la degeneración consistió precisamente en las alteraciones del sistema motriz, de la vista y de la palabra y no en la mente, como lo entienden el perito y el abogado. (Declaración de Oliverio Vergara. II, b-); declaración de Genaro Calixto, II, d-).

"5º—Si los síntomas a que se aludió en el aparte anterior no puede caracterizar un estado demencial es preciso seguir el análisis de las declaraciones de los médicos que hablan de tal estado y dan los síntomas que presentaba don Tobías cuando lo trataron.

"El primer médico que examinó y prescribió tratamiento a don Tobías, fué el doctor Aquileo Espinosa, por el año de 1.925, encontrando en el paciente flatulencia, constipación intestinal y alteraciones digestivas. Aunque el citado médico trató varias veces a don Tobías, no precisa fecha alguna desde cuando notara las perturbaciones de su memoria y razón, de modo que no se podría tomar ningún punto de referencia de la iniciación de tales trastornos y por lo mismo no se puede saber si el proceso de la demencia senil de que hablan los peritos psiquiatras, se pudo desarrollar dentro del término que tal enfermedad generalmente recorre. Si se toma para la iniciación de tales trastornos el año de 1930, como parece indicarlo el médico Espinosa, entonces tendríamos para el proceso de la demencia un tiempo superior a diez años, el máximo de desarrollo de la enfermedad, según los peritos y los tratadistas, ya que la muerte de don Tobías ocurrió en el año de 1949.

"6º—El doctor Espinosa hace consistir las alteraciones de la memoria en que el paciente "olvidaba el tratamiento que estaba siguiendo y los síntomas de su última enfermedad". A la observación general del perito tercero de que en tales olvidos no se puede basar la conclusión del médico, porque "esto puede ser un test de memorización para un médico, para un farmacéuta, para un psicasténico, hipoconcondríaco,pero no el más indicado para investigar la memoria de un campesino que sólo se ha ocupado en su vida de siembras de tierras y de animales", se debe agregar que por no constar en la declaración del citado galeno, los intervalos de tiempo que separan las consultas, no es posible establecer si el no recordar los síntomas de la última enfermedad o los medicamentos que se estaban tomando, implica pérdida de la memoria o por el contrario se explica perfectamente si tales intervalos de tiempo eran muy espaciados.

"7º—En relación con las alteraciones de la razón que basa el médico "en que no podía sacar conclusiones de las respuestas que él le daba respecto al interrogatorio que le hacía de los sínto-

mas que (yo) investigaba", surgen dudas que no se pueden despejar. Si el médico no podía entender lo que decía el paciente, porque éste era siempre confuso y la persona que iba con él era la que se encargaba de ilustrar sobre las alteraciones funcionales y de seguir las prescripiciones tanto del tratamiento medicamentoso como dietético", esto, aún dejando de lado los factores de orden subjetivo y de preparación del médico que pudieran explicar la dificultad anotada por éste, admite conclusiones distintas a las que presenta el médico. En efecto: si el intermediario entre don Tobías y el médico, era como lo afirma el doctor Sánchez en su experticio "un lazarillo psíquico" que lo guiaba "en el laberinto de sus ideas" y trataba de "orientarlo hacia un relato" "siquiera rudimentario de sus propias impresiones y sensaciones", entonces se podría pensar en la ineficacia del médico para sacar por sí mismo las conclusiones de lo que decía don Tobías, ya que el acompañante sí lo podía hacer, puesto que con base en lo que éste decía, sabía o pretendía saber los síntomas que presentaba don Tobías. También es verosímil que para el médico pareciera confuso un relato, en relación con el del acompañante, si se tiene en cuenta que éste al hacerlo sólo tenía presente manifestaciones precisas y objetivas, en tanto que don Tobías tenía que expresar un estado cenestésico y anímico complejo, muy difícil o posiblemente difícil de explicar. En realidad la falta de un examen psíquico que hubiera debido hacer el médico para apreciar la memoria y razón de don Tobías, hace imposible sacar conclusiones de declaraciones como la del doctor Espinosa.

"8º—Se debe repetir aquí que si la falta o la disminución de la memoria y el retardo en el juicio que observó el doctor Espinosa desde la primera vez que vió a don Tobías, en realidad existieron en esa época (1.925 a 1.930) éllas no podrían tomarse como síntomas de demencia senil porque esta enfermedad sigue un proceso que no se puede extender a tantos años como los que van de la fecha indicada hasta la de su muerte. (1.949).

"9º—Las anteriores dudas no permiten llegar a una conclusión categórica en relación con la degeneración de la razón en don Tobías, mas cuando el mismo médico habla de "retardo en su juicio" y concluye en forma categórica su exposición así: "Yo no he dicho que don Tobías fuera un demente senil o un confundido mental, porque yo no le hice examen para éso".

"10º—De lo anotado (III, d, 1º) se observa la imprecisión que respecto de las fechas y número de exámenes manifiesta el doctor Rodríguez Pinzón. En su declaración rendida en esta instancia explica por qué en el certificado precisó las fechas de los exámenes: "Por datos dados por los familiares y no porque yo lo recordara con precisión". (C. 4, fl. 47). No es posible por tanto, admitir como demostrado plenamente el hecho de que el primer examen que practicara el Doctor Rodríguez Pinzón fuera en el año de 1946.

"La parte más significativa de la declaración de este médico se encuentra en el pasaje citado (punto 1º, d, III). Pero según los peritos doctores Camacho Pinto y Vergara "Cada uno de los síntomas enumerados son manifestaciones o signos de orden neurológico, y ninguno de ellos puede atribuirse a perturbación mental propiamente y mucho menos a demencia". (C. 4 bis, fl. 98), y "el perito doctor Camacho tiene mucha razón al observar que la mayoría de los testimonios, a excepción de los producidos por los señores Amázquitas, describen síntomas neurológicos que no son necesariamente concomitantes con la enajenación mental". (C. 4 bis, fl. 105)

"11—A la anterior crítica se puede agregar la poca convicción que surge de esta declaración por la falta de precisión en cuanto a las fechas y manifestaciones que revelan la ligereza o poco fundamento al hacerlas, como cuando se afirma que don Tobías en el primer examen hablaba claro, constando por los muchos testimonios que por aquella época hablaba tartamudo (II, b y d), o cuando se habla del examen psíquico que le practicó a don Tobías sin que se pueda precisar el resultado obtenido, o cuando se hace una descripción tan despersonalizada del paciente, etc. Con razón el perito tercero critica esta declaración y la de los otros médicos en esta forma: "Los testimonios de los profesionales médicos deberían constituír la base más científica de esta documentación, pero desafortunadamente son de un valor descriptivo muy pobre. Mas parece que el saberse investidos con la autoridad que da la categoría de médicos les hubiera inducido a manifestaciones simplistas". (C. 4 bis, fl. 103 v.).

"12—Tampoco se puede sacar una conclusión cierta sobre el estado mental de don Tobías, en sus últimos años, cuando se le describe como agravado en relación con el observado en la primera visita (IV, d) porque el estado de inconciencia en que se encontraba (el doctor Sandoval habla de "coma" IV, c) debido a la enfermedad aguda, no permitía sacar conclusiones muy seguras res-

pecto al estado mental, mas cuando según afirma el médico, el examen entonces fue muy rápido.

"13—Se puede concluír la crítica de esta declaración con la observación que hace el perito tercero respecto a este declarante y al doctor Aquileo Espinosa: "La verdad es que estos dos profesionales demuestran ignorar la sintomatología clínica de la demencia senil y haber omitido los exámenes indispensables para después formular un concepto realmente científico". (C. 4 bis, fl. 105 v.). (Véase adelante análisis de los síntomas de la demencia senil).

"De la lectura de la declaración del doctor Antonio Sandoval Gómez (III, d. 2º, al final), no aparece que el testador hubiera sufrido de una demencia senil, porque el mismo médico dice que los síntomas de locura que el paciente presentaba cuando lo vió a mediados de 1.949 (aunque después dice que no recuerda el año), podían o no existir antes y que "tenía, en cuanto a síntomas nerviosos o en cuanto a lesiones nerviosas, características peculiares a cualquier organismo en esa edad que serían unos ochenta años; eso dicen". Si se tienen en cuenta el estado de inconciencia en que entonces se encontraba el paciente; la extrema debilidad debida al derrame cerebral y a la neumonía, así como la dificultad en el habla, no es posible considerar que los disparates de que habla el médico puedan interpretarse como reveladores de demencia senil.

"El diagnóstico de este médico no es el de una demencia senil como lo observa el doctor Camacho Pinto, puesto que dice que podía o nó tener síntomas de locura con anterioridad a la mencionada fecha, y la demencia senil supone que sí existían antes.

"Se debe dar por reproducida aquí la apreciación general que sobre las declaraciones de los médicos hace el perito tercero. (Punto 11).

"14—Una de las bases más importantes en la estructuración de los dictámenes de los peritos Sánchez y Vergara, es sin duda, la constituída por las declaraciones de Pablo Emilio y Alfonso Amézquita.

"Al hacer la crítica de estos testimonios no puede dejar de tenerse en cuenta que los exponentes son casados con dos de las hijas del primer matrimonio de don Tobías, demandantes en este juicio.

"Alfonso Amézquita es el declarante que hace remontar la demencia de don Tobías a un tiempo mas remoto, si se exceptúa al doctor Espinosa, pues dice que en 1.942 estando en la clínica trató de dementizarse. Como manifestación del estado demencial de don Tobías trae el declarante el caso de un negocio propuesto por don Tobías, para salvar el potrero de "El Rodeo", de propiedad según parece de Pablo Emilio Sánchez, por medio de una escritura de confianza hecha al declarante. La verdad es que tal negocio no aparece muy claro y por eso no se puede apreciar la conducta de don Tobías, cuando insistía en que se cancelara primero la hipoteca que pensaba sobre dicho inmueble.

"Según los peritos, este declarante expone hechos que de ser ciertos indicarían un estado demencial del testador hacia el año de 1946, por la fecha del negocio de unas casas en Toca. Pero debe observarse aquí que este sólo testimonio, aún suponiéndolo imparcial, no podría ser suficiente para demostrar el hecho de la demencia, porque la actitud de don Tobías, cuando le echaba garrote al suelo y decía "culebro" y "gediondo", tampoco puede interpretarse en una forma aislada, sin tener en cuenta las circunstancias especiales que la pudieron rodear, en forma que pudiera entenderse como una reacción natural, como es frecuente ver en los niños y también en los ancianos, cuando la emprenden contra objetos inanimados, descargando así su contenida cólera.

"Respecto al resto de la declaración de Alfonso Amézquita (III, b) o mejor de los hechos allí relatados se debe tener en cuenta que según el artículo 699 del C. Judicial "Las declaraciones sobre palabras no forman jamás pruebas sobre los hechos, pero sí sobre aquéllas, siempre que el testigo asegure haberlas oído proferir, y, en este caso la uniformidad de los dos testigos debe referirse a las palabras e igualmente a las circunstancias que puedan alterar o modificar su sentido". No se encuentra otra declaración que concuerde con la anterior respecto a lo que dijera al testigo la señora de don Tobías, sobre su comportamiento inusitado. Sólo aparece la declaración del hermano Pablo Emilio Amézquita que dice: "Antes de darle un ataque a Tobías y que paralizó la gente decía y la misma Alejandrina lo decía, que les hacía trastiar la cama de noche de una parte a otra, y que hacía ordeñar por ahí a la una o dos de la mañana; también que se acostaba por ahí a los dos o tres de la tarde". No concuerdan las dos declaraciones en relación con los hechos y circunstancias relatados, pues solo en una se precisa el año, y las demás circunstancias también son distintas. No se podría,

pues, ni siquiera dar por establecido como cierto el relato hecho por la señora Alejandrina; mucho menos la realidad de los hechos allí descritos.

"15—La aplicación de la citada disposición, no permite dar por probados los hechos de que habla Alfonso Amézquita, como relatados por la señora del testador, su hija María de Jesús y Gerardo Cardozo. (III, b). Es oportuno anotar que Gerardo Cardozo no confirma ninguno de los relatos de los hermanos Amézquitas.

"16—El perito tercero da a estas partes de las declaraciones un gran valor demostrativo de la perturbación psíquica, pues dice: "Hechos de esta índole como los que aquí transcribo son por una parte muy característicos de las demencias seniles y, por otra parte, no hacen parte de los fenómenos que el vulgo profano considera como característicos de la locura o enajenación mental". (C. 4 bis, fl. 104). Igual importancia les da el perito doctor Sánchez, anotándose sí, que de acuerdo con la transcripción que él hace, es don Tobías quien aparece engañando a los muchachos con las papas que les daba en lugar de dulces, cuando según el relato del testigo, eran los muchachos quienes lo engañaban (C. 4, bis, fl. 84 v.). Este perito percibe en estas manifestaciones "pérdida de la sindéresis y de las proporciones, tendencias aberrantes, aparición de sugestibilidad patológica (ejecución de actos y negocios absurdos)" (C. 4 bis, fl. 90). El perito doctor Camacho les da igual significación como síntomas patológicos pero les niega realidad por la parcialidad que se supone en los declarantes, dado el parentesco con las partes. (C. 4 bis, fl. 100).

"17—Dos hechos fuera de los analizados en el anterior punto, han sido tomados por los peritos como reveladores de un estado demencial en don Tobías hacia el año de 1946. Son estos: 1º La compra de unas casas en Toca y 2º El arrendamiento del potrero de "El Rodeo".

"1º—Dice Alfonso Amézquita que en 1.946 lo llamó don Tobías para que le ayudara a hacer un negocio de una casa en Toca, a donde fueron y allí le dió un manojo de billetes de mil pesos para que se los diera al vendedor de la casa, de nombre Arturo Villate. Que él no le entendía a don Tobías, sirviendo Gerardo Cardozo como intérprete. Afirma el declarante que don Tobías quería que se entregara el dinero (como arras) sin documento pero que él sólo lo entregó cuando se le hizo el documento de promesa de venta. Por las respuestas posteriores que dió este declarante y por la declaración de Gerardo Cardozo (C. 4, fl. 38 v.), se establece que el negocio fué planeado por don Tobías y que el señor Amézquita sólo intervino para entregar el dinero. Aunque Cardozo no confirma el relato del testigo, sin embargo de la conducta de don Tobías, no cabe deducir que estaba demente por no exigir documento para la entrega de las arras, si se recuerda cómo en otro tiempo y especialmente en Boyacá se hacían ventas sin documento ni escritura, confiando en la palabra que valía más que cualquier constancia escrita. A éste tipo de contratante parece pertenecía don Tobías, como se deduce de su actitud con Pablo Emilio Amézquita cuando éste le prestó mil pesos para el pago de la casa. Se debe observar que según Gerardo Cardozo don Tobías no aceptó el precio fijado por los vendedores sino que obtuvo una rebaja considerable. (C. 4, fl. 39 y v.).

"2º—Los dos hermanos Amézquitas hablan sobre el negocio del arriendo del potrero de "El Rodeo", pero no porque les conste directamente sino porque oyeron hablar al respecto. Así Alfonso Amézquita dice: "En el año de mil novecientos cuarenta y seis un potrero llamado "El Rodeo", que mide treinta y seis hectáreas de tierra, dicen porque no me consta, porque yo no ví documento, dizque lo arrendó por doscientos pesos a Marco Tulio Guío y su ganado que existía en el mismo potrero se lo dejó al mismo Guío al aumento. Reses valedoras de a ochenta pesos, dizque se las dejó a cuarenta pesos. El arriendo que valía de la finca más de mil pesos, dizque fue el valor de doscientos pesos". C Pablo Emilio Amézquita habla del mismo negocio, llegado a su conocimiento por boca de Maruja Sánchez. La concordancia de estas declaraciones sólo podría servir para demostrar que los declarantes oyeron ese relato, pero no que en realidad el negocio se hubiera realizado en las condiciones dichas. Además Gerardo Cardozo dice que "el contrato consistió en que don Marco Tulio veía del ganado de don Tobías y agrega: "Me parece que don Alfonso Amézquita no convenía en que don Marco Tulio mandara en el potrero, no se por qué; porque quedaban con lindero, es decir, que el Rodeo colindaba con predio de don Alfonso Amézquita". En resumen, por aplicación del Art. 699 del C. J. no es posible dar por demostrado este hecho.

"18—A las declaraciones de los hermanos Amézquitas, respecto de los hechos anotados, les es aplicable también el Art. 698 del C. Judicial que dice: "No tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído

a otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo, o cuando se trata de probar la fama pública".

La prueba pericial.—El fallo hace la siguiente crítica a los dictámenes de los psiquiatras forenses:

"Al tratar de la acción se dijo cómo para la demostración del hecho de la demencia era admisible cualquier medio de prueba. Esto en principio, porque en muchos casos, dada la forma de la demencia, es muy difícil llegar a su determinación si no es por medio de peritos psiquiatras, que por su especialización están en capacidad de examinar al paciente y valorar los síntomas que presente a la luz de los principios científicos que sirven para distinguir el estado normal del patológico. En cambio puede haber casos de demencia fácilmente reconocibles para cualquier persona, aunque no tenga conocimientos de psiquiatría.

"En tratándose de la demencia senil, según se deduce de las exposiciones que fundados en tratadistas hacen los peritos, no es fácil su reconocimiento por personas que no tengan conocimiento especializado sobre psiquiatría porque el comienzo de tal enfermedad suele ser "extremadamente insidioso y lento. Como muy bien escribe Boestroen-Vergmann: Trat. de med. interna. Tomo V; 1º Pg. 712, "Algunos enfermos resisten mucho tiempo a los procesos de la desintegración senil. En estos casos, consérvase durante años, el porte exterior; por cuya razón, los profanos no se dan cuenta de que estas personas están enfermas" (Cita del perito doctor Sánchez, Cuaderno 4 bis, fl. 87). Si a lo anterior se agrega la particularidad, en el caso de autos, de que el paciente ya no existe y que por tanto el diagnóstico se ha de basar sobre las exposiciones de testigos que lo conocieron, se puede concluír con que la prueba pertinente para demostrar el hecho de la demencia, debe ser el peritazgo psíquiátrico, por aplicación del Art. 705 del C. J. que dice: "Para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos".

"El peritaje psiquiátrico exige una técnica que se aplica al estudio de los antecedentes patológicos, pasa luego a la exploración física, sigue a la psíquica; estudia las reacciones especiales; observa continuamente al paciente; estudia la posición psíquica del explorado frente al hecho y por último sobre las observaciones hechas y la discusión de los resultados, llega a determinada conclusión. (Psiquiatría Forense, W. Weygandt Peritaje psiquiátrico).

"Un estudio como el que supone el esquema que se acaba de trazar, exige la presencia del paciente. Pero en determinados casos el peritaje ha de ser retrospectivo, es decir, cuando ya el sujeto ha dejado de existir, y entonces el material de estudio y observación puede ser proporcionado por las personas que hayan tratado al paciente, ya como médicos o como simples particulares. La admisibilidad de este experticio se explica por la necesidad de amparar derechos y situaciones jurídicas que sólo surgen con la muerte del presunto demente, como en el caso del testamento. En este sentido ha dicho la Corte en casación de 10 de octubre de 1923: "No por haber muerto el supuesto demente se hace imposible la prueba de la demencia. De otra suerte se llegaría al absurdo de que acciones y derechos emanantes de actos ejecutados por un demente que no pudiese ser reconocido directamente por haber muerto, no podrían intentarse ni hacerse efectivos". (Tomo XXX, pg. 350). Y en la de 28 de agosto de 1926: "No por haber muerto una persona (que no estuvo en intedicción judicial) se hace imposible la prueba de que estuvo demente en determinada época de su vida (cuando celebró un contrato que se trata de nulo). Si en ese caso no es ya posible el examen personal y directo de los peritos no por éllo la ley rechaza otra clase de prueba: los indicios, los testimonios, el concepto de facultativos, fundado en hechos comprobados, etc., pueden dar una plena prueba de la demencia". (Tomo XXXIII, Pg. 133).

"Estudiada la admisibilidad de este medio de prueba se deben entrar en el de su fundabilidad, advirtiendo que se produjo de acuerdo con las normas que lo regulan y por lo mismo debe ser atendido. Se aclara también, por haber sido punto de discusión entre las partes, que la falta de tacha por error grave, dolo, cohecho, etc., no implica que se le haya de admitir con el valor de plena prueba, porque el Juzgador tiene amplias facultades para entrar en su análisis y aceptarlo si lo encuentra debidamente fundamentado.

"Se recordará que los peritos Sánchez y Vergara están de acuerdo en conceptuar que don Tobías era demente en la época en que otorgó su segundo testamento. Pero difieren en cuanto al diagnóstico propiamente dicho, pues en tanto que el primero encuentra una demencia senil, el segundo habla de proceso demencial de tipo predominantemente arterioesclerótico. (III, g. y h).

"Pudiera pensarse que el diagnóstico del doctor Vergara, en caso de ser fundado, establece un hecho nuevo no presentado en la demanda, que sólo habla de demencia senil, entidad patológica distinta de la demencia arterioesclerótica, y por lo mismo no susceptible de ser tenido en cuenta en la sentencia de acuerdo con el principio consagrado en el Art. 593 del C. J.; pero esto no es así, puesto que el hecho alegado como fundamento de la incapacidad es la demencia, que comprende las distintas formas que pueda presentar.

"Con todo no puede ser indiferente esta discrepancia en el diagnóstico para el efecto de considerar que son uniformes y debidamente fundamentados, puesto que caracterizándose las dos demencias de modo distinto tanto por su localización cerebral como por sus síntomas, la demostración de uno excluiría la del otro. Es decir, que ambos no podrían considerarse como debidamente fundados, puesto que las alteraciones y modificaciones cerebrales que suponen son distintas y por lo mismo los síntomas de la enfermedad reconocerían un distinto origen y presentarían modalidades a éste correspondientes. Así lo explica el doctor Sánchez cuando dice: "Hasta hace algunos años, la demencia senil y la arterioesclerosis cerebral, se describían conjuntamente en sus síntomas, en su evolución y en su pronóstico. Pero una diferencia substancial las separa, desde el punto de vista de la localización cerebral de estas enfermedades. Al paso que la demencia senil, proviene específicamente de la degeneración de las células cerebrales, en toda la extensión de la masa encefálica, provocando disminución del volumen cerebral (atrofia) y degeneraciones irreparables, la arterioesclerosis cerebral proviene de la degeneración arterioesclerosa de las arterias del cerebro. Así, la demencia senil es una enfermedad primitivamente celular; al paso que la arterioesclerosis cerebral es una enfermedad primitivamente arterial. En los dos casos, las alteraciones mentales son gravísimas, pues si en la demencia senil la enfermedad afecta primitivamente el elemento noble del tejido encefálico, en la arterioesclerosis la degeneración de las arterias imposibilita por completo el normal aporte de sangre a ese tejido, provocando focos de degeneración cerebral (focos de reblandecimiento) allí donde la circulación sanguínea se ha vuelto imposible por causa de las arterias enfermas. Esta razón, nos explica, señor Juez, el por qué en la arterioesclerosis cerebral hay, entre los síntomas de la enfermedad, abundancia de manifestaciones que dependen de los focos arteriales degenerados. Así son muy frecuentes los violentos dolores de cabeza(cefalia), los ataques de apoplegía con pérdida del conocimiento, más o menos transitorios, (congestión cerebral), los ataques epilépticos debidos a espasmos arteriales, las pérdidas transitorias del habla (afasias) y finalmente —hechos gravísimos— los derrames cerebrales finales que invalidan en lo general en forma completa al sujeto, puesto que dependen de rupturas de vasos importantes y dejan como consecuencia parálisis del cuerpo y defectos mentales irreparables, en la mayoría de los casos. Secundariamente al proceso de la enfermedad arterioesclerosa aparecen, como he dicho, focos de reblandecimiento del tejido noble del cerebro, que son la causa de las perturbaciones mentales de la demencia. Aquí también figura la pérdida progresiva de la memoria, la debilidad del juicio y del razonamiento, la progresiva reducción de la órbita del pensamiento y de la voluntad, la disminución del volumen de las ideas, la obnubilación de la conciencia y la debilidad en el discernimiento. Empero, estos síntomas en la arterioesclerosis cerebral, suelen ser más morosos en su instauración demencial, que en la demencia senil. Además, hay un síntoma que es típico de la enfermedad y que no se observa siempre en la demencia senil, y que es la "incontinencia emocional" es decir, el viejo se torna "llorón", por cualquier motivo, caprichoso, quejoso; experimenta frecuentes crisis de agitación ansiosa por las noches, en medio de una confusión mental muy grande. Y estas manifestaciones de decadencia intelectual, se agravan notablemente con motivo de la aparición de accidentes arteriales, diversos tales como ataques de apoplegía, de afasia, de parálisis, de convulsiones, etc. Por modo que, a medida que progresen los focos de reblandecimiento, se agravan las manifestaciones mentales, hasta llegar al período final en que el sujeto —como en el caso de la demencia senil— está reducido a una vida meramente vegetativa". (C.4 bis, fls. 88 y 89). Y el doctor Vergara: "Además ,el proceso demencial sobre todo si es de origen arterioesclerótico, no sigue una línea continua o en plano inclinado hacia la demencia, sino que evoluciona por brotes, a la manera de una luz que arde en el fondo de un recipiente y a la que llega el aire irregularmente, a veces más y a veces menos, lo que da a la conducta de algunos dementes seniles un perfil irregular, don-

de alternan actos de relativa lucidez con otros de manifiesta enajenación mental. También es propio del proceso demencial arterioesclerótico la conservación de cierta autocrítica lo que permite al paciente buscar defensas o tomar medidas que suplan el déficit mental que experimenta". (C. 4 bis, fl. 104 v.).

"De lo expuesto se deduce que no se puede considerar como uniformes y debidamente fundamentados (al mismo tiempo) los peritazgos rendidos por los doctores Sánchez y Vergara, porque tratándose de apreciar un dictamen, lo fundamental no son las consecuencias deducidas sino el proceso seguido para establecerlas y reconociéndose dos entidades patológicas distintas, la legitimidad de un proceso, excluye la del otro.

"Ya se observó (Nºs. 1. 2, 3) cómo ni las alteraciones en el sistema motriz, ni las perturbaciones en la palabra pueden ser tomados como síntomas de demencia senil por ser síntomas neurológicos y por explicarse además como normales en relación con el caso concreto de don Tobías. No está por tanto fundado el dictamen del perito doctor Sánchez cuando pretende ver en ellos, manifestaciones de una degeneración que se radica en las células cerebrales y da a los testimonios una significación que los testigos no le quisieron dar. (Véase número 4).

"También es preciso recordar que este perito deduce de la declaración de Alfonso Amézquita síntomas de **agitación** con impulciones groseras, **desorientación, confusión mental;** pérdida de la sindéresis y de las proporciones, tendencias aberrantes, aparición de **sugestibilidad patológica** (ejecución de actos y de negocios absurdos),. (C. 4 bis, fl. 90), cuando según se demostró en los números 14 y 15, de acuerdo con los Arts. 698 y 699 del C. Judicial, ni siquiera se puede considerar demostrado el hecho del relato, tanto menos que los hechos relatados se verificaran.

"La observación anterior es igualmente aplicable al dictamen del perito tercero que admite las declaraciones de los hermanos Amézquitas como demostrativas de los hechos, que según dicen, les relataron la señora Alejandrina, María de Jesús Sánchez y Gerardo Cardozo. (Véanse números 14, 15 y 16).

"Además la observación que hace este perito (véase número 16) sobre los hechos relatados a los Amézquitas, como característicos de demencia y especialmente lo inverosímil de que sean inventados por no considerarlos así el vulgo profano, está contradicha por los mismos testigos y por el relato mismo, cuando dicen: "Yo le preguntaba a la señora y a la hija María de Jesús y la señora me contestaba que seguramente se había dementizado, porque hacía ordeñar..etc." (Véase III, b) y "Yo pregunté a la señora de Sánchez a qué se debía ésto, qué es la inquietud de don Tobías y si ella sí le entendía y ella me contestó que desde que le había dado la hemorragia nasal que de ahí para acá lo notaba como con la cabeza perdida y que no se daba ya casi cuenta de nada.... etc." (Véase III, c). Es decir, que la señora Alejandrina, persona que pertenece al mismo círculo cultural de los Amézquitas consideraba como reveladores de "dementización" o "pérdida de la cabeza" los mismos hechos que según el perito tercero son reveladores de la demencia y el vulgo común no los considera tales. Si se acepta, pues, la afirmación del perito, habría que suponer en los declarantes una cultura psíquiátrica infusa.

"También se debe insistir en que los síntomas que acepta el doctor Sánchez como correspondientes a la demencia senil (número 10, III, d, 1º) no son concomitantes con dicha enfermedad, según lo explican los peritos Camacho y Vergara. Es verdad que el perito Vergara parece darles este carácter, al decir: "Cuando esos síntomas son causados por una degeneración encefálica, como parece que lo fueron en el señor Sánchez Burgos por cuanto la inseguridad en la marcha y las perturbaciones de lenguaje se presentaron con anterioridad a la hemiplegia, es muy probable que coincidan con parturbaciones mentales, y éllo es tan probable, que sólo podemos afirmar que el sujeto se conserva lúcido mentalmente si podemos obtener pruebas subjetivas del normal funcionamiento de sus facultades psíquicas. En este caso tales pruebas faltan por completo. El enfermo no fue sometido a un examen psíquico mediante "tests" de inteligencia, de memoria, de discernimiento, etc., en los que se utilizaran métodos que permitieran distinguir lo que hay de dificultad puramente expresiva y lo que hay de difícil mental propiamente dicho". (C. 4 bis, fl. 105).

"No aparece como necesaria la consecuencia que saca el doctor Vergara, de que los síntomas coinciden con perturbaciones mentales por ser anteriores a la hemiplegia, porque ello conduciría a esta conclusión verdaderamente extraña; sino se hubiera presentado la hemiplegia, tales síntomas no serían de demencia. Además no se puede deducir la demencia de la falta de datos objetivos sobre las condiciones psíquicas del paciente; esto mas bien conduciría a afirmar que

por no existir esos datos, no es posible afirmar categóricamente la insanidad mental. Porque sería absurdo que se diera por establecida la enfermedad porque no se practicó el examen que hubiera podido demostrar que élla no existía. Con razón este médico se duele de que sus colegas (los que trataron a don Tobías) no hubieran practicado exámen psíquico alguno. Sería contradictorio afirmar que por no haberse practicado el examen se debe admitir lo que sólo por ese medio se podía establecer.

"El perito doctor Sánchez encuentra "síntomas de desconfianza y prevención hacia los familiares o hacia las personas que convivían con él, así como la inquietud nocturna y las ideas de persecución" (C. 4 bis, fl. 90), en la declaración de Pioquinto Alba. Pero a la luz de los Arts. 699 y 698 del C. J. no es posible dar a tal declaración el valor de prueba sobre los hechos relatados, porque allí se habla de que "oía que decían", "Gerardo Cardozo me dijo" y no hay otro testigo que corrobore estas afirmaciones para que se pudiera dar por verídico tal relato, lo que por lo demás, tampoco demostraría que tales hechos se hubieran verificado. Respecto a esta declaración y a las de otros testigos que hablan de lo que oían decir sobre el estado mental de don Tobías Sánchez, sin precisar persona, ni tiempo ni lugar, es bueno recordar la jurisprudencia de la Corte que rechaza la prueba de la fama pública para acreditar la demencia. En sentencia de 12 de diciembre de 1912 se dice: "No constituyen plena prueba, respecto de la demencia de una persona, las declaraciones de testigos tendientes a comprobar la fama pública, o sea, que en el lugar de la vecindad de dicha persona se le reputaba demente. La ley exige, como prueba principal, sin perjuicio de otras que conduzcan al mismo fin, el dictamen de facultativos sobre la existencia y naturaleza de la demencia". (Tomo XXII, Pg. 218).

"Las críticas anteriores desvirtúan la fundamentación de los dictámenes de los doctores Sánchez y Vergara. Pero respecto del último conviene hacer un estudio especial pues al tiempo que critica los dictámenes de sus colegas por haberse basado en testigos que deponen sobre hechos atípicos para demostrar la demencia (excepción de los Amézquitas), considera que sí hay una prueba científica "en el estudio de la personalidad del señor Sánchez Burgos: su adaptación social. La psicología moderna, agrega, especialmente la desarrollada en Norteamérica, considera que el "social adjustment" es el índice más fiel e inequívoco para penetrar el verdadero dinamismo de una personalidad. La integración de la persona en la sociedad es el resultado final de los múltiples y complejos factores de la vida psíquica, y el mejor "test" de esa aptitud es la respuesta práctica de la sociedad a que pertenece el sujeto examinado. El señor Tobías Sánchez Burgos, nos aparece en los relatos de este expediente como un sujeto abandonado de sus amigos, desconectado de su ambiente social. Su figura es notoriamente desde 1946 la de un solitario, la de un extravagante, y sólo aparecen a su lado los miembros de su familia a quienes el afecto, la gratitud y demás sentimientos familiares mantienen vivos los lazos que los unen al enfermo, o bien son servidores que le hacen compañía por la retribución de un sueldo o la esperanza de otra retribución económica. Esta insociabilidad del señor Sánchez Burgos no puede atribuirse a motivos deliberados, pues en la plenitud de su vida no se manifestó como misántropo ni como un cínico. Cuando gozó de sus facultades mentales fué un hombre muy vinculado a su ambiente social y hasta tuvo funciones de dirigente político". (C. 4 bis, F. 105).

"Si se tienen en cuenta las condiciones personales del testador y el ambiente social en que vivió, no aparece probada la desadaptación de don Tobías, en sus últimos años. En efecto: ya se anotó (I, f. 1) la falta de datos sobre la vida social y familiar de don Tobías y la pobreza de actividades sociales dentro de los pueblos boyacenses. Al mismo tiempo aparece que la vida de relación de don Tobías se concretaba a los negocios que hacía. No hay, pues, base suficiente para poderse formar un concepto real de lo que fuera la personalidad de don Tobías, en relación con su medio familiar y social. El mismo doctor Vergara lo anota cuando dice: "El examinado fué un campesino de cultura rudimentaria sin otro horizonte mental que sus monótonos negocios. Los testigos que se presentan como amigos de infancia o de muchos años, sólo mencionan pequeños negocios como contenido de sus relaciones amistosas, con excepción de Hipólito Becerra quien observa: "Era el único jefe conservador y que nos hacía respetar la vereda". (Folio 58). Esta estrechez de su horizonte mental, o la falta de testimonios reveladores de otros aspectos de su personalidad, disminuyen mucho las posibilidades de comprobar un cambio de carácter lo suficientemente notable como para atribuirlo a una demencia, pero también dificulta establecer si la degeneración neurológica, que es evidente, no se acompañó de degeneración inte-

lectual. Es de anotar, señor Juez, que la mayoría de su antiguos conocidos o amigos abandonaron sus relaciones sociales con don Tobías en los últimos cinco años (aproximadamente) de su vida, manteniéndose en relación solamente con muchachos a quienes tenía a su servicio. Este abandono, aún por parte de sus contemporáneos, puede indicar lo mismo un nivel de sociabilidad muy pobre y mezquino en la sociedad a que pertenecía, como un empobrecimiento mental con características predominantes de egoísmo y ensimismamiento, al que respondieron sus antiguos amigos con el distanciamiento". (C. 4 bis, fl. 103).

"En segundo lugar la decadencia que lleva consigo la vejez, conduce necesariamente a la limitación y estrechamiento progresivos en todos los órdenes de la actividad humana. Sólo tal vez en casos especiales de temperamentos caracterizados por su sociabilidad, se conserve la antigua vida de relación, pero en el común de los casos, el viejo se va quedando solo, reducido cada vez más al círculo de sus parientes más cercanos, sin que por esto se pueda decir que se esté dentro del campo de lo patológico. A este propósito es muy pertinente la cita del Diccionario psiquiátrico de Hinsie y Shatshy tomada del estudio Senilidad normal y Demencia senil, aparecido en los números 65-66 de la Revista de Medicina Legal de Colombia, que caracteriza a la senilidad normal en estos términos: "Es un lento y progresivo declinar físico y mental. La fatigabilidad, las fallas de la memoria, la disminución de la concentración mental son manifiestas. Existe una restricción de los intereses afectivos y en todo terreno se denuncia la regresión hacia el pasado que sufre el viejo. Las funciones viscerales defectuosas juegan un papel en tal decadencia". Del mismo estudio se cita la opinión de E. Bleuler, con respecto a la decadencia senil: "Aunque la decadencia normal del cerebro comienza hacia los cincuenta años, se hace ordinariamente manifiesta en el último decenio de la vida normal. Lo más precozmente encontramos las más de las veces en muchas gentes aún antes del comienzo del sexto decenio una cierta incapacidad para asimilar nuevas ideas; se es pasivamente neofóbico —temeroso de lo nuevo—, aunque todavía se es capaz en un grado limitado de hacer nuevas combinaciones de ideas. Pero cada vez más la capacidad de asimilar se debilita en su conjunto; lo que ocurre en el mundo le interesa cada vez menos al anciano; sus pensamientos se limitan, haciéndose egocéntricos en el sentido de las más perentorias necesidades, y esto tanto en su aspecto intelectual como en el afectivo. Los sentimientos se hacen inestables, reaccionan ante pequeñeces y con facilidad se presentan distimias permanentes. En su trato muestran en unos casos tendencia a una locuacidad vacía; en otros, a un laconismo tórpido. Al lado de una exagerada sugestibilidad, llama la atención una indocilidad testaruda. Toda la memoria —no sólo la memoria de fijación —se hace más infiel, primero para nombres y luego para aquello que particularmente es difícil. La incapacidad de comprender los nuevos sucesos y de recordarlos, la reproducción relativamente o en absoluto más fácil del antiguo material de la memoria, en unión con la propiedad general que imágenes de la memoria agradables se evocan más fácilmente que las desagradables, hace de éllos **laudatores tempori acti.** Todos los procesos psíquicos se hacen más penosos y lentos, y tanto más cuanto más complicados son. Que al mismo tiempo disminuyen la capacidad de conducirse en la práctica, es evidente".

"En el mismo trabajo se alude a la dificultad de diferenciar la demencia senil de la senilidad normal para psiquiatras eminentes también como los señores peritos, reconocida por el citado Bleuler, quien se acoge a la opinión de Kraepelin "quien aconsejaba que para establecer un diagnóstico de demencia senil era necesario advertir la aparición de ideas delirantes, a lo cual agrega Bleuler los desórdenes marcados de la afectividad. (Psiquiatría, de Bleuler. Pg. 221). De semejante modo Gruhle afirma en lo tocante a la interdicción de los dementes seniles "que se está autorizado para aceptar la ineptitud tan pronto se presenten ideas delirantes en un senil". (Psiquiatría de Gruhle pág. 289). Estos síntomas no aparecen en los relatos que hacen los testigos, como se analizó hasta aquí. En relación con los desórdenes afectivos se anotó atrás (I. f. y g) el poco cariño que tuvo don Tobías a sus hijos del primer matrimonio y a su primera esposa, pero estas manifestaciones no se pueden tener en cuenta porque se refieren a una época anterior al período de la vejez. Fuera de esto no aparecen en ningún relato, observaciones sobre conducta irregular, incorrecta o amoral, como es lo corriente en dementes seniles.

"En relación con la desadaptación social de don Tobías, como prueba de la demencia, es imposible dejar de tener en cuenta sus circunstancias personales, de tartamudez y ceguera casi completa, que debieron dificultar grandemente el mantenimiento de sus relaciones con personas

no vinculadas por la sangre o el afecto. Así permiten pensarlo observaciones de testigos como Campo Elías Burgos (II, d) que dice que no le entendía a don Tobías y por eso le daba cólera y salía corriendo, y Oliverio Vergara que dice que no se prestaba para conversar (C. 4 fl. 32), lo mismo que la de todos aquellos que hablan de la dificultad para entenderle, de la necesidad de un intermediario para poder dirigirse a él y del mutismo forzado cuando estaban en su compañía. Dadas estas circunstancias y la significación que para el mantenimiento de la vida social tiene la palabra, no es difícil entender como perfectamente explicable la conducta de los amigos o conocidos, cuando sin el aliciente de departir con don Tobías lo fueron dejando solo.

"Si se confrontan los datos que dan los testigos con los síntomas que caracterizan la demencia de tipo arteriescleroso, según la descripción transcrita, no puede menos de advertirse que no coinciden, especialmente "el síntoma típico de la enfermedad y que no se observa siempre en la demencia senil, y que es la "incontinencia emocional. Es decir, el viejo se torna "llorón", por cualquier motivo, caprichoso, quejoso; experimenta frecuentes crisis de exitación ansiosa por las noches en medio de una confusión mental muy grande", de que habla el perito doctor Sánchez. La irritabilidad que advierten algunos testigos, especialmente cuando se le contrariaba, no alcanza a tener el valor de síntoma de demencia senil, pues no aparece suficientemente reiterada y sin motivo aparente; se le puede explicar dentro de las reacciones normales de los viejos, según se explicó atrás.

"Quedaría como prueba de la demencia "La impresión clínica de que el señor Tobías Sánchez Burgos era una persona notoria y gravemente deficitaria en su vida mental desde 1946, o sea, desde algún tiempo antes de que otorgara su último y discutido testamento", de que habla el doctor Vergara. Pero por impresiones no es posible llegar al convencimiento pleno de que una cosa existió, sobre todo si se tiene en cuenta que los mismos médicos manifiestan su duda de que se tratara de una demencia, de la ninguna base científica que los llevara a hacer determinadas afirmaciones y de la crítica que ellas han merecido.

"Algunos testigos hablan de que las manifestaciones de demencia se presentaron después de la hemorragia que sufrió don Tobías (IV, a, b) pero aún admitiendo la realidad de tales manifestaciones, no se podría fijar la fecha de las perturbaciones porque los testigos son muy vagos al respecto. Sólo Pablo Emilio Amézquita (IV, a) fija el año de 1946. Tampoco son claras y precisas las exposiciones de los testigos especialmente de los médicos, respecto a la fecha del derrame cerebral y de la neumonía que padeciera don Tobías. Parece que estas novedades ocurrieron unos seis meses antes de la muerte. El perito doctor Camacho, explica el estado demencial de don Tobías, como consecuencia de la afección pulmonar que se complicó con una trombosis arterial cerebral que le originó la hemiplegia y le ocasionó el estado demencial por reblandecimiento parenquimatoso masivo del cerebro, ya que no hay constancia de que don Tobías estuviera paralizado antes de la neumonía sino después de iniciada ésta; es decir, no se trató de demencia-hemiplegia-neumonía, sino de neumonía-hemiplegia-demencia".

La prueba indiciaria. — En la sentencia recurrida se examinan los siguientes indicios que respaldan la presunción de sanidad mental en el testador:

"Ya el señor juez a quo puso de presente la fuerza de plena prueba que tiene la constatación hecha por el Notario que autenticó la memoria testamentaria, cuando afirma que el testador se hallaba en "completo juicio"; apreciación que se encuentra reforzada por la constancia dejada en el primer testamento (el de 2 de julio de 1946), que dice: "Compareció el señor Tobías Sánchez Burgos, mayor de sesenta años (60) con cédula de ciudadanía número 225618 de Toca, de donde es vecino y hallándose en pleno uso de sus facultades mentales de lo cual doy fé.....etc." (C. 3, fl. 22), y por el indicio que en igual sentido se desprende del contrato de compraventa contenido en la escritura número 292 de 7 de diciembre de 1946, que supone en el contratante Tobías Sánchez Burgos el estado de sanidad mental en la fecha del contrato.

"Se ha insistido en que la declaración del señor Domingo Molano, que acompañó al testador en el día del otorgamiento del testamento, pone de presente que éste no se encontraba entonces en su entero y cabal juicio, y especialmente que no pudo proceder libremente a su otorgamiento. Esta declaración fué abonada con las de los testigos Carlos Molano, Abdénago Guío y Marco Tulio Díaz, que no dejan la convicción de una especial veracidad y buena fama del abonado. En todo caso, la falta de contradicción, no permite dar a esta declaración valor preferente, (o siquiera igual) sobre las de testigos que sí pudieron y

en realidad fueron contrainterrogados como el señor Próspero Pinzón. Pero pasando por encima de estas críticas, de su estudio y confrontación con la de éste, que escribió la póliza del testamento, no se puede llegar a la conclusión apuntada, porque Domingo Molano no asevera que las cláusulas del testamento hubieran sido dictadas por él o por el abogado; sólo afirma que tuvo que hacer la relación de los bienes porque don Tobías no se acordaba de nada: no dice que él o el abogado tuvieran que indicarle a quiénes se los iba a dejar ni cómo los iba a distribuír. Y Próspero Pinzón afirma que en verdad Domingo Molano ayudó a dar los datos "debido a la pronunciación defectuosa de Tobías Sánchez Burgos pero con la aprobación de éste".

"Hay una serie de indicios que demuestran cómo la forma de distribución que de sus bienes hizo don Tobías en su segundo testamento, en realidad obedeció a una determinación, resultado de un largo proceso concienzudamente meditado. Desde el principio se ve que don Tobías no tuvo preferencia o especial afecto por los hijos de su primer matrimonio ni por su primera esposa (I, f, g, h,); que se casó por segunda vez a los pocos meses de enviudar (I, d y e); que a diferencia del poco afecto y confianza que le manifestó a su primera esposa, distinguió a la segunda con estos sentimientos, como lo demuestran varios testigos cuando dicen que con ella siempre contaba cuando se trataba de recibir dinero.

"En igual sentido, es especialmente demostrativa la comparación de las cláusulas octavas de los dos testamentos (V, a) de donde se deduce que coinciden en lo esencial, pues en ambas se deja la cuarta de libre disposición y la de mejoras a los hijos del segundo matrimonio, y a la esposa igual porción, en reconocimiento a que "ha sido una buena compañera y buena madre de mis hijos".

"Hay, pues, una voluntad sostenida a través del tiempo, que se explica suficientemente, como ajustada a los sentimientos que normalmente orientan el juicio y mueven la voluntad".

III — Demanda de casación

El recurrente, con fundamento en la causal primera de casación del art. 520 del C. J., acusa la sentencia por errores de hecho en la apreciación de la prueba sobre la anormalidad mental del testador.

Los cargos se ordenan en dos capítulos:

Pertenecen al primer capítulo de la acusación los siguientes cargos:

Primero. — Error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba testimonial transcrita por el recurrente, demostrativa de la anormalidad del testador, antes y después del testamento, lo cual llevó al Tribunal a una doble violación de la ley sustantiva a saber: la del artículo 697 del C. J., según el cual, dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que ésta es admisible conforme a la ley. Y la del artículo 1504 del C. C., en relación con el 1502 y el 1061 del propio Código, por cuanto estas disposiciones establecen la incapacidad absoluta de los dementes; que en los actos y declaraciones de la voluntad el consentimiento no adolece de vicios, y finalmente, porque es inhábil para testar el que no estuviere en su sano juicio;

Segundo.—Error de hecho manifiesto en la apreciación de los mismos testimonios, que llevó al Tribunal a la apreciación equivocada sobre el estado de salud del testador, y que al ser desconocidas tales pruebas, lo condujo a la violación del art. 665 del C. J. que dice: "Por regla general los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son de número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todas a demostrar, sin lugar a dudas, la verdad del hecho controvertido".

En el segundo capítulo de la acusación, el recurrente formula estos cargos:

Primero.—Error de hecho manifiesto en que incurrió el Tribunal al desechar la prueba pericial sobre la existencia de la anormalidad del testador, error que llevó al sentenciador a la violación del artículo 722 del C. J. que el Tribunal dejó de aplicar;

Segundo. — Error de hecho en la apreciación del mismo dictamen pericial que llevó al Tribunal "al error de derecho consistente en no dar aplicación al artículo 716 del propio Código Judicial".

En su extensa demanda de casación el recurrente analiza pormenorizadamente todos los elementos del acervo probatorio que fueron objeto de la crítica del sentenciador, y concluye que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho

en la estimación de la prueba al no dar por acreditada la falta de sanidad mental del testador.

El recurrente en su laborioso estudio de la prueba glosa las apreciaciones del fallo recurrido en lo tocante al mérito de los testimonios y de los dictámenes periciales examinados por el Tribunal.

Como síntesis de su crítica a las conclusiones del sentenciador sobre la valoración probatoria, el recurrente presenta la siguiente:

"Está demostrado en los autos que el testador no gozaba de sus facultades mentales o mejor, no estaba en su sano juicio, cuando hizo su testamento en colaboración con su dependiente de confianza Domingo Molano; que todos los testigos, al unísono establecieron los hechos fundamentales e indiciarios sobre los cuales descansa el dictamen pericial; que ninguno de estos testigos fue objeto de tacha dentro del proceso y su estimación debía reconocerla legalmente el sentenciador; que la soberanía del juzgador es intocable en casación, solamente cuando se equivoca en la apreciación de una prueba, pero no cuando esa apreciación equivocada abarca la totalidad del haz probatorio como lo tiene sentado la Corte; que como lo enseña la misma Corporación en sentencia del día de ayer, auncuando el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba, la Corte puede entrar a estudiar si se dio o nó la prueba del indicio, o mejor, si esa prueba existe en los autos; que tratándose de alteraciones mentales, la enfermedad puede ser más o menos grave y su denominación o clasificación puede ser ésta o la otra, pero su apreciación jurídica para calificar su trascendencia como tara de la voluntad y del consentimiento no puede someterse a graduaciones o discriminaciones; que al juez de derecho no le permite el legislador hacerle al dictamen pericial sino la crítica jurídica, pero no la científica o técnica por ser cuestiones ajenas a derecho, y que como resultante necesaria de estos postulados, el sentenciador, al pasarlos por alto, incurrió en error de derecho al dejar de aplicar el art. 1061 del C. C., invocado como fundamento jurídico de la demanda propuesta".

En relación con la prueba testimonial, el recurrente destaca estas dos observaciones que considera fundamentales:

"Primera.—Todos los testigos que intervinieron en el término probatorio, conocieron, trataron y se relacionaron con el testador en períodos de varios lustros, por razones de vecindad o de negocios, de manera que no fue una circunstancia accidental la que los indujo a formar una apreciación equívoca de la personalidad del señor Sánchez Burgos, sino que por el contrario, fue mediante la sostenida y permanente observación de sus actividades domésticas, contractuales y familiares, como formaron el balance del mismo, hasta cuando se produjo la quiebra de su sanidad de juicio; y

"Segunda.—Sus testimonios se produjeros, no a través de los consabidos despachos librados a los jueces de las aldeas para que mediante un cartabón, el testigo no hace sino firmar, y recibir, muchas veces, el precio del perjurio o de su claudicación moral. No. En la instancia, todos los declarantes comparecieron ante el propio Señor Magistrado, a dar fe de sus percepciones directas y personales, y en su presencia fueron sometidos a Contrainterrogatorio de la parte contraria, de manera que si la prueba en estricto derecho, solamente vale por la contradicción, las practicadas en este proceso adquieren un relieve de veracidad, que las coloca, por esa circunstancia, en el campo del respeto y de la probidad, a donde no llega la sospecha ni la desconfianza para prescindir de su valor, o de su eficacia legal".

El recurrente afirma que para demostrar la ausencia de la sanidad mental del testador el día del otorgamiento de su memoria de última voluntad, basta demostrar su estado habitual de demencia comprendido entre fecha anterior y posterior a la ejecución del acto.

En la demanda de casación se transcriben en lo sustancial las declaraciones de Oliverio Herrera, Rafael Supelano Guío, Salvador Molano, Pioquinto Alba, Gerardo Cardoso, Abdénago Guío, Genaro Calixto, Filemón Alba, Hipólito Amézquita, Pablo Emilio Amézquita y Marco Tulio Díaz, quienes relatan diferentes hechos sobre la degeneración padecida por el testador Tobías Sánchez Burgos en los últimos años de su vida, testimonios que fueron analizados en la sentencia acusada.

"A este numeroso grupo de testigos —observa el recurrente— bastaría añadir los conceptos de los tres médicos que conocieron y trataron como tales al señor Sánchez Burgos, para establecer en forma clara y definitiva, que el señor Sánchez Burgos es un despojo humano, sobre cuyas ruinas fisiológicas debería guardarse un piadoso silencio, a no ser porque halló en un Tribunal sentenciador la oportunidad de resuci-

tarlo a la vida, so pretexto de interpretar jurídicamente los testimonios apuntados, incurriendo en el máximo error de hecho, consistente en hacer sobrevivir las facultades muertas y deshechas de don Tobías, para enterrar los atributos morales, intelectuales y conscientes, por consiguiente vivos, de quienes como testigos presenciales registraron la defunción de las primeras.. .. Ya veremos, en qué forma éste error, incidió en el quebrantamiento de la ley sustantiva".

El recurrente critica las apreciaciones del Tribunal sobre los testimonios de los médicos doctores Aquileo Mendoza, Antonio Sandoval Gómez y Luis F. Rodríguez Pinzón; afirma que el Tribunal hace "incidir sobre sus declaraciones los dictámenes de los doctores Camacho Pinto y Vergara, según los cuales "cada uno de los síntomas observados por sus colegas, son manifestaciones o signos de **orden neurológico**, y ninguno de ellos puede atribuirse a perturbación mental propiamente y mucho menos a demencia", y transcribe el concepto del Tribunal cuando sostiene que "el perito doctor Camacho tiene mucha razón al observar que la mayoría de los testimonios a excepción de los producidos por los señores Amézquitas, describen síntomas neurológicos que no son necesariamente concomitantes con la enajenación mental".

Y comenta el recurrente el juicio del Tribunal respecto de los testimonios de los tres nombrados médicos que asistieron al testador en sus enfermedades:

"Con la transcripción procedente rechaza el Tribunal las declaraciones de los médicos Espinosa, Sandoval y Pinzón, y concluye: "En resumen, por aplicación del art. 639 del C. J. no es posible dar por demostrado este hecho". Y en cuanto "a las declaraciones de los hermanos Amézquitas, respecto de los hechos anotados, les es aplicable también el art. 698 del C. J. que dice: "No tiene fuerza probatoria el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo o cuando se trata de probar la fama pública".

"Se ve claro, mediante las transcripciones apuntadas, que el juzgador con el concepto fragmentario de lo que dijeron y declararon tres testigos, desechó del proceso probatorio el mérito del resto de testimonios sobre degeneración del testador.

"Pero esta manera de descartar la prueba de la demencia, sobre la base de lo que dijeron los testigos, no es jurídicamente correcta, porque con este modo de razonar ha incurrido el Tribunal en una doble confusión, a saber:

"a) La primera consiste en asimilar los testigos a peritos, involucrando la significación jurídica de su misión ante la ley, puesto que es bien sabido que a los primeros se les examina separadamente sobre la realidad ontológica de los hechos y sobre sus existecia material; al paso que al perito se le pide un dictamen, una apreciación conjunta sobre la naturaleza del hecho, sus antecedentes, sus cualidades, sus consecuencias, en una palabra, como enseñan los familiarizados con las disciplinas jurídicas, del testigo se invoca la **memoria**, al paso que del perito se apela a su **ciencia**; el testigo tiene libertad para narrar los hechos a través de sus percepciones; el perito en cambio está sujeto, al exponer su criterio, a la materia que se le propone según la ciencia o arte que profese, y finalmente, la prueba testimonial forma una presunción que tiene como base la prueba de indicios, más o menos fuerte según se trate de indicios necesarios o simplemente conjeturales, y en cambio hay casos en que la prueba pericial forma por sí sola plena prueba, como en el caso del art. 722 del C. J. que dice: "Hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda como consecuencia de aquellos hechos". No hay razón, por tanto, para que a través de esta mixtificación de conceptos se concluya por el Tribunal de que la prueba testimonial no sirve para fundar la demencia del testador, so pretexto de que las perturbaciones mentales de este tengan un origen neurológico. Tendré oportunidad de demostrar lo equivocado de este concepto al estudiar el dictamen pericial.

"b) La segunda confusión procede de que tomó de cada testigo, parcialmente, lo que podía servir de premisa al desconocimiento de la demencia, pasando por alto los hechos concretos afirmados por los propios testigos, en relación con puntos de mayor entidad, que de haberse tenido en cuenta por el Tribunal, lo habría llevado a conclusiones contrarias sobre la ausencia de juicio del señor Sánchez, pues repito, en forma categórica: si con la prueba testimonial bastara para fundar la demencia en casos complejos como el presente, habría que llegarse a la conclusión de que sobraba el experticio de los profesores de psiquiatría. Luego sin forzar el criterio, es preciso deslindar que la misión del testigo es la de observar la materialidad de los hechos, con

prescindencia del aspecto psíquico de la persona que produjo esos hechos, al paso que la de los peritos es hacer una diagnosis científica montada sobre la reconstrucción de los hechos materiales".

El recurrente concluye así su estudio sobre la prueba testimonial:

"Ante la copiosa y abrumadora demostración sobre el hecho de que don Tobías carecía de juicio sano, antes y después de otorgar su testamento, que necesitaba de lazarillo para andar, que la afasia lo privó del trato con sus semejantes, que su garbo moceril se refugió en le subconciente y al confundir el lecho nupcial con la venta o guarapería, escasamente le permitía decir 'Bajá'y 'Tago' para que le suministraran una copa de vino que le reemplazara las calorías del guarapo cuando era señor en la comarca, surge la demostración inequívoca de su bancarrota personal, y aunque es verdad que la ancianidad es la más respetable de todas las ruinas, no por ello puede concluirse que un hombre en tales condiciones pudiera realizar el acto más trascendental de la vida como es la confección de un testamento, que como acto dispositivo, es acto de enajenación, en el cual, como se dijo en otro lugar, el imperio de la voluntad es más exigente que en cualquiera otra actividad de las que la ley regula y subordina. No es, por tanto, aventurado afirmar, después de leer, pesar y meditar en las numerosísimas pruebas que arroja el expediente sobre los trastornos del señor Sánchez Burgos, que su testamento no es, ni mucho menos, una pieza sobre cuyo mérito legal pueda un Tribunal edificar la convicción de su firmeza jurídica, sino que por el contrario, señores Magistrados de la Corte, estamos en presencia de una memoria póstuma, que podría enriquecer las crónicas infantiles para esparcimiento de los niños, que creen en los actos de los fantasmas, pero jamás para elevar a la categoría de los actos jurídicos, una voluntad en quiebra. Y lo que sería más grave, sacrificar a la tiranía de una formalidad mal entendida, el precepto sustantivo y protector de la inhabilidad de los dementes".

Parte principal de la demanda se dedica al análisis de la prueba pericial relativa a la sanidad mental del testador.

El recurrente cita la siguiente doctrina de la Corte:

"De la demencia anterior a la celebración de un contrato y de la posterior puede inducirse la coetánea a la celebración de él, lo cual puede inferirse por un conjunto de pruebas que la establezcan, como declaraciones de testigos, apreciaciones periciales, inferencias indiciarias, etc. No es, pues, necesario demostrar que la demencia ocurrió precisamente en el momento de celebrar el contrato, sino que basta comprobar que ella ocurrió inmediatamente antes o después para concluír que ocurrió una demencia concomitante, como una inferencia lógica entre dos puntos cercanos de referencia. En esta apreciación, basada generalmente en la prueba de indicios, es soberano el sentenciador.

"No basta la comprobación de que el Tribunal sentenciador se equivocó en la apreciación de alguna prueba, pues lo que se requiere es que su equivocación haya podido referirse a todo el haz probatorio.

"El Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba de indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. Otra cosa es en lo referente a la existencia misma del hecho en que se genera el indicio.

"El perito en cuestiones de psiquiatría forense al dar al juez el testimonio de sus convicciones razonadas de hombre de ciencia no ofrece la prueba de una verdad científica sino de un hecho científico, esto es, con sus luces no busca la justicia establecer una verdad ideal o sino una verdad de hecho, al frente de una realidad concreta que jurídicamente no importa sino para deducir la existencia del consentimiento legalmente sano, que procede de una mente lúcida y de una voluntad normal, capaces de obrar con razón y libertad. La enfermedad puede ser más o menos grave y su denominación o clasificación ser ésta o la otra, pero su apreciación jurídica para calificar su trascendencia como tara de voluntad y consentimiento, no puede someterse a escala ni graduación como si pudieran existir los actos semiválidos para casos de semi-demencia. La teoría de la capacidad limitada o disminuída no tiene valimento en el derecho civil, porque los actos, desde el punto de vista de su nulidad y de la prueba de su nulidad son válidos o inválidos". (Casación, diciembre 1º de 1938, XLVII, 447).

Con base en la anterior doctrina, el recurrente formula las siguientes acusaciones al fallo del Tribunal:

"a) "El Tribunal no se equivocó en la apreciación de una sola prueba o en la estimación de determinado número de testimonios con los cua-

les se acreditó la morbosidad del testador, sino que por el contrario, no tuvo en cuenta una sola de las declaraciones recibidas por el propio Magistrado del Tribunal".

b) A todos los testigos que cita "les consta los trastornos visuales, mentales y de expresión a que quedó reducido el señor Sánchez Burgos en los últimos tres años de su existencia, y como dentro de ese período fue que otorgó su memoria testamentaria, es lógico sostener su falta de sanidad mental para algo tan trascendental como la confección de un testamento. Si a esto se agrega que su sirviente de confianza Domingo Molano, manifiesta que al hacer la minuta del testamento en la oficina del doctor Venegas en Tunja, "tuvo que hacer la relación de los bienes, porque don Tobías no se acordaba de nada", hecho éste corroborado por el mismo Próspero Pinzón, amanuense del Dr. Venegas y quien dice, que Domingo Molano ayudó a dar los datos para el testamento, entonces cobra mayor vigencia la tesis sobre la falta de salud del testador, y como el Tribunal desechó en forma absoluta, total y completa todos los testimonios, es claro que su apreciación no se refirió a un solo indicio para hacer descansar sobre esa apreciación el ataque en casación, sino que por el contrario, la equivocación se refirió "a todo el haz probatorio", y por tanto, se ha cumplido lo que dijo la Corte para hacer procedente el enjuiciamiento del fallo por este concepto".

c) "Es tan ilógica para decir lo menos, la actitud del sentenciador en esta causa, que después de reconocer la ceguera del señor Sánchez, la cual se halla probada al unísono por todos los testigos, revalidó la firmeza del acto testamentario, pretermitiendo la observación imperativa que trae el art. 1076 del C. C. conforme al cual, el ciego podrá sólo testar nuncupativamente y su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el notario o funcionario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento.

"Esta solemnidad se echa de menos, máxime cuando el testador gozaba de sus facultades mentales, sabía leer y escribir, luego al ser conducido a la Notaría por Domingo Molano, su colaborador en la minuta, y exigió a un testigo firmara a ruego por incapacidad física, ha debido expresarse esa incapacidad o en qué consistía, a efecto de saber si el acto testamentario lo hacía una persona que gozaba del sentido visual, o por el contrario estaba privado del mismo.

"No se diga que este es un punto nuevo en casación y que no debe ser materia de estudio, porque la acción deducida en juicio giró sobre la sanidad del testador, y por consiguiente, no puede desatenderse ese factor al revisar la Corte la sentencia del Tribunal, puesto que tal defecto, o sea la pérdida de la visión, no opera en un sentido de conformidad tal, que la simple resignación cristiana liberte al paciente de las consiguientes conmociones espirituales y mentales.

"Sentado lo anterior y habiéndose acreditado por un numeroso acopio de testimonios que el testador perdió la vista, que no se le entendía lo que hablaba, que un tercero tuvo que colaborar en la redacción de su testamento, podrá sostenerse en sana lógica, que la voluntad expresada por don Tobías en su memoria póstuma, refleja un acto respetable a los ojos de la ley?".

d) El Tribunal se equivocó gravemente al desechar las conclusiones de los peritos psiquiatras Sánchez y Vergara por haber atribuído éstos causa distinta a la demencia del testador. El dictamen pericial debe examinarse desde un doble punto de vista, a saber, el jurídico y el científico. El legislador sólo permite al juez hacer una crítica jurídica al dictamen pericial, pero no una crítica científica o técnica en cuestiones ajenas al derecho. La prueba tiende a convencer al juez, pero en muchos casos, auncuando el juez, personalmente, no esté convencido, como juez sí debe estarlo, porque así lo ordena la ley. "El juez, dentro de la tarifa probatoria, que es estricta en derecho, y la máxima conquista realizada para evitar justamente que la arbitrariedad opere por encima de una convicción legal, obliga al juez a limitar su actividad a estudiar y analizar jurídicamente los hechos en que los peritos apoyan sus conclusiones; examinar si la existencia de esos hechos está plenamente demostrada conforme a la ciencia de las pruebas judiciales, pero aceptadas las bases en que descansa el perito, no le es dado disentir en su parecer científico".

e) "Penetrado de la relatividad de las apreciaciones humanas sobre estos arduos problemas de la psiquiatría, para cuya solución hay que sondear el oscuro misterio del alma, y convencido de que en estas materias, los profanos debemos guardar un respectuoso silencio, so pena de constituirnos en autores de herejías científicas o de blasfemias jurídicas debo inclinarme reverentemente, ante lo que el propio legislador, fijó como norma en estos casos. Dice así el art. 722 del C. J. "Hacen también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a

los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda como consecuencia de aquellos hechos".

"Si esta norma en vigencia pudiera ser objeto de discrepancia o de indebida aplicación por el juzgador, a efecto de que se pudiera reemplazar el "hecho científico" por la apreciación conceptual de quien está obligado a aplicarla, se llegaría a la conclusión de que tal precepto sobraba en el derecho probatorio.

"Por la precedente razón, el art. 723 del propio Código Judicial, dice: "Fuera de las casos mencionados en los dos artículos anteriores (722 y 721), la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, etc.".

"La redacción de este texto, que sí le da facultad al juzgador para apreciar un dictamen pericial, excluye esa facultad al aplicar el 722, pues repito, es "fuera de los artículos 722 y 721, como queda en libertad para admitir o rechazar la prueba pericial.

"Si el error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa, pero en realidad no ha sucedido, o al contrario, que ha dejado de suceder un hecho que está probado, fuerza es concluir, que el Tribunal sentenciador incurrió en ese error (de hecho) al desechar la prueba de la existencia de la anormalidad del testador, que lo llevó a la violación de derecho del artículo 722 del C. J., y por tal equivocación acuso la sentencia con base en la causal de que trata el ordinal 1º del art. 520 del C. J. por cuanto dejó de aplicar el citado artículo 722".

IV — Alegato de oposición

En su extenso alegato de oposición el apoderado de la parte demandada hace un permenorizado análisis de la prueba testimonial en que el recurrente se basa para sostener la demencia atribuída al testador. Cita y comenta las declaraciones de Oliverio Vergara, Rafael Supelano Guío, Pioquinto Alba, Gerardo Cardozo, Abdénago Guío, Filemón Alba, Hipólito Becerra, Pedro Julio Medina, Alfonso y Pablo Emilio Amézquita. De este examen deduce el opositor que en tales testimonios no puede hallarse la prueba de la demencia del testador y que, por el contrario, muchos de los testigos citados afirman la sanidad mental de don Tobías Sánchez Burgos aún en los últimos meses de su existencia.

Acepta el opositor que los testigos Alfonso y Pablo Emilio Amézquita no fueron tachados a causa de parentesco con los demandantes interesados en la nulidad del testamento, y explica que no se formuló la tacha por la manera sorpresiva como se adujeron esos testimonios en segunda instancia. Pero afirma que en el expediente existen elementos suficientes para que la Corte pueda valorar la eficacia demostrativa de tales testimonios, y advierte que con las mismas declaraciones de Alfonso Amézquita y Pablo Emilio Amézquita se demuestra que uno y otro están casados con dos de las hijas del primer matrimonio de don Tobías Sánchez Burgos. Y concluye:

"Está pues demostrado plenamente en el proceso, uno de los motivos de tacha contemplados en el artículo 679 del Código de Procedimiento Civil.

"Es norma general de derecho probatorio el que a la justicia le corresponde apreciar razonadamente la credibilidad que debe darse al testigo, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del declarante.

"La Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de abril de 1950 (Tomo LXVII, página 175) dice: dentro del sistema legal-moral que rige nuestro derecho probatorio, el criterio judicial, para deducir el valor del testimonio no excluye la aplicación de las normas de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba.

"El Honorable Tribunal de Tunja, al hacer el estudio de las declaraciones más o menos uniformes de los señores Amézquita, tuvo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y tuvo en cuenta también, lo dispuesto en el artículo 702 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"Cuando sobre el mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorios entre sí, el juez atendiendo a las condiciones de aquéllas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones.

"El Honorable Tribunal de Tunja, no podía atribuir el valor de plena prueba al testimonio de los Amézquita, que es no sólo sospechoso sino tachable de acuerdo con las normas conteni-

das en el artículo 679 del Código de Procedimiento Civil, no sólo porque las cónyuges legítimas de los declarantes tienen interés en el juicio, sino también porque estos testimonios aislados se oponen y contradicen, el dicho de la casi totalidad de los declarantes en este juicio que afirman la sanidad mental de don Tobías Sánchez Burgos, sanidad mental patentizada por los hechos de que dan cuenta los testigos como ejecutados por él hasta los últimos momento de su vida.

"Tan se oponen esos testimonios al dicho de los demás declarantes que el perito doctor Hernán Vergara, con una probidad mental que no puedo desconocer, dijo lo siguiente: "Los testimonios de las personas profanas pueden dividirse en dos grupos, los de los Amézquitas y los de los demás.

"Para el doctor Hernán Vergara pues, el testimonio de los cuñados de algunos de los demandantes y cónyuge legítimo de los otros, es aislado en el juicio y contrario y opuesto a los de los demás declarantes, especialmente a los de los señores Próspero Pinzón, y Víctor Solano".

Comenta el opositor los testimonios de Próspero Pinzón y Víctor Solano, de los cuales se concluye la sanidad mental del testador a la época en que otorgó el testamento cuya nulidad es objeto de la litis.

También se refiere en detalle a las declaraciones de los médicos doctores Rodríguez Pinzón, Sandoval Gómez y Espinosa, y concluye que ellos no sirven para fundar la existencia de la pretendida enfermedad mental del testador.

Por último el opositor se refiere a la acusación que el recurrente formula a la sentencia del Tribunal en cuanto a la apreciación de los dictámenes periciales, y prohija las conclusiones del sentenciador cuando rechaza los conceptos del experticio por no ser uniformes y por no estar debidamente fundados. Y para defender la conducta del Tribunal cita la siguiente doctrina de la Corte:

"La fuerza vinculante de un experticio, 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. El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohiben al juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste". (Casación, agosto 17 de 1944, G. J. Nº 2010-2014, T. 67, pág. 524 y 525).

V — Examen de los cargos

Se examinan globalmente los cargos, previas las siguientes consideraciones:

La doctrina ha insistido una y otra vez en señalar la índole propia y las finalidades precisas de la casación. Trátase no de una tercera instancia en los juicios sino de un recurso extraordinario, cuya finalidad fundamental es la unificación de la jurisprudencia nacional mediante la revisión de las cuestiones de derecho que la Corte cumple al comparar la sentencia acusada con la aplicación de la ley en cada caso. Se comprende así que de la actividad del Tribunal de casación esté excluído el examen de las cuestiones de hecho cuya decisión, derivada del estudio de las circunstancias peculiares de la relación controvertida, corresponde soberanamente a los juzgadores en instancia.

Con acierto expone el procesalista Piero Calamandrei:

"Sabemos que la diversidad de las jurisprudencia crea una perturbación en el ordenamiento jurídico no solamente porque destruye, desde el momento en que se produce, la igualdad del derecho respecto de los sujetos de las relaciones concretas controvertidas diversamente juzgadas, sino también porque amenaza destruir en el porvenir la certeza del derecho, constituyendo no sólo para los otros órganos judiciales, sino también para todos los coasaciados un ejemplo fácilmente contagioso, de discordancia acerca del modo de interpretar algún precepto jurídico; de donde resulta que el Estado tiene interés en evitar la emanación de sentencias basadas sobre diversas interpretaciones de la misma norma no sólo para tutelar el principio de la igualdad de todos los súbditos ante la ley, sino también para evitar que los fallos discordantes sean tomados como ejemplo por otros fallos, **ne sententia ad exemplum trahatur.**

"Ahora bien, es claro que nunca un juez se sentirá inducido a resolver de un modo mas bien que de otro la cuestión de hecho que se presenta en un proceso, sólo porque otro juez haya dado a una cuestión de hecho que se presentaba en

otro proceso ésta o aquella solución. La resolución de las cuestiones de hecho que, en la serie de silogismos de los que resulta una sentencia, tiene siempre su lugar en una de las premisas menores, está inevitablemente constituída, desde el punto de vista de su estructura lógica, por un juicio relativo a un evento singular, que se limita a declarar la existencia o el modo de ser de una relación concreta y específica; la resolución de la cuestión de hecho, pues (a diferencia de la resolución de la cuestión de derecho, que establece cual es, según el juez, el significado que se debería dar a cierta norma no sólo en la relación concreta controvertida, sino también en toda la serie de las relaciones similares que se presentaren en el porvenir), no contiene nunca una afirmación general cuya eficacia sea idónea para ser extendida a otras relaciones que tengan algún carácter común con la decidida. La decisión de hecho no es nunca una decisión de **principio**, ya que de la constatación, en la litis que hoy se debate, de que verdaderamente Ticio ha recibido mil liras de Cayo, con la promesa de restituírselas, ningún juez puede sacar argumento para considerar, en la litis que se debatirá mañana, que se encuentre en la misma situación de hecho Mevio respecto de Sempronio". (Piero Calamandrei, "La Casación Civil", Tomo II N° 38, pg. 93 a 94).

La doctrina de la Corte en una abundante y reiterada jurisprudencia ha precisado y definido muchas veces los lineamientos de la institución entre nosotros.

En reciente sentencia de casación dijo la Corte:

"El recurso de casación no tiene, por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los dos grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para deducir su poder de convicción judicial. La Corte, como tribunal de casación, no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios y su misión no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los Tribunales Superiores, sino la de examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de los límites y temas que proponga la demanda fundamental. Cuando, como en el caso del proceso, las resoluciones que trae la sentencia definitiva de segunda instancia son las conclusiones jurídicas deducidas de un examen de pruebas, los ataques que se enderecen contra ellas, contra los hechos en que se asientan, no pueden desconectarse del estudio probatorio del Tribunal para plantearlos en el terreno de la violación directa de la ley sustantiva. Al quebranto legal que dé base a la casación no puede llegarse en tales casos sino por la vía de la apreciación probatoria y no suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando dentro de las exigencias de la técnica, que el Tribunal incurrió al apreciar las pruebas en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y que envuelve una contravención a la ley, o en error de derecho inductivo de esa misma contravención. La Corte no puede modificar la decisión recurrida cualquiera que sea, y así sea de equivocada la manera como el Tribunal haya apreciado los hechos del proceso". (Casación, junio 20 de 1947, LXII, 467).

En cuanto a la procedencia de la casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, ha expuesto muy recientemente esta Sala:

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste 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 lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existío. 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.

"Siendo esto así, si el Tribunal dio por probados unos hechos por medio de la prueba testimonial objetada por el recurrente, el error de hecho en la apreciación de esa prueba no puede consistir simplemente en que el Tribunal apreciara mal esos testimonios, sino en que los apreciara mal por no haber considerado una prueba constante en los autos y que tenga el valor de desvirtuar, de manera evidente, la convicción derivada de ellos, o bien, por haber atribuído a los testigos aseveraciones que ellos no hicieron en el proceso.

"Si no fuera así, no tendría ningún sentido el

precepto legal que habla de mala apreciación de la prueba causada por un error de hecho evidente, pues, si en todos los casos en que el Tribunal aprecia mal una prueba, este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más, y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el Tribunal de instancia, por el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél". (Casación, sentencia de marzo 23 de 1954, LXXVII, 119 y 120).

En el presente caso el recurrente afirma que el error de hecho en la apreciación de la prueba consistió en que el Tribunal no consideró demostrada la demencia del señor Tobías Sánchez Burgos en el momento en que otorgó su testamento de 26 de junio de 1947. En concepto del recurrente ese hecho resultaría evidentemente demostrado si el Tribunal hubiera apreciado correctamente los medios de prueba allegados a los autos, a saber, testimonios, indicios y dictámenes periciales.

Examinando cuidadosamente los fundamentos del fallo recurrido, la demanda de casación y el alegato de oposición, —piezas relacionadas y transcritas parcialmente atrás—, y confrontando las conclusiones del Tribunal con las pruebas producidas en este proceso, la Sala encuentra que en este caso no aparece la evidencia alegada.

El recurrente ha pretendido revivir en casación el debate sobre apreciación de las pruebas agotado en instancia. Esa labor de ponderación de las pruebas y contrapruebas del litigio, fué cumplida por el Tribunal en forma exhaustiva, como se puede confrontar en los apartes insertos en el presente fallo.

Evidencia es "certeza clara, manifiesta, patente, indudable, de una cosa", para que la Corte pudiera entrar a modificar en casación la apreciación de las pruebas examinadas por el Tribunal, sería necesario que de los medios probatorios apareciera con evidencia el hecho de la demencia del testador al realizar el acto acusado.

Tratándose como en el caso sub judice de la demencia senil atribuída al testador en la época de la testamentifacción, se comprende perfectamente las dificultades de la prueba para que conduzca a una evidencia del hecho.

En primer lugar se observan las discrepancias entre los testigos, pues mientra unos ralatan hechos de la más completa degeneración física e intelectual del testador en los últimos años de su vida, otros afirman su lucidez mental y la libre determinación de sus actos aún señalando algunos su sanidad mental en la fecha en que se otorgó el testamento.

En segundo lugar, el concurso de los peritos psiquiatras para dictaminar sobre el estado de demencia del testador que ya ha fallecido, con base no en la observación personal y directa del paciente sino sobre los hechos suministrados por la prueba testimonial, aunque pueda dar al juez elementos valiosos para decidir acerca de la sanidad mental del otorgante del acto testamentario, no proporciona sino una prueba conjetural cuya apreciación queda sometida a la plena soberanía del juzgador en instancia, de acuerdo con la norma del art. 723 del C. J., según el cual "Fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, y la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Esta crítica a los dictámenes periciales de los psiquiatras que intervinieron en le caso sub judice fue hecha por el Tribunal en forma que la Sala no puede calificar de arbitraria o desatinada.

Por último, la prueba de indicios cuya apreciación corresponde soberanamente al juzgador en instancia, en lo relativo a la ponderación de la gravedad, precisión y conexidad de las inferencias, menos en un caso como el controvertido en el presente juicio, puede suministrar la evidencia sobre el estado mental del otorgante del testamento.

Las consideraciones antecedentes son bastantes para rechazar los cargos formulados.

VI — RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha once (11) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO.— CUANDO LA ACCION SE APOYA EN ESTA POSESION NOTORIA, NO DEBE EXIGIRSE LA PARTIDA DE NACIMIENTO DEL HIJO

1—Cuando la acción para obtener la declaración de filiación natural respecto de determinada persona se funda en la posesión notoria del estado de hijo, no puede exigirse partida de nacimiento o de bautizo del hijo, ya que no interesa saber si éste tuvo por madre ésta o aquella mujer.

2—Los hechos constitutivos de posesión notoria del estado civil deben ser permanentes durante el lapso fijado en el artículo 398 del Código Civil, y, además, acreditados de una manera irrefragable con un conjunto de testimonios fidedignos.

3—En materia de casación, para declarar fundada una acusación por error de hecho cometido por el sentenciador en la estimación de las pruebas, se exige que tal error sea manifiesto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a once de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Ángel)

Antecedentes

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira Halimón Ally de Marrugo, Fátima Ally de Aguilar y Humberto Ally Mitchell, demandaron por la vía ordinaria a Carolina Vásquez viuda de Ally, como representante de la sucesión intestada de Román o Mahomed Alli o Ally, "con derecho a optar por su cuota de gananciales o su porción conyugal", y como representante legal de sus hijas impúberes Sara y Carmenza Alli Vásquez, para que, con su audiencia, se accediese a las siguientes declaraciones:

"a)—Que mis poderdantes Fátima Alli o Ally de Aguilar y Halimón Alli o Ally de Marrugo, mayores y vecinas de Cartagena, así como también Humberto Alli o Ally, mayor y vecino de Candelaria, son hijos naturales, del causante Román o Mohamed Alli o Ally;

"b)—Que los nombrados Humberto Alli o Ally Mitchell, Fátima Alli o Ally de Aguilar y Halimón Alli o Ally de Marrugo, tienen derecho a la herencia de Román o Mohamed Alli o Ally, cuyos bienes consisten: '.....'.

"c).—Que los nombrados Humberto Alli o Ally Mitchell, Fátima Alli o Ally de Aguilar y Halimón Alli o Ally de Marrugo, en su calidad de hijos naturales de Román o Mohamed Alli o Ally tienen derecho a todas las prerrogativas que como tales les corresponde conforme a la ley, en concurrencia con los herederos legítimos del mismo, sobre los bienes del causante".

La demandada no contestó la demanda.

Surtida la primera instancia del juicio, se dio fin a ella con sentencia de fecha ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y dos que, en su parte resolutiva, dice:

"**Primero.**—Los demandantes Fátima Alli o Ally de Aguilar, Halimón Alli o Ally de Marrugo y Humberto Alli o Ally, mayores de edad y vecinos las dos primeras de Cartagena en la República de Colombia y el último del Municipio de Candelaria, en esta jurisdicción, son hijos naturales del causante Román o Mohamed Alli o Ally;

"**Segundo.**—Los tres nombrados demandantes en su condición de tales tienen derecho a la herencia de su padre natural Román o Mohamed Alli o Ally y a las prerrogativas que como a tales hijos naturales les otorga la ley para concurrir en la herencia de éste con otras personas".

Habiendo apelado de dicho fallo el apoderado de la parte demandada, el Tribunal Superior de Cali lo revocó por medio de sentencia dictada el treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, y, en su lugar, resolvió que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Contra esta última sentencia, la parte actora interpuso el recurso de casación, que oportunamente fundó y sobre el cual la Corte pasa a fallar.

La sentencia acusada

El Tribunal sentenciador asienta en su fallo que quien pretenda sostener que determinado su-

jeto fue su padre natural, debe acreditar su nacimiento con la correspondiente partida civil, o con la eclesiástica de bautizo, a falta de aquélla, cuándo nació o fue bautizado y quién fue o es su madre, o por lo menos que tal o tales partidas no existen, o desaparecieron; o a falta de estas probanzas, con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos de su nacimiento, o, en defecto de todo ello, con la notoria posesión de su estado civil (L. 92 de 1938, a. 19).

En desarrollo de estos preceptos, para aplicarlos al caso del pleito, dice el Tribunal que:

"Falta, pues, en el presente caso la prueba principal del estado civil de los demandantes, que debió producirse, o por la certificación de origen eclesiástico, con inserción de la partida correspondiente, o por la del Notario respectivo, con la inserción de la misma partida.

"No se ha explicado por qué causa no se trajo a los autos ni una ni otra partida en la forma legal, con lo cual se ha dejado sin establecer ni siquiera la filiación de los demandados con respecto a su presunta madre, Albertina Mitchell, como hecho fundamental de la filiación paterna cuya declaración se busca por el presente juicio. Además por dicha falta de explicación y aún de prueba, no se ha abierto el camino para el uso de la prueba supletoria, ya que ésta requiere para ser admisible que se establezca 'satisfactoriamente la falta de la respectiva partida', prueba que en el caso a estudio no se ha producido".

Y cuanto a la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes con respecto a su presunto autor, dice el Tribunal que "los testimonios de John Suárez y de Bobly May que son los únicos pertinentes sobre el particular, no acreditan un tratamiento continuo en tal sentido, por los diez años que exige la ley.

"El primero, después de decir que Mahomed Ally llegó a San Andrés, haciendo desde entonces vida marital con Albertina Mitchell, más o menos en el año de 1919, al ser repreguntado expresa que no recuerda con precisión la fecha de llegada del primero, y que aunque los tres hijos que reclaman filiación de Mahomed, nacieron aproximadamente en los años de 1920, 1923 y 1925, se vinieron juntos para Cali en 1930 o 1931, más o menos 'y nunca más regresó ninguno de ellos'. (Fs. 33 y 34, C. Nº 2).

"Es aún más impreciso sobre estos puntos que servirían de base a la posesión del estado referido el testigo Bbly (sic) May. (Fs. 34 y 35, ibidem).

"Por lo cual aunque de sus declaraciones pudiera sacarse la convicción de que Mohamed Ally trató a Humberto, Halimón y Fátima Ally como sus hijos naturales propios, durante el tiempo en que vivieron en San Andrés todos juntos, y que con tal carácter los reputó el vecindario de San Andrés con respecto a Mohamed, el tiempo en que estos hechos se cumplieron no cubre el espacio de los diez años continuos que exige la Ley con demasiado rigor en tratándose de hijos naturales, —dicho sea de paso— y por aplicación de las reglas relativas al hijo que busca una declaración de legitimidad fueron interrumpidos con el cambio de domicilio de la familia, trasladándose de San Andrés a Cali, antes de cumplirse los referidos diez años, y perdiéndose de vista para los declarantes.

"Los demás testigos que deponen en el juicio, hablan de incidentes ocasionales, que no sirven para estructurar la posesión de que se trata, y cuyos datos apenas servirían para reforzar ésta si se hubiera establecido en la forma y con los requisitos que son de ley.

"No cabe la prueba de indicios, que invoca a última hora el apoderado de los demandantes, para establecer hechos respecto de los cuales organiza la ley un determinado sistema de prueba, como es el relativo al estado civil, que tiene su sistema probatorio consagrado por el legislador, y que no se puede sustituír por el Juzgador, sin faltar a su misión propia de aplicar la ley, y de ser celoso guardián de ésta.

"Pasaría lo mismo, si se diera cabida a la prueba supletoria sobre el particular sin que se hubieran cumplido los requisitos que la ley exige para su admisibilidad" (C. 3º ff. 28 a 29).

La casación

Por dos extremos acusa el recurrente la sentencia de que se trata, cuales son:

Primero.—Por violación del artículo 399 del Código Civil, inaplicable en su última parte en materia de paternidad natural; porque, dice, "si bien aquél precepto puede aplicarse en materia de filiación natural respecto de la madre, resulta prácticamente inaplicable tratándose de la paternidad natural, porque la prueba principal respecto del padre no podía ser sino el reconocimiento del hijo natural por alguno de los medios que para ello establece la misma ley, ya que la partida de nacimiento, eclesiástica o civil, no acredita la paternidad natural sino cuando en ella ha sido reconocido el hijo natural por el padre".

Así las cosas —agrega el recurrente— basta la demanda encaminada a obtener la declaración judicial de paternidad natural, presentada por el hijo, para que se presuma la inexistencia del reconocimiento de tal hijo por el padre en la partida eclesiástica o civil de nacimiento, pues de haber existido tal reconocimiento, no habría tenido para qué ejercitar la acción declarativa. Y en presencia de tal presunción, no hay para qué exigir la prueba de la falta de una partida que nada probaría respecto de la **paternidad** cuya declaración se persigue. Conclusión necesaria de lo expuesto es que el artículo 399 del Código Civil no es aplicable en materia de **paternidad natural** sino en su primera parte. En la segunda parte, que se refiere a la falta de la prueba principal, no es aplicable sino en el caso de **maternidad natural**".

Sobre lo que se nota que el cargo es fundado, si se tiene en cuenta la naturaleza misma del juicio iniciado para probar la **paternidad natural**, en el cual, cuando la acción se funda en la **posesión notoria**, no puede exigirse, como equivocadamente lo hace la sentencia acusada, partida de nacimiento o de bautizo del hijo, ya que no interesa saber si éste tuvo por madre a ésta o aquella mujer.

En consecuencia, el fallo viola, por indebida aplicación, la disposición del artículo 399 del Código Civil, pero esta violación no es suficiente para casarlo, por no incidir en la parte resolutiva del mismo. En efecto: éste se apoya, como aparece en las transcripciones que de él se hicieron, no sólo en el erróneo considerando que la Corte ha creído necesario rectificar, sino también en la falta de prueba de la posesión notoria del estado de hijos naturales invocada por los demandantes.

Es preciso, por tanto, examinar el cargo que, por este último aspecto, se formula contra la sentencia recurrida. A ello procede la Corte.

Segundo.—El recurrente acusa el fallo por violación **directa** del ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y **ad cautelam** "si por haber llegado a ella por medio de errores en la apreciación de las pruebas, ha de llamarse violación **indirecta**", la alega con este último calificativo; agregando que, "como consecuencia directa de lo anterior, infringió también los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 18 y 23 de la Ley 45 de 1936, el ordinal 3º del artículo 1240 y el 1231 del Código Civil".

Expone, a este respecto, el recurrente:

a) Que el Tribunal aprecia "con lamentable descuido la prueba de testigos sobre la posesión notoria del estado civil de hijos naturales por parte de los demandantes, con relación a su padre, lo que produjo como resultado manifiestos **errores de hecho** en tal apreciación", porque los dos testimonios que examina a espacio y que halla sin fuerza, o sea los de **John Suárez y Bobly May**, no son los **únicos**, pues existen otros tres en el proceso: los de **Rafael Díaz Martínez, Germán Arango Mejía y Alfredo Baker Reza**, que el sentenciador no estudia, pues sobre ellos se limita a decir: "Los demás testigos que deponen en el juicio hablan de incidentes ocasionales, que no sirven para estructurar la posesión de que se trata y cuyos datos apenas servirían para reforzar ésta si se hubiera establecido en la forma y con los requisitos que son de ley". Esto, dice el recurrente, no es apreciar una prueba de testigos.

b) Que con las declaraciones no apreciadas por el Tribunal, relacionadas con las que sí analiza, se comprueba la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes por más de diez años. Después de transcribir algunas partes de las declaraciones de Díaz Martínez, Arango Mejía y Baker Reza, dice el recurrente: "Relacionando el dicho de los tres testigos cuyas declaraciones, según quedó visto, no apreció el Tribunal, con las de **John Suárez** y **Bobly May**, no podrá menos de concluírse que el trato que según estos últimos daba Mahomed Ally a los demandantes durante la época de su residencia en San Andrés —**poco más o menos de 1919 a 1930**— perduraba por el año de 1945 y de allí en adelante, con lo que se completan de sobra los diez años de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales".

A lo que se observa:

Que efectivamente el Tribunal no analiza los testimonios a que se refiere el recurrente, pues se limita a una apreciación superficial y en conjunto, método que puede no ser aconsejable pero que esto, por sí solo, no da base a una acusación fundada en **error evidente de hecho**;

Que, como lo asienta el sentenciador, las declaraciones de **John Suárez y Bobly May** no son suficientes para comprobar la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes durante el tiempo que señala la ley, apreciación ésta no atacada por el recurrente y que, por tanto, subsiste en casación;

Que los testigos Díaz Martínez, Arango Mejía

y Baker Reza se refieren a hechos o incidentes ocurridos por los años de 1945 y 1947, como aparece en las transcripciones que de las respectivas declaraciones contiene la demanda de casación, de donde se desprende que no incurre en desacierto el sentenciador al anotar, respecto a la posesión alegada por los demandantes, la larga interrupción ocurrida por el cambio de domicilio de los pretendidos padres;

Que, por consiguiente, los testimonios de que se trata no sirven para dar por **completados los diez años continuos** que exige el artículo 398 del Código Civil para que la posesión notoria pueda ser recibida como prueba del estado civil;

Que, por otra parte, los hechos constitutivos de posesión notoria deben ser permanentes durante el lapso fijado en la citada disposición legal y, además, acreditados de una manera **irrefragable con un conjunto de testimonios fidedignos**, condiciones éstas que no aparecen cumplidas en el caso a que se refiere el presente juicio; y

Que, por último, en el supuesto de que existiera algún error por parte del sentenciador indudablemente no sería manifiesto o palmar, circunstancia que se exige en materia de casación para declarar fundada una acusación por error de hecho cometido por el sentenciador en la estimación de las pruebas.

Visto lo anterior, se desecha el cargo.

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 acusada.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ALCANCE DEL ARTICULO 7o. DE LA LEY 28 DE 1932

Si después del 1° de enero de 1933 se liquidó una sociedad comercial en que era socio una persona casada con anterioridad a la dicha fecha, los bienes adjudicados a él después de la vigencia de la ley 28 de 1932, en pago de su interés social, no pueden computarse al hacer la liquidación provisional de la sociedad conyugal autorizada por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932; porque los bienes recibidos en pago del interés social no formaban parte del haber de la sociedad conyugal antes de la fecha mencionada, y el artículo 7º citado, se refiere exclusivamente a sociedades conyugales anteriores al nuevo estatuto, de manera que al permitir la distribución contractual de gananciales, tiene que referirse también a los existentes entonces.

Además, en contra de esto no vale alegar que el interés social en la compañía liquidada, como mueble que es, pertenecía a la sociedad conyugal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a doce de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

Por medio de apoderado Eugenia Korgi de Rodríguez, Jaime Korgî Bonilla, Inés Korgi Bonilla y Beatriz Korgi Motta, promovieron ante el Juez Civil del Circuito de Bucaramanga, un juicio ordinario contra Odette Chedraui de Korgi, sobre nulidad de un acto de liquidación social, llevado a cabo con su marido Salim Korgi, mediante aplicación del artículo 7º de l aLey 28 de 1932.

Como hechos fundamentales de la demanda se relacionan los siguientes:

"Primero.—Salim Korgi y Odette Chedraui contrajeron matrimonio en esta ciudad, en la Iglesia de San Laureano, el 26 de enero de 1925.

"Segundo.—Salim Korgi adquirió durante el matrimonio, a título oneroso, el derecho de dominio sobre el siguiente inmueble: una cuota equivalente a la suma de catorce mil cuarenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 14.044,80), moneda legal colombiana, en relación con el avalúo de veintiocho mil ochenta y nueve pesos con sesenta centavos ($ 28.089,60), o sea (la mitad, en el siguiente inmueble: un local destinado para almacén de construcción de adobe cocido, cielo raso, con pisos de baldosín y cemento, techos de teja de barro cocido, junto con el terreno en que está edificado, con todas sus dependencias, anexidades y mejoras, ubicado en la calle treinta y cinco (35), antes calle quinta sur del plano de esta ciudad, marcado en sus puertas de entrada con los números quince once (15-11), quince quince (15-15), quince diez y nueve (15-19) y quince veintiuno (15-21) de la actual nomenclatura, y alinderado así: por el sur, que es el frente, la calle treinta y cinco al medio, con propiedades de Paillié & Compañía S. A., por el norte, con propiedades que fueron de T. Valenzuela e Hijos y de Elisa Valenzuela de Castillo, hoy de Leonardo Fernández y Jorge Castillo Casas; por el oriente, con propiedades que fueron de Habid Barbur, después de Francisco Vargas y Hermanos, y hoy de Guillermo Montoya; y por el occidente, con propiedades de Bernh Wessels, hoy de la señora Cecilia Cepeda de Meyer). Esta adquisición la hizo Salim Korgi por escritura número 218, de 18 de febrero de 1942, de la Notaría Primera de Bucaramanga, al liquidarse la sociedad "Chedraui & Korgi", de la cual fue socio.

"Tercero.—Por escritura número doscientos setenta y tres (273), de 28 de febrero de 1942, de la Notaría Primera de este Circuito, los cónyuges Salim Korgi y Odette Chedraui llevaron a cabo la liquidación provisional de la sociedad conyugal existente entre los dos, en uso del derecho que les otorgaba el art. 7º de la ley 28 de 1932.

"Cuarto.—En dicha liquidación provisional le fue adjudicado a la señora Odètte de Chedraui, para pagar en parte sus gananciales, el inmueble

descrito en el punto Segundo de esta demanda.

"Quinto.—La señora Odette de Chedraui es todavía dueña de tal inmueble, que ha conservado desde entonces, y cuyos frutos ha recibido, excepto los producidos después del primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), los cuales ha recibido el secuestre de la finca, nombrado por el Juzgado Tercero Civil de este Circuito, dentro del juicio de sucesión de Salim Korgi.

"Sexto.—Salim Korgi murió en Bogotá, el 25 de julio de 1951.

"Séptimo. — Salim Korgi otorgó testamento abierto, el cual consta en la escritura número 1167, del 30 de abril de 1948 de la Notaría Segunda de Bucaramanga, y en él instituyó como herederos suyos a los sobrinos, hijos legítimos de su hermano Nassim Korgi, a saber: Eugenia Korgi de Rodríguez, Jaime e Inés Korgi Bonilla y Beatriz Korgi Motta.

"Octavo.—En el juicio de sucesión del señor Korgi, que cursa en el Juzgado Tercero Civil de este circuito, están reconocidos como interesados, en su ya dicha calidad de herederos del causante, los mismos a quienes instituyó en su testamento nombrados en el hecho anterior".

Después de exponer las razones de derecho en que se funda la demanda: improcedencia de la aplicación del artículo 7º de la Ley 28, en cuanto el acto impugnado comprendió un bien adquirido con posterioridad a la vigencia de dicha ley, y violación del art. 3º de la misma, el actor hace constar que "los cónyuges Korgi-Chedraui obraron de muy buena fe", dada la confusión reinante entonces sobre el sentido exacto de la Ley 28, muy aclarada luego por la jurisprudencia, pero sin que, esa circunstancia purgara el vicio de dicho acto y agrega:

"Hago estas aclaraciones porque esta demanda no tiene por finalidad despojar a la señora Odette de Chedraui de lo que legalmente le pertenezca, sino volver a la sociedad conyugal, o a la sucesión del señor Korgi, la finca que indebidamente pasó a manos de la esposa, de manera que pueda incluírse en la liquidación definitiva, que va a hacerse ahora con motivo de la disolución de la sociedad conyugal por muerte del marido. Por tanto, según el artículo 7º de la Ley 28, los bienes que ella recibió en forma legal, serán imputados a buena cuenta de lo que le haya de corresponder ahora: y lo que le falte, ya por razón del precio de la finca que debe restituír por indebidamente recibida o por otro motivo, se le completará en la partición, como es lo natural.

"Como consecuencia pido que se declare:

"Primero.—Que es absolutamente nulo el acto o contrato de liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Salim Korgi y Odette Chedraui de Korgi, contenido en la escritura número doscientos setenta y tres de 28 de febrero de 1942, de la Notaría Primera de Bucaramanga, en cuanto por ese acto se traspasó a la señora Odette de Chedraui el derecho de dominio sobre la finca descrita en el hecho Segundo de esta demanda.

"Segundo.—Principal.—En consecuencia, la citada finca debe ser restituída por la demandada al señor Salim Korgi, representado hoy por sus herederos, junto con los frutos producidos o que hubiera podido producir desde la fecha de la liquidación hasta el día de la restitución, a fin de que se incluya en la liquidación definitiva de la sociedad conyugal Korgi-Chedraui.

"Segundo.—Subsidiario. En consecuencia, la citada finca debe ser restituída por la demandada a la sociedad conyugal Korgi-Chedraui, representada por la viuda y los herederos del cónyuge difunto, junto con los frutos producidos o que hubiera podido producir desde la fecha de la liquidación hasta el día de la restitución, a fin de que se incluya en la liquidación definitiva de dicha sociedad".

El Juez puso fin a la primera instancia el 5 de marzo de 1953 con un fallo que denegó las peticiones primera y segunda (principal), pero declaró que la mitad del local relacionado era de la sociedad conyugal, debía incluírse en la liquidación definitiva, la viuda de Korgi debía devolver la parte de esa mitad que no se le adjudicara y pagar los frutos.

Apelada esta providencia, el 11 de junio de 1953 el Tribunal Superior de Bucaramanga la modificó en el sentido de confirmar el punto primero de la parte resolutiva y revocar todos los demás.

Contra este fallo interpuso la parte demandante el recurso de casación que la Corte entra a considerar y decidir hoy.

El recurrente plantea el cargo así:

"La causal de casación

"Dentro de la causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del Código Judicial, acuso el fallo por violación de ley sustantiva, consistente en la errada interpretación, y por lo tanto aplicación de los artículos 1º, 3º y 7º de la Ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, en relación con los artículos 180 y 1.781, numeral 4º del Código Civil.

"De acuerdo con sus ideas las tesis del Tribunal en el presente juicio puédense reducir a tres postulados, a saber:

"1º—El interés social de Salim Korgi en la compañía "Chedraui & Korgi" es un bien mueble que entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal, por lo cual el inmueble con que se pagó ese interés en la liquidación de la compañía también es social.

"2º—Bajo el sistema de la ley 28 de 1932 la administración separada de bienes en cabeza de cada cónyuge no se opone a la existencia de una masa de bienes para partir entre ellos.

"3º—Siendo de propiedad de la sociedad conyugal, y no del cónyuge Salim Korgi, el inmueble que éste recibió en la liquidación de la compañía, nada se oponía a que tal bien fuera materia de la liquidación provisional de la sociedad conyugal y por ende adjudicado a cualquiera de los cónyuges, porque el bien tenía el carácter de social.

"El Tribunal en la forma como aprecia la existencia de la sociedad conyugal bajo el imperio de la ley 28, integrada por una masa de bienes en comunidad incide en grave error de interpretación del artículo 1º de dicha ley, asignándole un alcance de que carece su real contenido.

"Pero es más grave aún el error del Tribunal al sostener el tercer postulado según el cual nada se opone a que los bienes sociales adquiridos por cualquiera de los cónyuges después de la vigencia de la ley 28, sean objeto de la liquidación provisional autorizada por el artículo 7º de la misma ley".

El recurrente tiene razón, y para patentizar ésta bastaría la confrontación de la parte resolutiva del fallo recurrido con los principales pasajes de la parte motiva, que la Corte quiere poner a la vista aquí, porque no obstante traer aquella pieza un valioso acervo de doctrinas jurisprudenciales dignas de ser ratificadas, el Tribunal, queriendo y creyendo acatarlas, llega a una conclusión contraria o inconsecuente, lo que está diciendo que todavía para muchos intérpretes no se han resuelto los problemas suscitados por los artículos 3º y 7º de la Ley 28, aunque, vale repetir, la Corte sí tiene despejadas ya las dudas o dificultades aludidas, como pasa a verse:

En el fallo acusado se lee:

"a) Este Tribunal, en providencia del 8 de mayo de 1950, de esta misma Sala, dijo lo siguiente en torno al problema que ahora lo ocupa y de saberse qué bienes deben entrar en la liquidación provisional;

"Indudablemente el estudio más completo que se haya hecho sobre el alcance y consecuencias de la reforma legal de mil novecientos treinta y dos, se encuentra en la sentencia de 20 de octubre de 1937, sobre la cual ha reiterado y completado su jurisprudencia nuestro supremo Tribunal, insistiendo sobre algunos de los puntos tratados en aquel fallo.

"Allí se dejó sentado que la ley no acabó con las sociedades conyugales, para reemplazarlas por un régimen de separación de bienes. No se abandonó el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código, pero se cambió fundamentalmente el sistema de disposición y administración de bienes. Ya el marido no es a ojo de los terceros el dueño exclusivo de los bienes sociales, como si éstos formaran con los suyos propios un solo patrimonio. Cada cónyuge dispone y administra libremente, con absoluta independencia del otro, tanto sus bienes propios como los adquiridos particularmente por uno cualquiera de ellos con posterioridad a la vigencia de la ley. Habrá, pues, dos administradores, respondiendo cada uno de ellos de las deudas que personalmente contraiga. La sociedad, conforme al nuevo pensamiento del legislador, permanece en estado de latencia para surgir "a la más pura realidad" al momento de su extinción, de su liquidación definitiva, por muerte de uno de los cónyuges, decreto de divorcio y de nulidad del vínculo, o por el reconocimiento judicial de alguna de las causales que autoriza la simple pero total separación de bienes.

"Conforme al espíritu de la ley y a la interpretación autorizada de la H. Corte, el artículo 7º facilita la transición entre los dos regímenes, para acomodar las sociedades antiguas al nuevo régimen, al nuevo sistema de libre administración y disposición. No siendo ya el marido dueño y administrador exclusivo de los bienes sociales;

teniendo cada uno la dirección y disposición de lo que en adelante adquiera o de lo que le pertenezca; alterándose de esta suerte la situación y régimen de los bienes, y modificándose el criterio de la responsabilidad por las deudas, y, finalmente, desvaneciéndose el concepto de sociedad para surgir al momento de su disolución, es incuestionable que el momento en que se inicia la vigencia del nuevo estatuto parte y divide la confusión de patrimonios, en cuanto a su disposición y administración. Lo que exista al momento de entrar a regir la ley 28, y que tenga el carácter de social, queda bajo la doble administración de los cónyuges; y si éstos quieren ejercitar el derecho que la ley les dá, de separar esa comunidad y señalar el ámbito de su propia administración, acuden al arreglo, a la separación amigable, o van al procedimiento judicial para lograr aquel fin. Como lo que se adquiera del 1º de enero de 1933 en adelante cae ya bajo la dirección y administración del cónyuge que haga la operación, sin quedar sujeto a la administración conjunta, es obvio que eso no debe colacionarse en la liquidación provisional. Más claro: los bienes adquiridos por uno cualquiera de los cónyuges con posterioridad al 1º de enero de 1933 no entra a liquidación provisional; su manejo corresponde por derecho al cónyuge adquirente, sin perjuicio de que si subsisten en su poder el día de la disolución de la sociedad, puedan entrar a formar el conjunto social y repartirse entre los socios o sus herederos".

Y después de contemplar la situación creada por la ley 68 de 1946, interpretativa de la 28, que introdujo alguna confusión momentánea, en concepto del Tribunal, éste agrega:

"Con todo, un estudio muy atento de la H. Corte Suprema de Justicia, realizado en fallo de 13 de febrero de 1948, llevó a esa Suprema Corporación a precisar todo el alcance de la reforma, lo que hizo en los siguientes términos:

"En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la Ley 28 de 1932 y lo declarado en la ley 68 de 1946, es necesario contemplar dos situaciones distintas:

"a) Con respecto a los bienes sociales existententes para el 1º de enero de 1933 como de la sociedad conyugal, se entiende que dicha sociedad no se ha liquidado y que el bien que está en cabeza de la mujer, no puede ser enajenado por ésta sin la concurrencia del marido. Pero éste sí podría enajenarlo como si fueran bienes propios. Tal es el alcance de la Ley 68 de 1946.

"b) Con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera". ("Jurisprudencia del Tribunal de Bucaramanga", Nº 707).

"La Sala Civil de la H. Corte, en sentencia de 30 de julio de 1943, dijo que interpreta erróneamente la Ley 28 de 1932 y viola directamente el artículo 1º de esta misma ley el sentenciador que, al fallar, considere que los bienes que haya adquirido un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de este estatuto, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente, en razón de que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse. Sería tanto —concluye la H. Corte— como sostener que los bienes de un presunto causante son de los que han de sucederle, en razón simple de que a la época de su sucesión han de ser repartidos entre ellos. (G. J. Tomo LV pág. 615).

"En casación del 20 de octubre de 1950, la Corte trae unos conceptos que precisan el alcance de las declaraciones que sobre propiedad de bienes hayan hecho los cónyuges en la liquidación provisional, y que es conveniente recordar ahora:

"En resumen, si la relación trata de bienes comunes, ha de tenerse como declaración de propiedad, en cuanto a terceros, siempre que, por otra parte, se haga constar por escritura pública.

"A CONTRARIO SENSU, si la relación trata de bienes propios, no es constitutiva de propiedad, por cuanto está supeditada por el título primitivo de adquisición de los respectivos bienes relacionados, lo que de este título se desprenda, los efectos legales que produzca, será lo que sirva para determinar si se trata de bienes sociales o comunes, si integran el haber social, o si de bienes propios de uno de los cónyuges".

"En sentir del Tribunal, la liquidación provisional no puede abarcar o referirse sino a los bienes existentes el 1º de enero de 1933, tanto propios de los cónyuges, como sociales. Siendo así que los adquiridos con posterioridad a esa fecha se entienden propios de cada cónyuge, del adquirente, con facultad para administrarlos y disponer de ellos libremente, es obvio que no se necesita un deslinde de patrimonios en lo que a éstos se refiere.

"Desde este punto de vista, y estando prohibidos por el artículo 3º de la Ley 28 los contratos sobre inmuebles entre cónyuges, es lógico concluír que tales contratos o actos jurídicos quedan afectados de nulidad, por objeto ilícito conforme a la ley civil.

"No hay duda de que la liquidación provisional celebrada extrajudicialmente entre los cónyuges tiene el carácter de una transacción, por cuanto que sin intervención directa de la justicia definen qué bienes son sociales, cuáles propios de los cónyuges, y cómo distribuyen todos esos bienes, a fin de fijar en cada cónyuge la libre administración y disposición sobre los que se le reconozcan como propios o como participación en los gananciales.

"De acuerdo con el artículo 3º citado, son válidos entre cónyuges sólo aquellos actos que recaigan sobre bienes muebles, quedando afectados de nulidad absoluta los que versen sobre inmuebles. El único contrato que ha sido exceptuado de tal prohibición, es el de mandato; y así, por ejemplo, la mujer puede conferir al marido, o viceversa, mandato para la representación o para el manejo de los bienes que se le señalen en la liquidación provisional, o los que adquiera con posterioridad. En concepto del expositor Valencia Zea, todos los contratos diferentes del mandato (permuta, sociedad, mutuo, etc.) quedan cobijados por esta prohibición.

"Por la transacción se da fin a un litigio, o se previene uno posterior. Por consiguiente, si la transacción se refiere a bienes inmuebles, dicho acto queda comprendido en la norma del artículo 3º Así pues, si un cónyuge transfiere al otro el dominio sobre un inmueble de su exclusiva propiedad, para pagarle lo que al segundo pueda corresponder por concepto de gananciales, el acto queda afectado de nulidad. Pero esta nulidad debe ser demandada concretamente, si se quiere enervar los efectos de tal liquidación y hacer que los bienes indebidamente traspasados vuelvan a poder de su legítimo dueño.

"En la citada sentencia de 20 de octubre de 1950, en la cual sienta la H. Corte la tesis de que **no pueden ser materia de estas liquidación y adjudicación los bienes adquiridos con posterioridad a la vigencia de dicha ley,** se dice con toda claridad y precisión:

"De allí que cuando se pretenda restarle obligatoriedad al acto jurídico de la liquidación provisional a que se refiere el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, se hace necesario, para enervar sus efectos legales, la declaración previa de su nulidad o rescisión de conformidad con los mandatos de los artículos 1832 y 1405 del C. C., porque cuando la distribución y adjudicación de los bienes sociales se ejecuta en virtud de transacción entre los cónyuges que se hace constar en escritura pública debidamente registrada, tal acto jurídico adquiere entonces la calidad de título constitutivo de dominio, de acuerdo con el inciso final del art. 765 del C. C., lo que pone a los cónyuges respectivos en capacidad legal completa para el uso, goce y disponibilidad de los bienes adjudicados, sin limitación de ninguna clase, como si se tratara de cualquiera otro de los medios comunes de adquirir el dominio de las cosas. Todo, como es natural, sin perjuicio de la protección de los intereses de terceros".

"En esa misma sentencia, la H. Corte, luego de ratificar el concepto de que la facultad dada en el artículo 7º de aquella ley no constituye sino el vehículo, la conexión entre el antiguo régimen y la reforma, con el fin de que ésta pudiera tener efectividad para los matrimonios celebrados con anterioridad al 1º de enero de 1933, explica que la operancia de esa facultad sólo actúa en cuanto al pasado, a los bienes adquiridos antes de la reforma, "no en cuanto a bienes adquiridos dentro de la vigencia del nuevo estatuto, pues entonces las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, las de éstos con la sociedad conyugal y las de cada uno con terceros, están tutelados por aquel estatuto". (G. J. Tomo LXVIII pag. 121).

"Cualquier duda que pudiera subsistir queda definitivamente aclarada y resuelta en la sentencia del 18 de marzo de 1952, de la misma Sala de Casación Civil, al explicar el objeto y alcance de la liquidación provisional autorizada por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932.

"Estos son los conceptos doctrinarios:

"La recta interpretación del artículo 7º de la Ley 28 de 1932 lleva a concluír que la facultad de liquidar provisionalmente las sociedades preexistentes a la vigencia de esa ley, se refiere exclusivamente a la distribución de bienes sociales de los cónyuges y de gananciales existentes en el mismo momento de entrar en vigor. Porque el artículo 1º de la Ley es terminante cuando dispone que los bienes que se adquieran a partir de tal momento, se someten al régimen de administración y disposición consagrado por el nuevo estatuto; es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de estos bienes. **La liquida-**

ción provisional tiene por objeto permitir que cada cónyuge reciba su parte para sobre ella ejercer las facultades independientes que le otorga el artículo 1° de la ley, luego mal puede aplicarse a bienes que por mandato de la misma ley, necesariamente están sujetos al régimen de dicho artículo. Tal liquidación sería innecesaria y redundante, y en el fondo significaría la pretensión de producir por medio de un contrato efectos ya causados a virtud de mandato legal, en el caso de que la liquidación se limitara a distribuír los bienes propios de cada cónyuges; y si con tal contrato se pretendiese transferirle a uno de los cónyuges bienes adquiridos por el otro a título oneroso, como tales bienes no están sujetos al régimen de sociedad conyugal anterior, desde luego que pertenecen al cónyuge adquirente, en la práctica se estaría realizando una operación completamente distinta a la prevista y autorizada en el artículo 7º de la ley.

"El legislador de 1932 no pretendió autorizar la distribución de posibles gananciales respecto de bienes adquiridos con posterioridad, sino apenas facilitar la manera de ponerle término a la situación jurídica que el régimen anterior establecía para los bienes adquiridos bajo su vigencia".

"Tras de citar muy oportunamente el fallo de 30 de junio de 1943, la H. Corte se pronuncia concretamente sobre el tema de la nulidad, en los términos siguientes, que disipan cualquier equívoco al respecto:

"Por otra parte, en la misma Ley 28 de 1932 se encuentra el artículo 3º según el cual son nulos absolutamente los contratos entre cónyuges, relativos a inmuebles. De tal manera que la pretendida distribución de gananciales constituídos por bienes que los cónyuges hayan adquirido o adquieran bajo el amparo del nuevo estatuto, viene a ser sencillamente forma disimulada de realizar un contrato dispositivo de bienes inmuebles, con fraude a la prohibición terminante de la ley. Y en estas condiciones tal contrato es nulo en forma absoluta".

"b) Qué calidad tenía el local de la calle 35? Era un bien propio del marido, adquirido con posterioridad a la vigencia de la Ley 28, o tenía el carácter de socia:, y en este último evento, sí podía repartirse y adjudicarse a uno cualquiera de los socios en la liquidación provisional?

"La solución de este punto equivale a la solución del litigio.

"Porque: si el bien entró al patrimonio exclusivo del marido, es indudable que su traspaso a la cónyuge cae bajo los efectos previstos en el artículo 3º de la ley, y entonces hay que decretar la nulidad. Pero, si el referido local entró en realidad al haber de la sociedad conyugal, por ser apenas algo así como una subrogación del interés social en la empresa colectiva de comercio". Chedraui & Korgi", es lógico que el acto acusado no está afectado de nulidad, como se pretende en la demanda".

La Corte ha subrayado dos cortos pasajes de la transcripción que precede, para destacar más adelante el desacierto en que se incurrió en la parte resolutiva de la sentencia que se estudia.

En ella, bajo el epígrafe "Opinión del Tribunal" éste declara:

"Es principio generalmente aceptado por los tribunales y comentadores, que el sistema de la Ley 28 dejó en pie lo esencial del régimen de la sociedad conyugal, sin que la administración separada en cabeza de cada cónyuge se oponga a la existencia de una masa de bienes para partir entre los cónyuges, al sobrevenir cualquier evento que determine la disolución o la liquidación de la sociedad.

"En realidad, puede haber tres patrimonios: a), del marido; b), de la mujer; c), de la sociedad. Sobrevenida la liquidación provisional o llegado el momento de la definitiva, cobran todo su valor las disposiciones del Capítulo II, del Título XXII, del Libro IV del Código Civil, porque, como tántas veces se ha dicho, la ley 28 no acabó con la sociedad conyugal sino que cambió la administración unitaria, "sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código", según lo explicó la Corte en el celebrado fallo de 20 de octubre de 1937, ratificado en casación del 15 de octubre de 1946 al decir:

"Los artículos 1781 y 1797 del C. C., no han quedado derogados por virtud de la reforma de la ley 28 de 1932; lo que ocurre es que esas disposiciones, como otras muchas del capítulo del Código en que están contenidas, no tienen aplicación actualmente sino cuando llegue el caso de liquidar la sociedad latente, y conforme a sus reglas debe hacerse la liquidación en cuanto no pugnen con las establecidas en aquella ley". (G. J. Tomo LXI, pág. 344).

"Entonces, llegada en el caso de estudio la oportunidad de liquidar provisionalmente la sociedad conyugal Korgi Chedraui, correspondía averiguar —y corresponde ahora— la verdadera naturaleza de los bienes, y a quién correspondía su propie-

dad. Para esa averiguación hay que acudir en primer lugar al artículo 1781 del C. C.".

Y para concluír añade:

"De acuerdo con los anteriores conceptos, la sociedad conyugal era dueña del interés social que tenía el señor Korgi en la sociedad mercantil, quedando aquélla obligada a restituírle el valor de dicho interés al hacerse la liquidación de la sociedad entre los cónyuges. Ahora: liquidada la compañía mercantil, los bienes que correspondieren en pago de aquel interés social, son también de propiedad de la sociedad conyugal, así sean muebles o inmuebles. Y siendo propiedad de la sociedad conyugal, y no del cónyuge que aportó el interés a ésta, no hay inconveniente alguno en que uno o algunos de esos bienes que ya son sociales se adjudiquen a cualquiera de los cónyuges en la liquidación provisional amistosa, aunque algunos de esos bienes sean inmuebles. O, lo que es lo mismo, no queda afectado de nulidad el acto de distribución y liquidación hecho entre los cónyuges, adjudicando a uno de los socios esos bienes inmuebles, porque éstos tienen el carácter de sociales".

Este último paso de la sentencia en estudio, consigna el concepto errado de que le imputa el recurrente al Tribunal.

Este considera o dá a entender que si el inmueble adquirido por el causante Korgi el 18 de febrero de 1942, en pago de su derecho, (bien mueble), en la sociedad comercial "Chedraui & Korgi", hubiera entrado al patrimonio exclusivo de dicho señor, éste no habría podido transferirlo a su mujer, porque al hacer eso sí se habrían violado los artículos 3º y 7º de la Ley 28; pero como el referido inmueble tenía que computarse como social en el evento de liquidación de la sociedad conyugal, no había inconveniente en adjudicárselo a la cónyuge en el acto de aplicar el artículo 7º precitado, caso en el cual no juega la prohibición del art. 3º.

En fin de cuentas y consecuencias, esa viene a ser la tesis en derecho sostenida por el Tribunal. Tesis injurídica a la luz de los textos en referencia y de las doctrinas jurisprudenciales que el propio fallo recurrido trae.

Cualquiera observa, si fija un momento la atención en tales normas y doctrinas, que la del Tribunal es exacta tratándose de bienes adquiridos antes de la ley 28, pero no en vigencia de ésta, porque el art. 7º se refiere exclusivamente a sociedades anteriores al nuevo estatuto, de manera que al permitir la distribución contractual de gananciales, tiene que referirse también a los existentes en ese momento.

Como de conformidad con el nuevo régimen, los bienes adquiridos por cada cónyuge se consideran como suyos mientras no sobrevenga la disolución de la sociedad conyugal, toda transferencia al otro cónyuge, en forma de adjudicación por concepto de gananciales, venta, permuta, donación &, se sale del radio de operación del art. 7º y queda comprendida en la prohibición del 3º, resultando afectada por el vicio de nulidad.

Lo expuesto aparece corroborado por la jurisprudencia invocada por el Tribunal y por las que el recurrente cita, como la que con gran amplitud desarrolla la muy conocida sentencia de 20 de octubre de 1937, que el mismo Tribunal de Bucaramanga invoca y transcribe en parte, uno de cuyos capítulos (aunque se repita), es del siguiente tenor:

"Alcance del artículo 7º de la Ley. De otro lado, la definición entre los esposos de las cuestiones relativas a los "bienes de la sociedad, tampoco corresponde rigurosamente a lo que en estricto derecho representa la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, como resultado de las causales de disolución previstas en el código. Porque la ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose sólo a establecer un diferente manejo de ellas. Y porque la liquidación del artículo 7º, aun cuando permite distribuír gananciales se hace sobre la base de que éstos 'se imputarán a buena cuenta' de lo que a los cónyuges hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva. De donde infiérese que el legislador tuvo buen cuidado en no asimilar, en cuanto a su alcance y contenido, la liquidación provisional del artículo 7º, no obstante la cual los socios continúan constituyendo la sociedad de gananciales, a la liquidación definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. La redacción del artículo 7º demuestra que aquella distribución provisional apenas constituye un principio o base de la que posteriormente ocurre al romperse definitivamente la sociedad. No de otra manera se explica el que el reparto de gananciales sea a buena cuenta, esto es, a modo de imputación anticipada a lo que a los cónyuges corresponda en la liquidación final.

"Si existe por ejemplo, como bien social una casa, y no hay deudas, los cónyuges al repartirse por iguales cuotas esa casa, liquidan de una vez su participación en el inmueble, el cual deja

ya de ser materia divisible en la liquidación final; lo que significa que tal reparto deje de tenerse en cuenta en esta última liquidación a efecto de saber cuánto tiene ya recibido por gananciales cada cónyuge.

"En el mismo ejemplo de la casa, nada impediría que los cónyuges de común acuerdo determinaran adjudicársela en proporción distinta, y aún en su totalidad a uno solo de ellos, aunque esto implicaría dejar en todo o en parte insolutos los gananciales del otro para pagárselos en la liquidación final. En tal evento, en esta última liquidación habría que partir de esa base y hacer las compensaciones que prescribe el Código a fin de obtener la completa igualdad de gananciales entre los dos socios.

"Claro es que una liquidación provisional hecha sin desproporción alguna, a que no sigan nuevos gananciales, hace innecesaria, por falta de materia, la liquidación definitiva.

"Mas sea cualquiera la forma que se adopte en la liquidación provisional (llámase así para acentuar el carácter definitivo de la que sobreviene o puede sobrevenir con la disolución de la sociedad), ella confiere la facultad plena a cada cónyuge para disponer de los respectivos bienes de manera que no sólo ante terceros, sino ante los mismos cónyuges las adjudicaciones hechas son de carácter definitivo y no susceptibles de revocación o modificación posterior durante la sociedad. Esto, porque respecto de inmuebles cualquiera operación entre cónyuges es ilícita; y porque respecto de muebles las que posteriormente ejecuten entre sí no tendrán como título una nueva distribución sino el correspondiente acto o contrato, como permuta, compraventa, dación en pago, etc. (art. 3º de la ley 28). Podrán alterarse las bases numéricas de la primera liquidación, en tanto esa alteración no afecte el interés de terceros; pero es imposible admitir que la adjudicación de bienes tenga apenas un carácter temporal, hasta que se disuelva la sociedad, porque entonces los cónyuges carecerían del derecho de disposición sobre los bienes adjudicados, lo cual pugna con la misma ley y con el fin primordial perseguido por ella al consagrar el artículo séptimo"

Posteriormente:

"La Corte en casación de 30 de julio de 1943 Gaceta Judicial número 1998, pag. 615 dijo muy acertadamente:

"Y siendo así, interpreta erróneamente la ley 28 de 1932 y viola directamente el artículo 1º de esa misma ley el sentenciador que al fallar considera que los bienes que haya adquirido un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de este estatuto, entra a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente, en razón de que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse. Sería tanto como sostener que los bienes de un presunto causante son de los que han de sucederle, en razón simple de que a la época de su sucesión han de ser repartidos entre ellos.

"En fin: Si cada uno de los cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen, se considera o debe considerársele como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquiera luego a cualquier título, por obra consecuencial debe considerársele también como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes o vinculadas a esos mismos bienes; por eso, más patente sería el quebranto de las disposiciones de la ley 28, si llegare a afirmarse en proveído alguno, que el marido, para defender la validez de sus contratos, sea para impedir la declaración de nulidad, simulación o resolución de ellos, o para solicitarla, tuviere que acudir en auxilio de la mujer a fin de completar con la voluntad de ella la personería que lo habilitara para defender su patrimonio".

Más aún:

"En sentencia de casación de 20 de octubre de 1950, publicada en la "Gaceta Judicial", Tomo LXVIII, pag. 123 y siguiente, la Corte reiteró la tesis de que la liquidación provisional del art. 7º no puede comprender bienes adquiridos por los cónyuges bajo el gobierno de la Ley 28: "Esta última disposición —la del artículo 7º— no constituye sino el vínculo, la conexión entre el antiguo régimen y la reforma, con el fin de que ésta pudiera tener efectividad para los matrimonios celebrados con anterioridad al 1º de enero de 1933, pero sólo en cuanto aquella distribución y liquidación de bienes actúa sobre el pasado, no en cuanto a bienes adquiridos dentro de la vigencia del nuevo estatuto, pues entonces las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, las de éstos con la sociedad conyugal y las de cada uno con terceros, están tuteladas por aquel estatuto.

"Por último en fallo de casación más reciente del 18 de marzo de 1952, publicado en el Tomo LXXI de la "Gaceta Judicial", la Corte dijo: (Página 430 y ss.).

"El legislador de 1932 no pretendió autorizar la distribución de posibles gananciales respecto de bienes adquiridos con posterioridad, sino apenas facilitar la manera de ponerle término a la situación jurídica que el régimen anterior establecía para los bienes adquiridos bajo su vigencia.

"Por otra parte, en la misma ley 28 de 1932 se encuentra el artículo 3º según el cual son nulos absolutamente los contratos entre cónyuges, relativos a inmuebles. De tal manera que la pretendida distribución de gananciales constituídos por bienes que los cónyuges hayan adquirido o adquieran bajo el amparo del nuevo estatuto, viene a ser sencillamente forma disimulada de realizar un contrato dispositivo de bienes inmuebles, con fraude a la prohibición terminante de la ley. Y en estas condiciones tal contrato es nulo en forma absoluta.

"En casos como el presente en que no ha habido disolución del matrimonio ni divorcio, y los bienes han sido adquiridos del 1º de enero de 1933 en adelante, para liquidar la sociedad conyugal, la acción procedente es la de separación de bienes, una vez que al efecto concurran las circunstancias por la ley".

Si se abriera la puerta para aplicar el artículo 7º de la Ley 28 a bienes inmuebles adquiridos después de su vigencia, a cada momento los cónyuges podrían cambiar el régimen patrimonial estatuído por la ley en forma estable, sembrar el caos en él y permitirle al más audaz de los cónyuges quedarse con los bienes que el otro adquiera.

Por último, y en relación con el caso concreto de este litigio, es incontestable el siguiente razonamiento del recurrente y que la Corte prohija:

"Ahora bien, las disposiciones de la Ley 28 como las del C. C., relativas a la sociedad conyugal son de orden público y de interés social por el fin protector de la familia que las inspira. Por ende son leyes de cumplimiento imperativo. En sus convenciones los cónyuges no las pueden alterar, modificar o derogar. El régimen legal establecido no puede cambiarse por voluntad de los particulares. El artículo 16 del C. Civil lo prohibe. Y se cambia el régimen legal establecido si los cónyuges hacen objeto de reparto, bienes muebles o inmuebles cuyo derecho de dominio les pertenece por el solo ministerio de la Ley 28 de 1932 y el contrato de adquisición respectivo. Con ello ejecutan un acto equivalente a una liquidación definitiva de la sociedad conyugal. Lo cual trastorna el orden legal establecido. Por tal causa el acto resulta además de inoperante, manifiestamente contrario a derecho y absolutamente nulo. Nulo además por obedecer a una causa ilícita como es la de pretender organizar el régimen patrimonial del matrimonio, en un caso determinado, contra la ley.

"Pero si los motivos anteriores no bastasen a producir la nulidad de un acto semejante, derogatorio de leyes imperativas, el artículo 3º del nuevo estatuto prohíbelo expresamente. Que la liquidación provisional de bienes con pretexto del artículo 7º de la Ley 28, comprensiva de inmuebles adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, a título oneroso, en vigencia dicha ley, implica un traspaso de bienes de un cónyuge al otro es de aquellos hechos que por lo patentes no admiten demostración. Es claro pues que en el caso de este pleito, por medio de la pretendida liquidación provisional, Salim Korgi traspasó a su esposa Odette Chedraui el inmueble descrito en la demanda. Pretendió aquél despojarse de la propiedad que radicaba en su cabeza por ministerio de la Ley 28 y el acto de liquidación y adjudicación de la sociedad Chedraui Korgi, asignándosela a su esposa. Con qué facultad? Con ninguna. Aún más: apelando a un sistema contrario a la ley que sólo permite ese traspaso en la liquidación definitiva de la sociedad conyugal. Luego el acto cae fatalmente bajo la sanción de nulidad del artículo 3º de la Ley 28. Ningún razonamiento ni excusa elimina el vicio de nulidad de ese acto".

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que debe casarse la sentencia recurrida, declarar la nulidad de que trata el punto primero de la parte petitoria de la demanda, la restitución solicitada en el punto segundo —**subsidiario**, no en el segundo **principal**—, porque el señor Korgi, marido de la demandante ya falleció, y habiéndose disuelto por tal motivo la sociedad conyugal, que está para liquidarse, es a ésta y no a aquél ni a la sucesión de él a quien debe reintegrarse.

En cuanto a frutos, dada la manifestación expresa de los demandantes sobre la buena fe de la demandada y de su marido en el acto de la liquidación celebrada por ellos, la condena no puede hacerse sino por lo percibido desde la notificación de la demanda, pero sin cargarle a la demandada lo percibido o que se hubiera podido percibir desde la fecha del secuestro del inmueble, porque de los frutos en este lapso no debe responder ella sino el secuestre, en las condicio-

nes que para con éste establece la ley.

En tal virtud, 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 recurrida, y en su lugar,

Resuelve:

Primero.—Es absolutamente nulo el acto o contrato de liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Salim Korgi y Odette Chedraui de Korgi, contenido en la escritura número doscientos setenta y tres (273) de veintiocho (28) de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1942), de la Notaría Primera de Bucaramanga, en cuanto por este acto se traspasó a la señora Odette de Korgi, el derecho de dominio sobre la mitad, en el siguiente inmueble: un local destinado para almacén de construcción de adobe cocido, cielo raso, con pisos de baldosín y cemento, techos de teja de barro cocido, junto con el terreno en que está edificado, con todas sus dependencias, anexidades y mejoras, ubicado en la calle treinta y cinco (35), antes calle quinta sur del plano de esta ciudad, marcado en sus puertas de entrada con los números quince once (15-11), quince quince (15-15), quince diez y nueve (15-19) y quince veintiuno (15-21) de la actual nomenclatura, y alinderado así: por el sur, que es el frente, la calle treinta y cinco al medio, con propiedades de Paillié & Compañía S. A.; por el norte, con propiedades que fueron de T. Valenzuela e Hijos y de Elisa Valenzuela de Castillo, hoy de Leonardo Fernández y Jorge Castillo Casas; por el oriente, con propiedades que fueron de Habid Barbur, después de Francisco Vargas y Hermanos, y hoy de Guillermo Montoya; y por el occidente, con propiedades de Bernh Wessels, hoy de la señora Cecilia Cepeda de Meyer.

Segundo.—En consecuencia la finca relacionada debe ser restituída por la demandada a la sociedad conyugal Korgi-Chedraui, representada por la viuda y los herederos del cónyuge difunto Salim Korgi, junto con los frutos producidos o que hubiera podido producir desde la notificación de la demanda hasta el día del secuestro del inmueble, a fin de que se incluya en la liquidación definitiva de la sociedad.

No se hace condena en costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CUANDO DEMANDADA LA RESTITUCION DE UNA COSA, SE CONDENA A PAGAR SU PRECIO PORQUE SE DENIEGA LA RESTITUCION EN ESPECIE POR HABERSE HECHO IMPOSIBLE, NO HAY INCOSONANCIA ENTRE LA DEMANDA Y LA SENTENCIA. — IMPOSIBILIDAD DE ACUSAR, A LA VEZ, POR ERROR DE HECHO Y POR ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA. — NO PUEDE INVOCAR LA CAUSAL SEXTA DE CASACION CON FUNDAMENTO EN NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA, SINO LA PARTE QUE NO ESTUVO DEBIDAMENTE REPRESENTADA

1—No puede acusar en casación la sentencia con base en la causal sexta y por nulidad proveniente de ilegitimidad de la personería sino la parte que no ha estado representada debidamente en el juicio. Se requiere además que la cuestión no haya sido discutida y fallada antes en auto ejecutoriado, conforme a lo dispuesto por el artículo 459 del C. J.

2—No se trata de condena ULTRA PETITA y, por consiguiente, no puede prosperar en casación el cargo por inconsonancia entre lo demandado y lo fallado y con base en la causal 2ª del artículo 520, cuando denegada la restitución en especie de la cosa reivindicada, por haberse hecho ella imposible, se condenó a pagar su precio; porque tal condena es una aplicación excepcional de la obligación de restituir, en la que opera, según el artículo 955 del C. C., una especie de subrogacion de la cosa singular por el valor de ella, en razón de la imposibilidad de recuperarla, pero sobre la base de la procedencia de la acción fundamental.

3—La costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de la casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por ERROR DE DERECHO O ERROR DE HECHO que aparezca de modo manifiesto en los autos. Porque los errores dichos tienen de común, ciertamente: a) el campo en que se originan, o sean las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero, se diferencian: 1º en que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas; y 2º en que el de derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico, en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del Juez, lo cual cae estrictamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en autos.

De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.

Esto desde un punto de vista intrínseco, que por lo que concierne a la tramitación del recurso, a qué se atiene el opositor para combatir el cargo: al de hecho o al de derecho? Y el Juez en casación, qué rumbo sigue? Los dos? Imposible. El uno o el otro? No habría razón para seguir éste y descartar aquél.

4—Conforme lo dijo la Corte en sentencia de casación de 16 de julio de 1937, "no puede impugnar en juicio la personalidad de su contrario, quien dentro o fuera de él la tuviera previamente reconocida". (G. J., Tomo 45, pág. 314).

5—El error de hecho en la apreciación de la prueba debe ser tan protuberante, tan convincente, tan manifiesto, que la prueba,

de manera indiscutible e indudable, no admita otra apreciación que la que precisamente le negó el sentenciador contra la evidencia, porque si admite otra siquiera, como la sostenida en el fallo, no es posible el error de hecho en casación, ya que no tendría el carácter de MANIFIESTO que exige el ordinal 1º del artículo 520 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, agosto trece de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr: José J. Gómez R.)

En el juicio ordinario promovido por Schall Pavenstedt & Co. Inc. contra el doctor Leonardo Tafur Garcés y señores Carlos Velasco R., Marco A. Tobón, Marco Tulio Capote e Isaías Rentería, juicio fallado el 11 de julio de 1952, recurrieron en casación la sociedad demandante y el primero de los demandados.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

I

1º—Por medio de la escritura pública Nº 1720, de 20 de noviembre de 1929, de la Notaría 3ª del Circuito de Cali, la sociedad colectiva de comercio que llevó el nombre de Tobón y Cía. se constituyó deudora de Schall Pavenstedt & Co. Inc., domiciliada en Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, por la suma de $ 27.000.00 oro americano, y en garantía impuso hipoteca sobre un lote de terreno ubicado en la ciudad de Cali, alinderado así: Norte y nordeste, con la carretera que de esta ciudad conduce a "Aguablanca"; sur y Este, con terreno de propiedad de Espíritusanto Torrijos; y por el Oeste, con la línea del Ferrocarril del Pacífico.

2º—Schall Pavenstedt & Co. Inc. confirió poder judicial al doctor Leonardo Tafur Garcés, abogado de la ciudad de Cali, para que hiciera efectivo el crédito, quien promovió juicio de venta del bien hipotecado ante el Juez 4º Civil del Circuito del mismo nombre, contra Marco A. Tobón y Carlos Velasco R. socios de la disuelta sociedad, juicio que concluyó por desistimiento debido a transacción celebrada por el apoderado de la casa actora y los demandados, mediante la escritura pública Nº 1703 de 14 de diciembre de 1942, de la citada Notaría.

3º—La transacción consistió en que el apoderado doctor Tafur Garcés recibió en dos porciones, el fundo hipotecado, con excepción de dos fanegadas de 6.400 metros cuadrados cada una, por un valor de $ 10.000.00 moneda colombiana, "cancelado a título de dación en pago en virtud de la transferencia celebrada a nombre de los señores Schall Pavenstedt & Co. Inc.".

4º—Está acreditado en este negocio, que el traspaso de los lotes de terreno, a que se refiere el citado instrumento de transacción, obedeció a la necesidad de cancelar la obligación de Tobón y Cía. para con la casa extranjera, y que el Dr. Tafur Garcés obró al suscribirlo como mandatario de la casa de Nueva York.

5º—Por medio de escritura pública Nº 1467 de 6 de junio de 1.944 de la Notaría 1ª de Cali, el Dr. Tafur Garcés vendió a Marco T. Capote e Isaías Rentería un lote de terreno de 6.400 metros cuadrados, tomado de los terrenos recibidos a virtud de la referida transacción, por la suma de $ 9.600.00, que fué pagada de contado.

6º—Alegando que los terrenos de la transacción fueron recibidos por la sociedad demandante y que el mandatario se había negado a restituírlos, Schall Pavenstedt & Co. Inc. demandó al Dr. Leonardo Tafur Garcés y a los señores Carlos Velasco R., Marco A. Tobón, Marco Tulio Capote e Isaías Rentería: al primero y a los dos últimos como poseedores de distintas áreas componentes del inmueble, y al segundo y al tercero en su calidad de socios de la antigua sociedad de Garcés y Cía., para que se hiciesen diversas declaraciones y condenas, de las cuales las más importantes pueden sintetizarse así: declaración de propiedad del fundo recibido con motivo de la transacción, a favor de la sociedad extranjera; condena de restitución del mismo con frutos civiles y naturales desde la fecha de la transacción, más los perjuicios causados por la falta de entrega, a cargo del Dr. Tafur Garcés; y condena de restitución a cargo de Capote y Rentería, del área comprada a aquél.

II

La sentencia de primera instancia fue absolutoria, en tanto que la de la segunda —proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali— resolvió:

"Primero.—Reconócese que los señores Marco A. Tobón y Carlos Velasco R., en nombre y re-

presentación de la Sociedad Tobón & Cía., en liquidación y como únicos socios de esa sociedad, transfirieron, a título de dación en pago, a la sociedad Schall Pavenstedt & Co. Inc., firma de comercio domiciliada en Nueva York Estados unidos de Norte América, representada en ese acto, por el Dr. Leonardo Tafur Garcés, los inmuebles objeto del contrato recogido en la escritura Nº 1703, de 14 de diciembre de 1942, de la Notaría 3ª de Cali, transferencia hecha con el objeto de cancelar la obligación hipotecaria de que da cuenta la escritura Nº 1720 de 20 de noviembre de 1929, de la misma Notaría 3ª de Cali.

"Segundo.—Los dos inmuebles deslindados y especificados en la prenombrada escritura Nº 1703, con exclusión del lote de tierra vendido por el Dr. Tafur Garcés a los señores Marco Tulio Capote e Isaías Rentería, por medio de la escritura pública Nº 1467, de 6 de junio de 1941, de la Notaría 1ª de Cali, son, en consecuencia, de la propiedad exclusiva de la sociedad Schall Pavenstedt & Co. Inc., domiciliada en Nueva York, Estados Unidos de Norte América, y no del Dr. Leonardo Tafur Garcés.

"Tercero. — El Dr. Leonardo Tafur Garcés, queda obligado a restituír, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, a la sociedad Schall Pavenstedt & Co. Inc., domiciliada en Nueva York, Estados Unidos de Norte América, o a quien sus derechos represente, los mencionados inmuebles, con exclusión del vendido por dicho Dr. Tafur Garcés a los ya nombrados señores Capote y Rentería. En cambio de esta exclusión, el Dr. Tafur Garcés, dentro del mismo término antes indicado, entregará a Schall Pavenstedt & Co. Inc., o a quien legalmente la represente, la suma de nueve mil seiscientos pesos ($ 9.600.00) moneda coriente, y sus intereses a la rata legal, desde el día 14 de diciembre del año de 1942, fecha de la escritura Nº 1467, ya indicada, hasta que el pago se verifique, suma equivalente al precio recibido por el Dr. Leonardo Tafur Garcés de los señores Marco Tulio Capote e Isaías Rentería, por razón de la venta verificada mediante el instrumento antes citado.

"Cuarto. — Condénase al Dr. Leonardo Tafur Garcés a pagar a la sociedad Schall Pavenstedt & Co. Inc., y a elección de ella, los frutos naturales o civiles de los inmuebles cuya restitución se ha ordenado en el punto 3º de esta parte resolutiva, en la cuantía que se fije por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. Judicial, desde el día 28 de abril del año de 1948, hasta que se verifique la entrega de los inmuebles ya indicados, todo de conformidad con las bases que se han dejado expuestas en la parte motiva de este fallo.

"Quinto.—Condénase a la sociedad Schall Pavenstedt & Co. Inc., al pago de las costas que a los señores Marco A. Tobón, Carlos Velasco R., Marco Tulio Capote e Isaías Rentería les haya ocasionado su defensa en este juicio.

"Sexto.—Para los efectos previstos en el artículo 2252 del Código Civil, inscríbase esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

"Séptimo. — Condénase al Dr. Leonardo Tafur Garcés al pago de las costas causadas en ambas instancias".

7º Recurrida la sentencia por la parte actora y por el demandado Dr. Tafur Garcés, y en vista de que el cargo formulado por la parte demandante obedece a que el reo no fué condenado como poseedor de mala fe, cuestión secundaria o consecuencial en la litis, se decidirá primeramente el recurso del demandado.

CAPITULO SEGUNDO

El recurso de uno de los demandados

Formúlanse cinco cargos: los tres primeros con apoyo en la causal primera; el cuarto en la segunda, y el quinto en la sexta. Por razón de lógica la Sala se ocupará de ellos en este orden: 5º, 4º, 1º, 2º y 3º.

I

Quinto cargo

Fundado en la causal sexta consiste en haberse incurrido en el motivo de nulidad del proceso, prevista en el ordinal 2º del artículo 448 del C. J., o sea la ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte actora.

Reproduce el recurrente las razones expuestas en el primer cargo, basado en la causal primera de casación, esto es, en la infracción de la ley por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Esas razones, en una palabra, tienden a demostrar que la capacidad procesal de Schall Pavenstedt & Co. Inc., no existe, por cuanto no aparece firmada el acta de la se-

sión de la Junta Directiva, en la cual se originó el mandato en cuyo ejercicio ha comparecido el doctor Alvaro Caicedo Martínez en este proceso, por quien actuó como tal.

Se considera:

El cargo alegado por el demandado doctor Tafur Garcés es improcedente:

1º—Porque la causal sexta de casación está erigida en favor de la parte que no ha estado representada debidamente, pues obedece al derecho o garantía individual inviolable, de derecho natural, de no ser condenado sin ser oído, y en este caso el recurrente no alega su propia incapacidad procesal, sino la de la compañía demandante. Ha dicho la Corte insistentemente: "El derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su contraparte. Si tal personería se exige para promover el juicio por la vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación". (Sentencias, 25 de noviembre de 1946. LXI, 443; 5 marzo 1948, LXIV, 39).

2º—Porque la cuestión fué discutida y fallada en las dos instancias, en el incidente de excepciones dilatorias propuestas por el Dr. Tafur Garcés, según consta a folios 80 y siguientes del cuaderno 3º, de modo que el debate quedó definitivamente cerrado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 450, ordinal 1º del C. J. (V. Casaciones de 16 de julio de 1937, XLV 315 y 12 de marzo de 1953, LXXIV. 369 2ª).

Es, por tanto, improcedente el cargo.

II

Cuarto cargo

Consiste la incongruencia en haber condenado al Dr. Tafur Garcés a pagar a la sociedad actora la suma de $ 9.400.00 y sus intereses desde el día 14 de diciembre de 1942, o sea el precio en que vendió, como propia, a Marco A. Capote e Isaías Rentería, parte del inmueble recibido en virtud de la transacción, según consta en escritura Nº 1467, de 6 de junio de 1944, de la Notaría 1ª de Cali, siendo así que en la demanda no se pidió esta condena.

Se considera:

No hay, sin embargo, la inconsonancia alegada, La parte actora solicitó la declaración de pertenencia y la restitución respecto de todo el inmueble recibido por el apoderado según la escritura de transacción, de manera que habiendo negado la sentencia aquellas peticiones en cuanto al fundo vendido a Capote y Rentería, por haberse hecho imposible su restitución, la condena a pagar el precio recibido es una aplicación excepcional de la obligación de restituír, en la que opera, según el artículo 955 del C. C., una especie de subrogación de la cosa singular por el valor de ella, en razón de la imposibilidad de recuperarla, pero sobre la base indispensable de la procedencia de la acción fundamental.

No se trata de condena ultra petita; la subrogación real, como dice un tratadista, es la "adquisición de una cualidad jurídica transmitida de un bien al que lo sustituye"; o en otros términos, entre las cosas que juegan en este fenómeno hay una identidad jurídica, según la cual lo que se dice de una se predica de la otra. V. Gr. el inmueble que sustituye al propio de uno de los cónyuges, en los casos de los artículos 1783, ordinal 1º, 1789 y 1790 del C. C., es como si fuera este mismo, es decir, prosigue aquél fuera de la comunidad. Así, se demandó una declaración de pertenencia y la restitución de todo el inmueble, la parte vendida, que no pudieron cubrir aquellas acciones, transmitió, al precio recibido la virtud de soportar la demanda petitoria y de restitución.

Ahora bien: la subrogación real, de este modo cumplida automáticamente, convierte una condenación imposible de restituír en especie en la única posible de restituír en dinero, como desarrollo de la subrogación misma, y así como no podría hablarse de sentencia ultra petita si se ordenase devolver la parte enajenada, puesto que se pidió, tampoco se puede hablar de ello en caso de condena a restituír el precio de una parte.

No procede, por tanto, el cargo de desarmonía entre lo pedido y lo sentenciado. Al estudiar el segundo se habrá de ver si las acciones de pertenencia y de restitución cuentan con la base esencial del derecho en cabeza de la parte actora, porque si no cuentan con ella, no sólo serían in-

conducentes respecto del precio recibido, sino también respecto del fundo no enajenado por el Dr. Tafur Garcés.

No se acoge, en consecuencia, el cargo.

III

Primer cargo

Consiste en que el sentenciador incurrió en errores de hecho y derecho a un mismo tiempo, en la apreciación de determinadas pruebas.

Conviene advertir, ante todo, que la costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de la casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1º del art. 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por **error de derecho o error de hecho** que aparezca de modo manifiesto en los autos. Porque los errores dichos tienen de común, ciertamente: a) el campo en que se originan, o sean las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero, se diferencian: 1º en que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas; y 2º en que el de derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico, en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del Juez, lo cual cae extrictamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en autos.

De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.

Esto, desde un punto de vista intrínseco, que por lo que concierne a la tramitación del recurso, a qué se atiene el opositor para combatir el cargo: al de hecho o al de derecho- Y el Juez en casación, qué rumbo sigue? Los dos? Imposible. El uno o el otro? No habría razón para seguir éste y descartar aquél. Ello en puridad de verdad, debe considerarse como motivo para rechazar el cargo de plano. La Corte, sin embargo, ante la falta de técnica hoy imperante —sin dejar de desconocer que hay juristas que la saben y practican brillantemente— entre otras causas por la de no existir en nuestro país una especialidad legalmente organizada para alegar ante su primer Tribunal de Justicia, al menos en el ramo de la casación, ha tratado de interpretar con alguna amplitud los confusos cargos, buscando en su desarrollo, razonablemente, el verdadero sentido de ellos, atendiendo más a la sustancia de los hechos en que el recurrente los funda que a las palabras que emplea para calificar esos hechos.

Este primer cargo de la demanda consiste en haber incurrido el sentenciador en errores de hecho y de derecho a la vez, en la apreciación de algunas pruebas, apreciación que lo llevó a aceptar la capacidad procesal y la capacidad para ser parte de la sociedad actora. El fallo admite, ciertamente, la existencia legal de la persona jurídica demandante (capacidad para ser parte), y también la personería de quien la ha representado en este juicio (capacidad procesal). La Sala se refiere separadamente a una y otra cuestión.

Primera.

Con respecto a las pruebas tocantes a la personalidad jurídica de la casa actora, que el recurrente considera erróneamente estimadas, no hay en este cargo sino la referencia que contiene el siguiente párrafo:

"Y como esos errores de hecho y de derecho en la apreciación de tales elementos y en la falta de apreciación de las pruebas de inspección ocular, dictamen pericial y fotoscopias, llevaron al Tribunal a dar **por cierta la existencia de la sociedad en liquidación "Schall Pavenstedt & Co. Inc."**, como titular de los presuntos derechos reclamados; la calidad de directores en las personas que aparecen o cuyos nombres aparecen en el papel que tiene el nombre de Carl Muller, y la calidad de liquidadores de esos caballeros cuyos nombres figuran en ese supuesto documento, es lógico concluír que el H. Tribunal, con tales errores de hecho y de derecho, quebranta igualmente estas disposiciones". (Subraya la Sala).

Se considera:

Las pruebas de inspección ocular, dictamen pericial y fotoscopias, así como las demás a que el

cargo se refiere, nada tienen qué ver con la existencia legal de la sociedad demandante en liquidación; y los preceptos de la ley citados como infringidos en razón de los errores de hecho y de derecho, niguna relación guardan con la presencia de la personalidad jurídica de la sociedad en este proceso. Pruebas y textos legales atañen a la capacidad procesal del actor, de la cual se ocupará la Sala en seguida.

Por tanto, la errónea apreciación de elementos probatorios en lo que respecta a la prueba de la constitución y existencia del ente jurídico demandante, no existe. Por lo demás, el Dr. Tafur Garcés estaba impedido legalmente para alegar en este juicio la nulidad o inexistencia de Schall Pavenstedt & C. Inc., de conformidad con el artículo 479 del C. de Co. Ha dicho la Corte: "La sociedad nula o disuelta conserva su necesaria personería para liquidarse y también para actuar como tal en frente de terceros, sin que éstos puedan prevalecer de tal situación para desconocerla y libertarse de toda obligación o de todo reconocimiento de un derecho social. Es ésta una regla moral que domina toda la vida del contrato social.... Pero, en cambio, si se está en presencia de relaciones jurídicas o prestaciones entre la sociedad y un tercero, ninguno de los dos puede invocar la nulidad del pacto social para eximirse de cumplir sus obligaciones. Los artículos 477 del C. de Co. y 2084 del C. C. disponen que los socios de una sociedad nula o de hecho no pueden alegar la nulidad contra los terceros interesados en su existencia o que hayan contratado con ella. En el caso contrario, **cuando es la sociedad quien demanda a un tercero, se sigue la misma regla, y el tercero no puede alegarla para, por esa sola circunstancia, exonerarse de sus obligaciones o prestaciones.** (Art. 479 C. de Co.)".

También estaba impedido moralmente porque con apoyo en el principio jurisprudencial de que "no puede impugnar en juicio la personalidad de su contrario, quien dentro o fuera de él la tuviera previamente reconocida", como enseña la sentencia de casación de 16 de julio de 1.937 (XLV, 314), el Dr. Tafur Garcés no podía impugnar la de la parte actora, porque la tenía aceptada con anterioridad por haber sido mandatario de ella en el juicio de venta.

En resumen: por una parte, la estimación que el sentenciador hizo de los documentos relacionados con la fundación de la sociedad y con la existencia de la misma, en estado de disolucion y liquidación, no ha sido materia del cargo; por otra, si algunas expresiones de éste se tomasen como ataque a la sentencia en tal sentido, ellas no configurarían cargo procedente en casación; y por último, auncuando se hubiese formulado y fuera procedente, objetivamente considerado, a nada hubiera conducido puesto que en sentencia de instancia habría que aplicar el artículo 479 del C. de Co. que prohibe a los terceros poner al abrigo de la nulidad del ente jurídico la falta de cumplimiento de sus deberes.

Segunda

Las pruebas relativas a la capacidad procesal de la entidad actora, cuya estimación tacha el recurrente, de errores simultáneos de hecho y de derecho, son: a) el acta de la sesión de la junta directiva de Schall Pavenstedt & Co. Inc., de 29 de mayo de 1947, celebrada en 14 Wall Street, oficina 2.800, de la ciudad de Nueva York; b) el acta de la inspección ocular efectuada y el dictamen pericial rendido el 12 de abril de 1951, en la segunda instancia del juicio; y c) las fotoscopias que obran a folios 8 y 9 del cuaderno 9º

En una palabra, el Tribunal erró al aceptar el acta de aquella sesión, sin la firma del secretario de la junta directiva, puesto que aparece al pie el nombre del secretario, en caracteres mecanográficos, pero no la firma autógrafa, y como en dicha sesión se autorizó al director Edmund Pavenstedt para otorgar "un poder general, pleno y completo, con las facultades que él juzgue convenientes", a fin de demandar al Dr. Leonardo Tafur Garcés, poder que aquellos sustituyeron en el doctor Alvaro Caicedo Martínez, la parte demandante no ha probado su capacidad procesal.

Señala como infringidos, por una parte, los artículos 22, 1757, 1758, 1760 y 1761 del C. C.; por otra los artículos 465, 469 a 471 del C. Co., 36 de la ley 40 de 1907 y 40 y 41 de la ley 28 de 1931; y por otra los artículos 722, 724, 730 del C. J. 537 y 590 del C. de Co. y 4º de la ley 26 de 1922.

Se considera:

El cargo gira en torno del acta de la citada sesión de la junta directiva, la cual no presenta autógrafa la firma de quien actuó en ella como secretario, como consta en el acta de la inspección ocular y en el dictamen referidos, y el error consiste en haber sido estimada dicha acta como prueba de la sesión y de consiguiente, de la

autorización dada a uno de los directores para designar los apoderados.

Mas, la Corte no puede volver sobre lo que fue materia del incidente de excepciones dilatorias, entre las cuales figuró la ilegitimidad de la personería adjetiva de la casa actora, de modo que de conformidad con el artículo 450, ordinal 1º del C. C., no procede la causal sexta cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería del apoderado.

No se acoge, de consiguiente, el primer cargo.

IV

Segundo cargo

Consiste este cargo también en errores de hecho y de derecho al tiempo, cometidos por el sentenciador en la estimación: a) del instrumen- que contiene el mandato conferido al Dr. Tafur Garcés; b) de la escritura Nº 1703, de 14 de diciembre de 1942; c) del memorial de desistimiento presentado por las partes en el juicio de venta; y d) de las cartas de 21 de diciembre de 1942 y 10 de enero de 1944, dirigidas por el Dr. Tafur Garcés a Carlos Velasco R., y Schall Pavenstedt & Co., Inc., respectivamente. Los artículos de la ley agraviados con tales errores dobles, son también en crecido número: 251 y 256 del C. J., 740, 756, 762, 764, 765, 780, 786, 775, 946, 947, 950, 952, 961, 971, 1502, 1505, 1738, 1759, 1934, 1760, 1766, 1849, 1864, 2142, 2157, 2177, 2240, 2469, 2470, 2471 y 2483 del C. C.

Se considera:

1º—La estimación hecha por el Tribunal de estas piezas probatorias, es inconmovible en casación, porque no hay en ella asomo de error de hecho. No hay que olvidar que el error de hecho en la apreciación de la prueba, debe ser tan protuberante, tan convincente, tan manifiesto, que la prueba, de manera indiscutible e indudable, no admita otra apreciación que la que precisamente le negó el sentenciador contra la evidencia, porque si admite otra siquiera, como la sostenida en el fallo, no es posible el error de hecho en casación, ya que no tendría el carácter de **manifesto** que exige el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Lejos está la apreciación del Tribunal de contrariar la **evidencia** de que el apoderado no obró como tal, no transigió el litigio como tal, no intervino como tal en una dación en pago en que se trataba de pagarle a él lo que no se le debía —y no a la casa poderdante— lo que sí se le debía. Un análisis somerísimo de dichos elementos prueba que de haber una evidencia, está del lado de la interpretación del Tribunal:

a) No es cierto que el mandato se limitara al pleito y no confiriera poder más que para recibir en efectivo el monto de la deuda, pues faculta para aceptar en pago "cualesquiera propiedades reales o personales" y para **transigir** (f. 31 y v. C. 5º). No puede haber yerro alguno en admitirlo.

b) En la escritura de transacción obra el Dr. Tafur Garcés como mandatario de la compañía: no podía actuar en otro carácter, si se trataba de transigir un pleito en que Schall Pavenstedt & Co. Inc. era una de las partes y en cuyo nombre adelantaba el apoderado juicio de venta contra Tobón y Velasco; y en ese carácter suscribió la escritura en que se afirma "que el precio queda cancelado a título de dación en pago en virtud de la transferencia celebrada a nombre de los señores Schall Pavenstedt & Co. Inc. de conformidad con las instrucciones de dichos señores".

c) En el memorial de desistimento el apoderado de la casa demandante declara cancelado el crédito de acuerdo con la escritura de transacción, ya mencionada.

d) En la carta de 21 de diciembre de 1.942 (f. 3 C. 5º) del doctor Tafur Garcés para Tobón y Cía., aquél declara que éstos "transfirieron en forma transaccional y como dación en pago a **mis representados** un lote de terreno....."; y en la de 10 de enero de 1.944 (dos años después de la transacción) el doctor Tafur Garcés informa a la casa extranjera "que hasta la fecha no se ha podido realizar la venta de terreno",

Es, pues, imposible el error de hecho en lo tocante a la valuación de estas pruebas.

2º—En lo que respecta a error de derecho, tampoco concurre, porque no se ve cómo la apreciación del Tribunal pudo infringir algún texto legal de los citados en este cargo.

Por consiguiente se rechaza el cargo.

El presente fallo reitera la doctrina de las sentencias de casación de 23 de septiembre de 1.942 (LIV bis 105) y 24 de julio de 1.947 (LXII. 616), en lo esencial de las cuestiones que se suscitan en casos como el de autos, es decir, en lo que atañe a la presencia en nuestra legislación del mandato sin representación; a los efectos entre mandante y mandatario, de un mandato oculto; a la adquisición para el primero del bien com-

prado por el segundo, a su nombre, en ejercicio de un mandato sin presentación u oculto, no obstante las voces formales del acto jurídico y la inscripción del instrumento en el Registro Público, en cabeza del mandatario; y a las acciones legales para lograr, en favor del mandante, el reconocimiento del derecho así adquirido y la restitución de los bienes.

V

Tercer cargo

Vuelve en este cargo la impugnación de haber incurrido el sentenciador en el doble error simultáneo de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas a que se refiere el segundo cargo, pero ya en dirección a la condena que hace la sentencia contra el Dr. Tafur Garcés, de restituir a la casa actora el valor del terreno enajenado por éste a Capote y Rentería. Se citan como violados los artículos 669, 946, 950, 955 y 2183 del C. C.

Se considera:

Se vió al principio la improcedencia del cuarto cargo, en cuanto el precio de la cosa vendida subroga —realmente— la misma cosa, cuando su recuperación se dificulta o hace imposible

Se trata de ver ahora si a la dicha condena llegó el sentenciador por los errores sufridos al apreciar aquellas pruebas. El recurrente dice que repite los motivos de la acusación formulada en el segundo cargo, en cuanto la sentencia dispone que aquél devuelva el precio de la parte enajenada a Capote y Rentería.

La Sala nada tiene que agregar a lo expuesto sobre el segundo cargo, y traslada de allí las razones que la llevaron a respetar la apreciación del Tribunal, la cual fué hecha no sólo en relación con el lote de terreno que aún figura en cabeza del Dr. Tafur Garcés, sino también respecto de la porción enajenada por él a aquellos señores. El Tribunal consideró que las pruebas señaladas en el segundo cargo acreditan el hecho de haber obrado el procurador como tal y adquirido, en consecuencia, para la compañía la liquidación. Sobre tal apreciación edificó el reconocimiento del dominio y la restitución del inmueble, deducida la parte de la venta. Restó esta parte, porque consideró a los compradores como terceros de buena fe, contra quienes no pueden golpear las relaciones ocultas entre mandante y mandatario, mas no porque sobre esa porción no hubiese probado la parte demandante la misma causa jurídica de adquisición que demostró respecto de lo que todavía figura a nombre del apoderado.

En estas circunstancias no procede en este cargo la repetición del segundo, para revaluar otra vez la apreciación del Tribunal; y con respecto a la aplicación que hiciera el fallo del artículo 955 del C. C., al estudiar el cargo cuarto se expuso la razón de no entrañar ello la incongruencia alegada.

Se rechaza este último cargo, en consecuencia, no es el caso de infirmar la sentencia en lo que concierne al recurso interpuesto por uno de los demandados.

CAPITULO TERCERO

El recurso de la parte actora

I

Acusa el fallo, con fundamento en la primera causal, por varios motivos, unos basados en errores de hecho en la apreciación de ciertas pruebas, otros en la violación de la ley, directamente o por indebida aplicación, de lo cual resultó que el Tribunal considerase al demandado para efectos de la prestación de frutos, como poseedor de buena fe, con el salvamento de voto del Magistrado Ponente Dr. Gilberto Gómez Trujillo.

Se Considera:

Dice el fallo:

"De ser esto así, al Dr. Tafur Garcés habría que declararlo poseedor de mala fe, para los efectos de las prestaciones mutuas, entre mandante y mandatario. Sin embargo, cabe observar lo siguiente: el poder conferido por Schall Pavenstedt & Co. Inc., al Dr. Tafur Garcés contiene facultades amplísimas para el desempeño del mandato conferido a dicho profesional, y el artículo 2177 del Código Civil expresa que "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre no obliga, respecto de terceros, al mandante". De esta facultad legal hizo entonces uso el Dr. Tafur Garcés, al otorgar la escritura Nº 1703 de 14 de diciembre de 1942, y lo hizo quizás para el mejor desempeño del negocio cuya realización le había

sido encomendada, pues, presumiblemente, a la sociedad demandante le interesaba más, que su crédito se le pagara en efectivo y no mediante la entrega, a título de dación en pago de inmuebles que no podría administrar directamente, por no tener su domicilio en esta ciudad de Cali, sino en la de Nueva York, Estados Unidos de Norte América. Ante tales circunstancias, era entonces más conveniente para Schall Pavenstedt & Co. Inc. que el Dr. Tafur Garcés contratara a su nombre, en la mencionada escritura Nº 1703, para que así pudiera, en cualquier oportunidad, sin necesidad de poder especial, vender los inmuebles objeto del aludido contrato y remitir a la sociedad los dineros de su producido. Aunque sobre esta amplitud del mandato conferido al Dr. Tafur Garcés no existe prueba directa en el expediente, sí se deduce ello de un cable (folios 13 Cuad. 1º) en el cual Schall Pavenstedt & Co. Inc., pregunta al Dr. Tafur Garcés lo siguiente: "Favor cablegrafiar dirección Whitecase atención Pavenstedt precio aproximado puede realizarse propiedad raíz", y de la carta de fecha 10 de enero del mismo año de 1.944 (fls. 11 Cuad. 1º) en el cual el Dr. Tafur Garcés dice a Schall Pavenstedt & Co. Inc., lo siguiente: "Acuso recibo de su muy atenta carta de diciembre 16 de 1943, y me permito manifestarles que hasta la fecha no ha podido realizarse la venta del terreno. Ha habido propuestas informales por partes pequeñas o lotes, y como se trata de una zona no urbanizada, esto desvalorizaría más las partes restantes. Con gusto informaré a ustedes sobre cualquier negociación que logre adelantarse....".

"Lo anterior hace suponer que al Dr. Tafur Garcés se le otorgó una facultad tácita para contratar en su propio nombre y para proceder como se deja indicado, con cargo de rendir luego cuentas de su gestión a la sociedad demandante; de allí que no pueda entonces considerársele como poseedor de mala fe, desde la fecha del otorgamiento de la escritura, para los efectos de las prestaciones que como tal debería a la sociedad demandante. Por otra parte, ésta, en ningún momento ha requerido al Dr. Tafur Garcés para la entrega de los inmuebles aludidos y no se conoce por lo tanto la fecha desde la cual, y antes de la notificación de la demanda con que se inició este juicio, dicho profesional quedara en mora de entregar. De allí que el Dr. Tafur Garcés a más de entregar los inmuebles por él recibidos, solamente esté obligado, de conformidad con el inciso 3º del artículo 964 del Código Civil, a restituír a Schall Pavenstedt & Co. Inc., los frutos naturales o civiles de esos inmuebles, a partir de la fecha de la notificación de la demanda con que se inició este proceso".

Según estos apartes, al Dr. Tafur Garcés se le había otorgado un poder amplio, en ejercicio del cual podía poner en su cabeza la propiedad del inmueble, a fin de facilitar ulteriores enajenaciones y rendir de todo ello cuentas a su mandante; de donde concluye el Tribunal que la posesión del reo no puede considerarse de mala fe. Para afirmarlo así se fundó especialmente en el cable del folio 13 y en la carta de 10 de enero de 1.944 del folio 11 del cuaderno 1º.

A) Los cargos formulados por el recurrente demandante se enderezan todos a destruír la sentencia en lo relacionado con esa calificación de la posesión. Pero, ninguno de ellos lo logra, porque fundado tal concepto en las pruebas referidas —cable y carta— si bien fue atacada la estimación que de ellas hizo el Tribunal por error de hecho, la Corte no encuentra en ello error de esa especie, esto es que, no obstante la autonomía del fallador para apreciar los medios de prueba, haya podido sin embargo ver lo que no hay o dejar de ver lo que hay en el juicio, relacionado con la prueba tendiente a demostrar la mala fe del poseedor, de modo que pudiera afirmarse que el Tribunal al estimar que no está probada hubiese desatendido la evidencia contraria, viva y resplandeciente en los autos.

B) Respecto de los cargos por infracción directa de las distintas disposiciones legales dirigidos contra el concepto de la sentencia sobre la buena fe, la Corte, sin detenerse a tratar de ellos pormenorizadamente, considera que son infundados, mientras esté en pie la apreciación del Tribunal sobre dicho factor.

Tanto el Tribunal, como el recurrente omitieron en sus consideraciones y cargos el escrito elevado al Juez por el Dr. Tafur Garcés con fecha 9 de febrero de 1.949 (f. 60 C. 1º Bis), en el cual aparece rota la presunción de buena fe a su favor. Ante dicho escrito el fallo no habría podido dejar de estimarlo así, porque en él invocó el Dr. Tafur Garcés la posesión del inmueble, que es tenencia de la cosa con ánimo de **señor o dueño**, ánimo que él no podía tener, porque no recibió para sí, como lo estiman la sentencia recurrida y el presente fallo. Invocó también la prescripción en ese escrito **contra el actor**, y no obstante guardar silencio sobre la especie de la misma —si adquisitiva, si liberatoria— el hecho de haber alegado la posesión lleva a con-

figurar la primera, a la cual no podía acogerse sino transformando por sí y ante sí la mera tenencia en posesión, lo cual no es imposible en nuestro derecho, según los artículos 777 y 2531 del C. C., pero a costa de la buena fe, que se aniquila cuando la posesión arranca de esa transformación, según el precepto últimamente citado. Y se opuso así mismo el Dr. Tafur Garcés a las peticiones de la demanda, esto es, a que se declare que el predio pertenece a la parte demandante. Este memorial, que el fallo no tuvo en cuenta, se oponía a la apreciación del sentenciador, y el recurrente no se detuvo en la circunstancia de haber sido omitido en la estimación de las pruebas.

II

Mas, si la estimación del Tribunal sobre la posesión del demandado no puede desatenderse en casación, para los efectos de la prestación de frutos, a la cual está vinculada en el fallo la calificación de la situación posesoria, no quiere ello decir que la conducta del Dr. Tafur Garcés no parezca censurable, tanto más cuanto que él es abogado, y según su mandatario en casación, de profundos conocimientos, no sólo en Derecho sino también en otros ramos del saber, de saliente posición en la sociedad donde actúa y de honestidad probada, todo lo cual le ha valido "el respeto, la admiración y el aprecio de los profesionales, de las autoridades, de los académicos y de la ciudadanía en general". El Dr. Tafur Garcés no podía pretender adquirir para sí, esto es, de manera definitiva, irrevocable y perpétua lo que se le entregó en razón del ejercicio del mandato; y si lo intentó al suscribir la escritura Nº 1703, o más tarde, sin alegar causa legítima, —de lo cual no hay prueba en el juicio— su conducta sería susceptible de investigación, para los efectos de los artículos 8º, 9º y 16 de la ley 69 de 1945.

Por tanto, 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 once (11) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de Schall, Pavenstedt & Co. Inc. contra Leonardo Tafur Garcés y otros.

Las costas del recurso a cargo de las partes.

Corresponde al Tribunal decidir si es el caso de hacer la investigación de que tratan los artículos 8º y 9º de la citada ley 69 de 1945.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez. R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RECURSO DE HECHO.—INTER PRETACION DEL MANDATO

No puede aplicarse el criterio de la más severa restricción en la interpretación de un mandato cuando el acto del mandatario, trata de favorecer al poderdante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a catorce de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

Con fecha 9 de octubre de 1.953 el Tribunal Superior de Medellín pronunció sentencia condenatoria en el juicio ordinario que por medio de curador había propuesto y adelantado la menor Carmelina Margarita Escobar Borja contra Unaldo Cadavid sobre nulidad del contrato de venta o permuta contenido en la escritura Nº 818 de 7 de noviembre de 1.949 otorgada en la Notaría del Circuito de Frontino.

Oportunamente el abogado Fidel Rodríguez, haciendo uso del poder que le había conferido el demandado para que lo representara en la segunda instancia, interpuso el recurso de casación contra el fallo de que se trata.

El Tribunal no encontró suficiente el poder y por auto de 21 de noviembre denegó la concesión del recurso.

El recurrente solicitó en tiempo la reposición de esa providencia y en subsidio la expedición de las copias indispensables para recurrir de hecho.

El Tribunal no quiso reponer su auto, ordenó expedir las copias, y con ellas se interpuso ante la Corte el recurso de hecho que hoy se considera.

Es de advertir que por la naturaleza y cuantía del negocio, tiempo y modo de la interposición ante el Tribunal, el recurso no tropieza con obstáculo alguno.

El único inconveniente que el Tribunal encuentra es el indicado en el auto de 21 de noviembre así:

"El poder mencionado antes fue conferido en estos términos.... "designo al Dr. Fidel Rodríguez M. para que éste me represente en lo que falte para decidirse en la segunda instancia, del juicio, haciendo mis veces, alegando, interponiendo recursos, etc." De la lectura de lo copiado se infiere claramente que el mencionado apoderado carece de atribuciones bastantes que lo habiliten para interponer el recurso de casación contra el fallo proferido por el Tribunal, por lo que sería impropio concederlo. En verdad, dicho poder aparece restringido o limitado para la gestión de la segunda instancia en interés del poderdante y ello pregona entonces que el apoderado no está facultado para interponer el recurso a que alude, pues el objetivo de su representación quedó circunscrito a algo diferente. Bien es cierto que el mentado recurso puede ser interpuesto por medio de un apoderado judicial (art. 522 stes. C. J., pero también lo es que a ese apoderado debe habérsele dado la correspondiente facultad, la que no aparece conferida al Sr. Dr. Fidel Rodríguez M. Agrégase a lo dicho que no está en presencia de uno de los supuestos contemplados en la legislación y en los cuales se autoriza la gestión oficiosa de quien no haya recibido poder para la interposición de determinado recurso (art. 269 C. J.). En consecuencia, el Tribunal no concede el recurso de casación que se dijo interponer".

La Corte considera exageradamente rigurosa y estricta la interpretación que, en **perjuicio del poderdante,** le dá el Tribunal al poder mencionado.

Es cierto que todo mandato debe entenderse en el sentido de la más severa restricción en orden a proteger los intereses del mandante, que podrían correr peligro o sufrir perjuicio interpretando el mandato con imprudente amplitud; pero el criterio tiene que ser contrario cuando de lo que se trata es de favorecer al poderdante, como sucede aquí, al tratar el apoderado de abrirle la puerta de un recurso defensivo contra un fallo adverso, pues esto lo puede hacer hasta la persona que carece de todo poder (art. 269 del C. J.).

Además, al decir el mandante que le dá poder al Dr. Rodríguez para que lo represente haciendo sus veces "alegando, **interponiendo recursos etc.",** lo razonable es entender que alude, entre

otros, al recurso de casación, cuya interposición ocurre antes de ejecutoriarse la sentencia que le pone fin a la segunda instancia.

El recurrente conviene en que no podría actuar como apoderado en la casación, pero que su personería sí era bastante para interponer el recurso ante el Tribunal, en lo cual le asiste razón.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, concede el recurso de casación interpuesto y se ordena al Tribunal Superior de Medellín que, previa citación de las partes, remita a la Corte el juicio ordinario de que se trata.

Notifíquese líbrese el despacho correspondiente.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro, Secretario.

LA FALTA DE PRUEBA DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DEL DEMANDANDANTE ES CUESTION DE FONDO, Y NO MERO PRESUPUESTO PROCESAL

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Juan B. Barrientos, legó a Virginia Giraldo de Mejía Madrigal, entre otros bienes, el terreno denominado El Toche y parte del llamado Corazón, con la condición dijo, de que "si ella faltare antes o después que yo, deberán pertenecer exclusivamente y con todos sus frutos a los hijos de ella, y si alguno de ellos faltare su cuota correspondiente acrecerá la porción de los que le sobrevivan" (C. 1º, ff. 23, s.).

Por otras palabras, el testador dejó tales bienes en fideicomiso, quedando la Giraldo como tenedora fiduciaria y sus hijos como fideicomisarios.

Pero, muerto el testador, en el juicio de sucesión, no se hizo la partición de los bienes cual debiera: adjudicando a doña Virginia la propiedad de los bienes en su calidad de tenedora fiduciaria con la carga de que, a su muerte, pasarán a sus hijos como fideicomisarios. Lo que se hizo fue otra cosa: se adjudicó a doña Virginia la totalidad de los bienes en propiedad plena (**ibídem**, f. 27 v.).

Lo que permitió al marido de la señora, con anuencia de ésta, hipotecar a favor de Francisco Mora C., el predio de El Toche, para garantizar el pago de varias sumas tomadas en mutuo a éste (C. 2º, f. 28).

Estas sumas no fueron cubiertas a su tiempo, por lo cual se siguió contra los deudores juicio ejecutivo, en el que, por falta de postores, el 2 de septiembre de 1918, se adjudicó la finca a dicho Mora C., y a Juan C. Restrepo, a quien aquél le había hecho cesión de parte de los referidos créditos (**ibídem**, f. 4).

Muerta doña Virginia, el 19 de enero de 1920, sus hijos Pedro José, Baltasar, Jesús María, Germán, María Josefa, Evangelina y Julia Mejía Giraldo, entablaron demanda ordinaria contra Juan C. Restrepo y Francisco Mora C., pidiendo se declarara:

"A) Que dentro del plazo de seis días deben restituír a los demandantes a quienes represento como fideicomisarios, el inmueble que forma el terreno denominado "El Toche", inmueble ubicado en el Distrito de Angostura, en la banda izquierda del río Pajarito, consistente en tierras con casas de habitación, prados, rastrojos, montes y demás mejoras y anexidades y comprendido por los linderos que se expresan en el Nº 3º de la parte expositiva de este libelo en los cuales me remito para no repetir la copia de ellos en esta petición.

"B) Que como poseedores de mala fe desde que incurrieron en mora, esto es desde el día de la muerte de la fiduciaria señora Vilrginia Giraldo de Mejía, deben restituír a mis mandantes todos los frutos naturales y civiles, correspondientes en todo el tiempo de la mora, de la finca que fue materia del fideicomiso, según esta demanda, y no solamente los percibidos sino los que hubieran podido percibir mis representados con mediana inteligencia y actividad, teniendo éstos la cosa en su poder. Que si no existen los frutos, deben pagar, conforme estimación pericial que se haga en este juicio, o en otro separado, el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; y

"C) Que deben pagar las costas del juicio si se siguiere" (C. 1º, f. 37).

Esta demanda prosperó en favor de los demandantes en las dos instancias del juicio.

Pero, acusada la del Tribunal, fue casada por la Corte Suprema de Justicia, en proveído de 6 de mayo de 1932, con el fundamento de que no se presentó la prueba de que los demandantes eran hijos de la señora Giraldo de Mejía.

En presencia de esto, los Mejías Giraldos, por medio de apoderado, demandaron a Gabriel Restrepo T., y a la señora Tulia Restrepo de Mora, para que se declarara esto:

"Uno. Que a la muerte de la señora Virginia

Giraldo de Mejía, ocurrida el 19 de enero de 1920 se cumplió la condición del fideicomiso y se extinguió la propiedad fiduciaria sobre los bienes que ella adquirió a tal título conforme al testamento y correspondiente adjudicación en la sucesión del General Juan Bautista Barrientos, y en particular, de la finca El Toche como parte integrante de aquel fideicomiso.

"Dos. Que el remate efectuado por los señores Juan C. Restrepo y Francisco Mora en el juicio ejecutivo de éstos contra Pedro Celestino Mejía y Virginia Giraldo, ante el Juez Primero del Circuito de Yarumal, el 2 de septiembre de 1918, sobre la finca El Toche a que se refiere el hecho 13º de la demanda, no dio a los rematadores un título distinto al que sobre esa propiedad tenía la señora Virginia Giraldo de Mejía, esto es, de propietarios fiduciarios, sujetos al gravamen de pasar a los hijos de dicha señora a la muerte de ésta.

"Tres. Que se decrete la restitución de la finca El Toche, determinada bajo el hecho 13º de la demanda, en favor de los demandantes como propietarios fideicomisarios y se declare que los demandados están obligados a entregar dentro de un término no mayor de 10 días a contar de la ejecutoria de la sentencia dicha a mis mandantes en calidad de fideicomisarios como hijos legítimos de la señora Virginia Giraldo de Mejía y del señor Pedro José Mejía, hijo de Virginia Giraldo, y quien murió después que ésta.

"Cuarto. Que los poseedores actuales del inmueble demandado en este juicio como sucesores o representantes de los derechos adquiridos por los señores Juan C. Restrepo y Francisco Mora, son poseedores de mala fe y están obligados a pagar los frutos naturales y civiles desde el 19 de enero de 1920 hasta el día en que se verifique la entrega, esto es desde la muerte de la señora Virginia Giraldo que determinó la obligación de la restitución del fideicomiso.

"Cinco. Que los mismos demandados sean condenados en las costas de este juicio" (C. 1º, f. 64).

Esta demanda fue notificada a los demandados el 14 de diciembre de 1951 y el 9 de febrero de 1952 (C. 1º, ff. 73 y 73 v.).

Estos, naturalmente, se opusieron a lo pedido y propusieron las excepciones de **ilegitimidad de la personería, prescripción de la acción intentada, cosa juzgada, prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria** (ibídem, ff. 75 y 77 v.).

El Juez del Circuito de Yarumal, con fecha 3 de julio de 1953, dictó el fallo que le tocaba declarando probada la excepción perentoria de cosa juzgada (Ibidem, f. 112).

Apelado este fallo por la parte demandante, fue confirmado por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 23 de noviembre de 1953 (C. 4º, f. 15 v.), contra la cual la misma parte interpuso el recurso de casación.

La sentencia acusada

El Tribunal sentenciador para fundar su fallo, amén de otras observaciones, hizo la de que está probada la excepción de cosa juzgada, diciendo que hay entre las dos demandas la del primero y la del segundo de los pleitos: identidad de cosa pedida, de causa o razón para pedir y de persona, y luégo, extendiendo su concepto, expresó lo que sigue:

"En el caso **sub-lite** se tiene que quienes obran en este litigio como demandantes son los mismos actores que con igual calidad a la invocada ahora, intervinieron en la acción instaurada el 11 de agosto de 1926, que terminó con el fallo de casación de 6 de mayo de 1932. En esto no hay discrepancia alguna entre las partes del actual proceso.

"En cuanto al objeto de la acción, también es uno mismo en ambas. Allí se pidió lo mismo que se ha impetrado aquí: la entrega de la finca "El Toche".

"Y finalmente, también la causa de pedir es idéntica en ambas acciones. Basta ver que la razón o fundamento jurídico de la pretensión deducida por la parte demandante en el hecho de ser los accionantes, hijos de la señora Virginia Giraldo de Mejía, sustitutos fideicomisarios de ésta en el legado que a dicha señora de Mejía le correspondió en la sucesión del señor General Barrientos. Y en la circunstancia de haberse operado la 'restitución' o traslado de la propiedad o dominio sobre el inmueble "El Toche" de cabeza de la legataria a la de los hijos de ésta por muerte de ella. Más claro: la fuente inmediata de su derecho, invocada por los demandantes, el fundamento jurídico o **causa petendi** en que éstos apoyan las súplicas de su libelo, es el hecho de ser dueños del inmueble reclamado, no por un título distinto del alegado en la primera acción, sino por la misma circunstancia que ahora se invoca: el haber devenido ellos propietarios de "El Toche", por muerte de la fiduciaria señora Giraldo de M. ... Apareciendo demostrada la cosa juzgada, la Sala está relevada de entrar en el estudio de las otras

excepciones propuestas (Art. 344 del C. J.). Y como fue este medio defensivo precisamente el que el Juéz halló establecido. el Tribunal habrá de confirmar la providencia recurrida" (C. 4º, ff. 22 v., y 24 v.).

La casación

El apoderado de la parte recurrente acusa la sentencia por estos dos extremos:

Primero. Por ser "violatoria de la ley sustantiva por apreciación errónea, en derecho, de la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia el 6 de mayo de 1932, que llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los arts. 473 y 474 del C. J., con violación indirecta, por esta causa, de los artículos 793, inciso primero, 794, 799, 800, 810, 813, 822 y 2.441 del C. C.".

Esto, dice, porque "hay diferencias fundamentales entre ambos procesos que no advirtió el H. Tribunal y que destruyen la pretendida identidad. Solamente hay una cosa común entre ellos y que pone de manifiesto una evidente injusticia: que ni en 1932, por la razón apuntada antes, la Corte profirió el fallo de fondo habiéndose limitado a absolver a los demandados por falta de legitimación en causa de los demandantes, ni en 1953 el Tribunal de Medellín avocó el estudio a fondo del problema y para eludirlo tomó aquella sentencia anterior como pretexto.

"No tuvo en cuenta el sentenciador de segunda instancia que en el juicio iniciado en 1926 se da por sentado el dominio de los demandantes y la posesión de los demandados sobre los terrenos materia de la reivindicación para pedir únicamente la restitución de los inmuebles y el pago de los frutos.

"En cambio, en la demanda de ahora se suplican dos declaraciones de carácter sustantivo y que son: 1º, que a la muerte de la señora Virginia Giraldo de Mejía (1920) se cumplió la condición del fideicomiso y se extinguió la propiedad fiduciaria sobre los bienes que ella adquirió a tal título conforme al testamento, etc.; 2º, que el remate ejecutado por los señores Juan C. Restrepo y Francisco Mora en el juicio ejecutivo de estos señores contra Pedro M. (sic) Mejía y Virginia Giraldo, ante el Juzgado 1º del Circuito de Yarumal .... sobre la finca "El Toche .... no dio a los rematadores un título distinto al que sobre esa propiedad tenía la señora Virginia Giraldo de M.. esto es, de propiedad fiduciaria, sujeta al gravamen de pasar a los hijos de dicha señora a la muerte de ésta.

"Las dos peticiones principales anteriores no fueron formuladas en juicio que falló la Corte en 1932, y por consiguiente aquella sentencia no es oponible a la petición de que se hagan las declaraciones impetradas, como equivocadamente lo dice el Tribunal con aplicación indebida de los arts. 473 y 474 del C. J., y violación tácita, por no aplicarlos al juicio, de las disposiciones del título 8º del libro 2º del C. C., en armonía con el art. 2.441 de la misma obra".

Segundo. Por ser la sentencia acusada "violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida al caso **sub judice**, de los arts. 328, 329, 341, 473 y 474 del C. J., que llevó al Tribunal a quebrantar las siguientes disposiciones del Código Civil: 793, 794, 797, 799, 800, 809, 810, 813, 816; 820; 822; 2.441 y 2.457".

Lo que apoya en este concepto:

"El razonamiento expuesto a propósito del cargo anterior, tiende a demostrar que el error de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la sentencia de la Corte tantas veces citada como un fallo definitivo de fondo que dice relación directa con el derecho invocado, para negarlo, no obstante que la sentencia, por el contrario, lo reafirma para beneficio de quienes prueben ser los titulares y entre tanto acoge la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva en los demandantes, que es perentoria temporal, como fundamento de la cosa juzgada".

Sobre estos dos cargos observa la Corte:

a) Cuanto al primero:

Que entre las dos demandas hay **identidad de cosa pedida**, porque, aunque empleándose en ellas vocablos distintos, en el fondo, se pide en ambas la **restitución** por los demandados a los demandantes del **mismo** bien: así se dice en la primera "que dentro del plazo de seis días **deben restituír**.... el terreno denominado "El Toche", y en la segunda "que se decrete la **restitución** de la finca El Toche....".

Que entre las mismas hay **identidad de causa**, porque en la primera se pide la restitución del inmueble a los demandantes "como **fideicomisarios**", y en la segunda "en favor de los demandantes como propietarios fideicomisarios"; y por último, que tanto en la primera como en la segunda de las demandas figuraron, de un lado, **los mismos demandantes**, o sean los hijos de doña Virginia y, del otro, **los mismos demandados**, Francisco Mora C., y Juan C. Restrepo, en la pri-

mera; y en la segunda, Gabriel Restrepo T., como causahabiente de Juan C. Restrepo, y Tulia Restrepo de Mora, como causahabiente de Francisco Mora Z. (C. 1º, ff. 35, 63 y 71). Lo que es decir, unas personas por sí mismas y otras como sucesoras jurídicas de los primitivos interesados.

No obra eficazmente contra lo expuesto, lo que dice el recurrente de que en la primera demanda no se hicieron las peticiones primera y segunda contenidas en la última, porque tal circunstancia, evidentemente adjetiva, no destruye el hecho protuberante de que entrambas demandas son petitorias de la restitución del bien a los fideicomisarios por los rematantes de El Toche, o sus sucesores jurídicos, lo que da lo mismo.

De todo lo cual se sigue que es infundado el primero de los cargos enderezados contra la sentencia recurrida: no se interpretó erróneamente la sentencia de 6 de mayo de 1932, y no se violaron los textos legales citados como consecuencia de tal error.

b) Cuanto al segundo:

Nota la Corte que carece de fundamento, porque en realidad de verdad, al haberse absuelto a los demandados por no haber presentado los fideicomisarios demandantes las partidas del estado civil que los acreditaba como hijos legítimos de la tenedora fiduciaria, la Corte decidió el negocio definitivamente por falta de prueba de la personería sustantiva de los demandantes, que, como lo ha dicho reiteradamente, es cuestión de fondo y no mero presupuesto procesal, como se ve del siguiente aparte de la sentencia de 1932:

"Pero observa la Corte, que, de acuerdo con el tenor de la mencionada cláusula testamentaria, los fideicomisarios no son ni pueden ser otros que los hijos de la legataria Virginia Giraldo de Madrigal (sic). Esta circunstancia, la de ser los demandantes hijos de dicha señora, constituye un hecho fundamental de la demanda, ya que sólo ella puede acreditar la personería sustantiva de los demandantes, o sea, que en ellos radica el derecho que alegan a su favor; y siendo esto así, no puede decirse que esa cuestión no ha sido materia del debate, y que el reparo que ahora se hace de que ese hecho no se acreditó legalmente en las instancias del juicio, es un medio nuevo inadmisible en el recurso de casación.

"La prueba de ese hecho está sujeta al precepto legal que exige, como principal, la certificación que expida el sacerdote párroco, insertando la correspondiente partida de bautismo existente en los libros parroquiales o —en su caso— el acta del registro de nacimiento; y sólo mediante la comprobación de haberse omitido sentar esa partida o esa acta en aquellos libros, o por desaparición de ellos, es que se hace admisible la prueba supletoria.

"De lo dicho se deduce que es casable la sentencia por este motivo, toda vez que en el expediente no se ha acreditado, conforme a la ley, que los demandantes son hijos de la asignataria Virginia Giraldo, razón que ha de servir a la vez como fundamento del fallo de instancia".

De lo que se desprende que el cargo es infundado.

Por lo demás, la Corte observa que, a haber prosperado el primero de los cargos formulados contra la sentencia acusada, y casádose ésta, tropezaría al entrar a fallar en el fondo con el hecho protuberante de que tendría que declarar probada la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria, opuesta por los demandados, dado que desde el día del registro de la sentencia aprobatoria del remate, fechada el 4 de septiembre de 1918, no interrumpida por la demanda introducida el 11 de agosto de 1926, conforme a lo estatuído por el artículo 29 de la Ley 95 de 1890, estaban ellos en posesión de El Toche.

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 acusada.

Las costas del recurso corren a cargo de la parte que lo interpuso.

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

Luis Felipe Latorre. U. — Alfonso Márquez Páez. — Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SON FORMAS EQUIVALENTES DEMANDAR LA SUCESION DE UNA PERSONA REPRESENTADA POR SUS HEREDEROS, Y DEMANDAR A ALGUIEN COMO HEREDERO DE OTRO.—LA SUCESION CARECE DE CAPACIDAD PARA SER PARTE EN JUICIO.—NO ES POSIBLE ACUSAR POR ERROR DE HECHO Y POR ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE UNAS MISMAS PRUEBAS.—CUANDO SE ACUSA POR ERROR DE DERECHO, EL RECURRENTE DEBE SEÑALAR LOS PRECEPTOS LEGALES SOBRE PRUEBAS QUE FUERON INFRINGIDOS CON ESE ERROR

1—La herencia o sucesión de la persona no es sujeto de derecho, y carece, por tanto, de capacidad para ser parte.

La comunidad singular surge del hecho de ser dos o más personas simultáneamente titulares de cuotas en un mismo derecho, que puede ser personal o real y con mayor frecuencia de propiedad o dominio, caso en el cual se llama específicamente copropiedad o condominio. La comunidad herencial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante, al morir, por activa y por pasiva: por lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, sí, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

Careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derecho en ella, los sucesores a título universal, por que la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existen, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son.

De esta suerte demandar a la sucesión de N. N., REPRESENTADA por los herederos, y demandar a los herederos de N. N., como tales, directamente, son formas equivalentes, representativas de una misma idea: la de que el extremo pasivo de la acción y de la relación procesal es el heredero y no la sucesión, no la comunidad universal, no el patrimonio del difunto, sino el sucesor.

2—No puede ser eficaz el cargo cuando los reparos que el recurrente formula respecto de las apreciaciones que el Tribunal realizó de unas declaraciones de testigos y la interpretación misma que el actor hace de los diversos testimonios, pueden tener un apoyo general en el campo de la crítica de las pruebas, pero sin constituír lo que en casación es error de hecho manifiesto. Manifiesto es lo obvio, lo que directa, inmediata y necesariamente hiere los sentidos produciendo una percepción segura, cierta, inequívoca, que no admite otra, porque si la admite ya no es manifiesta. Sólo así recibe la ley un asunto de mero hecho en el dominio de la casación.

3—Como lo ha dicho la Corte, la costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por ERROR DE DERECHO O ERROR DE HECHO que aparezca de modo manifiesto en los autos.

4—La doctrina de la Corte ha sido muy clara en exigir el señalamiento de las disposiciones legales sobre pruebas, quebrantadas a causa de una VALUACION ERRONEA de ellas. Esta especie de error parte de la presencia de determinado medio probatorio en autos; no se discute si existe o no en el proceso. Se trata de saber si el valor que le dió o le negó el sentenciador está de acuerdo o no con los preceptos legales que precisamente definen los medios de prueba y les asignan un determinado valor. Allí es donde puede saberse si la valoración del fallo se ajusta o no a la ley. De lo contrario, no se trataría de error DE DERECHO en la apreciación de la prueba: es en esta tarea en la que el juzgador acierta o se equivoca; mas, para saber esto, es menester, necesariamente, enfrentar el valor que le asignó a la prueba y el que le dan los textos de la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte resuelve sobre la demanda de casación introducida por la parte demandada contra la sentencia de 15 de septiembre de 1952, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Honorio Rodas Jaramillo contra la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo.

CAPITULO PRIMERO

I

Los antecedentes

1º—Con fecha 2 de marzo de 1940 y ante el Notario de Calarcá —en el Departamento de Caldas— otorgó testamento cerrado el señor Donanciano Rodas Jaramillo. Así se hizo constar en escritura pública Nº 124 otorgada ante el mismo funcionario.

2º—El expresado testamento fue abierto y publicado ante el Juez del Circuito de Calarcá, según da cuenta el instrumento público Nº 70, de 28 de enero de 1950, de la Notaría 2ª del mismo Circuito.

3º—El testador instituyó heredera universal a su esposa, María López de Rodas, a quien designó, además, albacea con tenencia de bienes.

4º—Fallecido el testador el 29 de noviembre de 1949 y abierto su juicio mortuorio en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Calarcá, Honorio Rodas Jaramillo, hermano legítimo del causante, promovió juicio de nulidad del testamento, contra la sucesión, representada por la viuda, fundado en tres motivos: a), no haber sabido leer y escribir el causante; b), no ser de su puño y letra las firmas que aparecen al pié del testamento y en la cubierta que lo contenía; y c), no haber estado presentes en el acto del otorgamiento los cinco testigos de rigor legal.

5º—La demandada, al contestar el libelo propuso "las excepciones perentorias de inepta demanda, ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva de la parte demandante, petición de modo indebido, carencia de derecho para demandar y carencia de acción".

6º—La demanda fue coadyuvada por varios parientes del causante, dentro del segundo y el tercer grados de consanguinidad.

7º—Por medio de fallo de 20 de enero de 1951 el Juez decidió: "Declárase probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en el demandante Honorio Rodas Jaramillo y en los coadyuvantes activos Manuel y Pedro Rojas Jaramillo y Sara y José Edilberto o Eriberto Rodas Molina, y como consecuencia se absuelve a la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo. representada por la señora María López, de todos los cargos que se le han formulado".

II

La sentencia recurrida

Apelado el fallo por la parte actora, el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira lo revocó y en su lugar dispuso:

"1º—Se declara nulo y sin valor alguno, el testamento solemne, cerrado, otorgado por el señor Donaciano Rodas Jaramillo ante el Notario Público de Calarcá, según escritura Nº 124 de 2 de marzo de 1940, presentada para su registro a la Oficina de Registro de ese mismo Circuito.

"2º—Como consecuencia de la anterior declaratoria se declara sin efecto o valor alguno las cláusulas contenidas en aquel acto testamentario por medio de las cuales el testador instituye he-

redera única y universal de sus bienes a su esposa María López de Rodas.

"3º—Ordénase la cancelación de los registros de las escrituras públicas número 124 de 2 de marzo de 1940 y 70 de 28 de enero de 1950.

4º—Con costas a cargo del demandado. Oportunamente serán tasadas y liquidadas".

CAPITULO SEGUNDO

Causales de casación y cargos

La parte demandada ha acusado la sentencia invocando las causales primera y segunda. Con apoyo en la primera formula tres cargos, dos por violación de la ley, a través de errores de hecho y de derecho, y uno por infracción directa debida a errónea interpretación de los textos legales. Con fundamento en la segunda formula, como es obvio, el de incongruencia.

En vista de que los cargos primero y segundo tocantes a la primera causal, consisten en errores de hecho y de derecho en el estudio de las pruebas, la Sala tratará de ellos al tiempo, y lo mismo hará con el tercero, referente a la misma causal primera, y con el cuarto, relativo a la segunda, por versar ambos sobre el mismo fenómeno jurídico, comenzando por estos últimos, según lo dispone el artículo 537 del C. J

I

Cargos tercero y cuarto

Por el tercero se acusa la sentencia de infringir directamente por interpretación errónea, "los artículos 673, 1008, 1009, 1011, 1013, y 1155 del C. C., y 774 del C. J., todos en relación con los artículos 1740 y 1741 del C. C., que también fueron violados por la misma razón", con motivo de haber sido demandada la sucesión en vez de la heredera instituída, la única legitimada pasivamente en causa para responder de los cargos formulados en la demanda.

Por el cuarto, se le acusa de inconsonancia, por no haber declarado con base en el artículo 343 del C. J., la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, ya que en la sucesión no concurre la legitimación en la causa para responder, como sujeto pasivo del proceso sobre nulidad del testamento.

Se trata, por tanto, sustancialmente, del mismo hecho: el de haber sido demandada la sucesión del causante cuando debió serlo el sucesor testamentario, sin embargo de lo cual se declaró nulo el testamento; con la infracción directa, por interpretación errónea, de aquellos textos legales, en un caso; y la incongruencia por no haberse declarado probada la excepción perentoria expresada, en el otro.

1º—El tercer cargo lo expone así el recurrente:

"En efecto el Tribunal declara la nulidad del testamento de Donaciano Rodas Jaramillo en virtud de pretensión aducida por su hermano Honorio frente a la sucesión del primero, pues se ha visto que la demanda se corrigió en el sentido de variar la parte demandada ya que primero se citó a la viuda del causante en propio nombre y luego en su calidad de representante de la sucesión del testador.

"Anoto que en el presente juicio la acción no se dirigió contra la única persona llamada a responder por ella o sea contra la heredera y albacea pues la corrección del libelo consistió precisamente en variar el carácter de la referida señora en el juicio ya que primero se le demandó personalmente, como en rigor jurídico debía ser, y luego se abandonó esta postura para enderezar la demanda contra la sucesión de Donaciano Rodas, representada por dicha señora.

"Una cosa es figurar en juicio personalmente como interesada en un acto o contrato cuya invalidez se pide y otra aparecer como representante de una masa de bienes que si bien no posee personería jurídica, sí tiene capacidad para ser parte como lo ha dicho la Corte.

"Por lo mismo si la acción se dirige contra la sucesión de alguien representada por el heredero debiéndose haber dirigido contra éste, en forma personal, es obvio que también se presenta el fenómeno de ilegitimidad de personería o carencia de legitimidad de causa de la parte demandada que es precisamente lo que ocurrió en el caso presente.

"La sucesión de Donaciano Rodas nada tiene que ver con la nulidad del testamento del causante: era su heredera, personalmente, la única legitimada en causa para responder en dicha acción. De esta manera si mi poderdante no fue citada al juicio directamente sino como representante de la sucesión de su marido, es natural que no ha figurado como parte pasiva de la relación procesal, y por ende debiendo haber comparecido para poder fallar en el fondo la pretensión del actor, existe la clásica ilegitimidad acabada de precisar".

El cuarto cargo lo fundamenta así:

"En el cargo anterior demostré cabalmente que el juicio de nulidad del testamento debe dirigirse contra el heredero, personalmente considerado, y no contra la sucesión del causante, entidad que tiene capacidad para ser parte en otra clase de juicios enderezados contra ella pero que es ajena al de nulidad del testamento, y expuse las razones por las cuales afirmo este postulado.

"Es así que la demanda corregida se propuso frente a la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo, representada por su heredera, luego no figura como demandada ésta, en forma personal, por lo cual existe la ilegitimidad de personería sustantiva de dicha parte.

"Este fenómeno implica que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada, quien explícitamente propuso como excepción genérica dicha ausencia de personería; además, es sabido que el artículo 343 del C. J., impone al Juez la obligación de declarar probada cualquier excepción perentoria, salvo la de prescripción y doctrinariamente la de compensación, cuando ella aparezca probada a pesar de no haber sido expresamente alegada, de modo que la demostración de un hecho exceptivo de tal naturaleza implica una pretensión oportunamente deducida en el juicio por la parte rea. Por eso, el artículo 471 del C. J., expresa en su último inciso que las sentencias deben estar en consonancia con las demandas 'y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes' ".

Se considera:

La demanda inicial se dirigió contra María López "instituída heredera única y universal de los bienes del causante", y al ser aclarada quedó dirigida contra "la sucesión del señor Donaciano Rodas J., representada por la señora María López, en su calidad de heredera universal de aquél, según aparece en el acto testamentario".

La Sala no hace diferencia sustancial entre estas dos formas de encaminar la acción. Se trata de dos maneras de decir una misma cosa, no obstante que el actor quiso marcar una diferenciación, sin duda de importancia, entre una y otra, al aclarar en ese punto la demanda; pero, las palabras y las fórmulas no tienen la virtud de estructurar los hechos y las nociones jurídicas.

La herencia o sucesión de la persona, no es sujeto de derecho, y carece, por tanto, de capacidad para ser parte, según lo definió la Corte en reciente sentencia no publicada todavía en el órgano de la Corporación, proferida en el juicio ordinario seguido por Luisa López contra Lucas López y Milciades Paredes, con fecha 1º de abril del año en curso. Dice esta sentencia:

"Como es bien sabido, uno de los llamados presupuestos procesales es la capacidad para ser parte, o sea la condición para ser sujeto de un proceso.

La capacidad para ser parte en el presente caso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas pues únicamente éstas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones.

"La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropiamente cuasi contrato, no es una persona jurídica. De tal manera que en estricto rigor, la comunidad como tal carece de capacidad procesal para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados.

"La comunidad puede tener un administrador nombrado de acuerdo con los artículos 16 a 27 de la ley 95 de 1.890. Existiendo tal administrador, éste tiene la personería de ella, dice el artículo 22 de dicha ley. En consecuencia, el administrador tiene capacidad para comparecer en juicio en nombre de la comunidad, sea como demandante o como demandada. En realidad es más preciso decir que el administrador de la comunidad tiene la representación judicial de los comuneros, por lo que se expuso anteriormente. Y su actuación dentro del juicio los perjudica o aprovecha a todos, vinculándolos en todos los efectos de la relación jurídico-procesal, de tal manera que el fallo que se pronuncia dentro del proceso produce cosa juzgada en favor o en contra de la comunidad.

"Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos.. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestación procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor.

"Nuestra jurisprudencia, auncuando ha aceptado estas conclusiones, no ha sido en veces muy precisa en la concepción doctrinal del problema Así, la Corte ha dicho que la capacidad para ser

parte en el proceso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pero que esta capacidad la tienen excepcionalmente 'los patrimonios autónomos o masas de bienes que no son personas jurídicas, tales como las sociedades de hecho, la herencia, el patrimonio del concursado, la sociedad conyugal ilíquida".

Y en fallo de 31 de agosto de 1936, había dicho:

"Cuando se demanda a la 'sucesión' o para 'la sucesión', la parte demandada está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o los herederos que piden para la comunidad. Por un imperativo del lenguaje se habla en uno y otro caso de 'la sucesión'; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas".

La comunidad singular, surge del hecho de ser dos o más personas simultáneamente titulares, de cuotas en un mismo derecho, que puede ser personal o real y con mayor frecuencia de propiedad o dominio, caso en el cual se llama específicamente copropiedad o condominio. La comunidad herencial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante, al morir, por activa y por pasiva; por lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, sí, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

Careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existe, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son.

De esta suerte, demandar a la sucesión de N. N., representada por los herederos, y demandar a los herederos de N. N., como tales, directamente, son formas equivalentes, representativas de una misma idea: la de que el extremo pasivo de la acción y de la relación procesal es el heredero y no la sucesión, no la comunidad universal, no el patrimonio del difunto, sino el sucesor.

De consiguiente, demandada en el libelo María López de Rodas, en su calidad de heredera testamentaria de Donaciano Rodas J., y demandada la sucesión de Donaciano Rodas J., representada por su heredera María López de Rodas, la parte demandada no puede ser otra que la causahabiente instituída.

Así, pues, no hay la infracción de los textos legales citados en el tercer cargo; ni tampoco la incongruencia alegada en el cuarto, comoquiera que no existe la excepción que —se afirma— dejó de declarar probada el sentenciador.

Para concluír lo relacionado con esta parte del recurso y teniendo en cuenta que la sentencia reproduce sin reservas, algunas consideraciones de la de primer grado, sobre presupuestos procesales, la Sala debe rectificar el concepto según el cual la legitimación en causa es uno de dichos presupuestos y reproduce al respecto lo que dijo, recientemente, en fallo de julio 14 del presente año, dictado en el juicio ordinario de Clodoveo Londoño y Amelia Londoño de Malagón contra Alfonso del Río Villamil y Miguel Hernando Villamil Cruz y no pubilicado aún en la Gaceta Judicial:

"Si la legitimación en causa es elemento del proceso o de la acción, ha sido una de las cuestiones de derecho procesal más debatidas en los últimos tiempos. La doctrina jurisprudencial y de los autores no sólo no ha logrado una sistematización que defina el punto, sino que, por el contrario, lo ha hecho más complejo. La doctrina de la Corte no ha sido uniforme al respecto, pues según las sentencias de casación de 18 de noviembre de 1937 (XLV. 845 1ª) y 25 de noviembre de 1938 (XLVII. 416), la legitimación en causa es presupuesto procesal, al paso que de acuerdo con los fallos, también de casación de 31 de enero de 1947 (LXI. 712) y 16 de agosto de 1948 (LXIV. 710), es elemento de la acción.

"La Sala sigue esta última teoría porque considera que la legitimación para obrar concierne, no al proceso (al cual pertenecen sin lugar a duda la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal) sino a la sociedad como

medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado. Los presupuestos procesales son bases necesarias, esenciales del juicio, de la litis ante los jueces, que no tocan en sí con el derecho que se controvierte. Sin ellos, por lo mismo, hay acción, pero no hay proceso, no debe haberlo en puridad de verdad, y a que no lo haya sin que se cumplan, tienden las llamadas excepciones dilatorias y las nulidades procesales. De aquí que lo primero que el Juez debe hacer al dictar sentencia, sea comprobar si los presupuestos concurren o no, porque en el primer caso, podrá y deberá fallar en el fondo la cuestión debatida, en tanto que en el segundo tendrá que abstenerse de hacerlo, y el juicio podrá iniciarse de nuevo".

La Sala reiteró esta doctrina en sentencia de 24 de los mismos mes y año, tampoco publicada, proferida en el juicio de Juvenal Viñas Morales contra la Empresa Transportadora de Ganados S. A.

II

Cargos primero y segundo

1º—Han sido formulados así:

El primero:

"Error de hecho y de derecho en la apreciación de las declaraciones de los testigos que indica la sentencia en su parte motiva como fundamento de su decisión, que lo llevó a violar los artículos 1079, 1740, 1741 del C. C., y 11 de la Ley 95 de 1890 por indebida aplicación".

El segundo:

"Error de hecho y de derecho en la apreciación de los testimonios de Juan Urrea, Aníbal Salgado y Samuel Eaena Peláez, presentados por la parte demandada y que obran en el cuaderno Nº 5, lo que condujo a la violación de los artículos 1079, 1740, 1741 del C. C., y 11 de la ley 95 de 1890, por indebida aplicación".

2º—Cabe observar, en primer lugar, que el recurrente ha empleado en su demanda un procedimiento muy generalizado hoy entre quienes litigan en este ramo de la casación y al cual se refiere la Corte en reciente sentencia de "Schall, Pavenstedt & Co. Inc." contra Leonardo Tafur Garcés y otros, de fecha 13 del presente mes de agosto:

"Conviene advertir, ante todo, que la costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de la casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Porque los errores dichos tienen de común, ciertamente: a) el campo en que se originan, o sean las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero, se diferencian: 1º en que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas; y 2º en que el de derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico, en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del Juez, lo cual cae estrictamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en autos.

"De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.

"Esto, desde un punto de vista intrínseco, que por lo que concierne a la tramitación del recurso, a que se atiene el opositor para combatir el cargo: al de hecho o al de derecho? Y el Juez en casación, qué rumbo sigue? Los dos? Imposible. El uno o el otro? No habría razón para seguir éste y descartar aquél".

La Corte en estos casos ha interpretado con amplitud el cargo, para desentrañar el verdadero sentido del error, con fundamento en su desarrollo, y referirse en consecuencia, a las dos especies o a una sola.

3º—He aquí la estimación que el Tribunal hace de al prueba testimonial a que se refieren los cargos:

"Estudiadas una a una las declaraciones primeramente relacionadas y comparándolas con éstas, se concluye que todos hacen relación al punto controvertido formando en su conjunto un haz

probatorio suficiente para presumir que las cosas pasaron como las narran los testigos, con la diferencia sí de que el primer grupo de declarantes hace alusión a su vida pretérita y los últimos a sus finales días, como se verá en seguida.

"Según se desprende de sus exposiciones, ese primer grupo de declarantes tuvo oportunidad de vivir en permanente contacto con Donaciano, tanto en su vida del campo como en la del pueblo, fueron sus vecinos, conocieron a fondo sus negocios, su grado de cultura y su capacidad económica; algunos de ellos fueron sus trabajadores permanentes o asalariados o sus compañeros de empresa, le ayudaron en sus transacciones, intervinieron en la redacción y lectura a ruego suyo de letras, vales, recibos, documentos, etc., al tiempo que lo mantenían informado del contenido de la prensa con relación a los diarios sucesos del departamento y del país. Por manera que el dicho de estos testigos en cuanto tiende a comprobar el analfabetismo del señor Rodas, merece el más amplio crédito, analfabetismo que se encarga de confirmar su propia esposa señora de López, en las posiciones que absolvió en ambas instancias, al decir que cuando se casó 'él no sabía nada y yo le enseñé a leer y escribir, y en especial a firmar, pues cuando murió leía y escribía perfectamente'.

"De suerte que nada raro tiene que ante lo afirmado por aquellos testigos, los examinados a petición de la parte demandada se encarguen de manifestar lo contrario, toda vez que éstos se refieren a una época si no actual, por lo menos sí muy reciente. En comprobación de este aserto basta ver que el segundo grupo de testigos responde a las preguntas en forma más o menos mecánica, sin dar explicación de su dicho, y que casi todos ellos resultan acordes en afirmar que el testador Rodas ocupó, debido a su idoneidad, cargos delicados como el de Síndico Tesorero de la Parroquia de Barcelona. Si efectivamente el premencionado señor Rodas ese y otros cargos más (sic) y sabía perfectamente leer y escribir, ello ocurrió por el año de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) como puede verse del siguiente pasaje del testimonio del Presbítero Samuel Baena Hoyos, cura de dicho Corregimiento; "... 2º Conocí de trato, vista y comunicación al señor Donaciano Rodas y por ese conocimiento aseguro que dicho señor Donaciano Rodas desempeñó el delicado puesto de Síndico Tesorero de la Parroquia en virtud del Decreto Nº 800, emanado de la Vicaría General de la Diócesis de Manizales, con fecha cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve...".

"No obstante que el declarante Gabriel Giraldo (fs. 6), dice haber conocido a Donaciano por espacio de quince años, nótase sin embargo que al afirmar que éste sabía leer y escribir, alude a los cargos que desempeñó en el Corregimiento de Barcelona de Síndico Tesorero de la Parroquia y también de la Sociedad Urbanizadora del mismo caserío, que, como queda dicho, se refieren a los últimos años de su vida del causante.

"Todo indica que el mencionado señor Rodas fue llevado a ocupar los cargos públicos de que se ha hablado no tanto por su preparación intelectual o sus conocimientos, sino más bien por su probada corrección y hombría de bien".

4º—Se sigue de las insertas consideraciones:

a) Que en concepto del Tribunal los testigos de la parte actora se refieren "a la vida pretérita" del causante, en tanto que los de la demandada "a sus finales días";

b) Que los testigos del primer grupo tuvieron oportunidad de vivir en permanente contacto con el testador, que fueron sus vecinos, que conocieron sus negocios a fondo, su educación y cultura; que algunos fueron sus trabajadores y otros le redactaron y leyeron diversos recibos, documentos, prensa, etc.

c) Que los dichos testimonios sobre el analfabetismo del causante, "merecen el más amplio crédito"; y

d) Que el segundo grupo de testigos se refiere a otra época de la vida del testador, posterior a aquella que contempla el otro, y por tanto a la fecha del acto testamentario.

En relación con el error de hecho, estas apreciaciones no van contra la evidencia. Los reparos que el recurrente formula al respecto y la interpretación misma que hace de los diversos testimonios, pueden tener un apoyo general en el campo de la crítica de las pruebas, pero sin constituír lo que en casación es error de hecho manifiesto. Manifiesto es lo obvio, lo que directa, inmediata y necesariamente hiere los sentidos produciendo una percepción segura, cierta, inequívoca, que no admite otra, porque si la admite ya no es manifiesta. Sólo así recibe la ley un asunto de mero hecho en el dominio de la casación.

En cuanto al error de derecho, cuya alegación simultánea con el de hecho, es improcedente, como quedó expuesto, no se ve tampoco, individualizado, en la valoración del haz probatorio, por la elemental razón previa: el recurrente no cita los

preceptos legales infringidos sobre pruebas, sino sobre el fondo mismo del problema controvertido. La doctrina de la Corte no es constante acerca de si ello se requiere o no en materia de error de hecho; pero, en punto a error de derecho, ha sido muy clara en exigir el señalamiento de las disposiciones legales sobre pruebas, quebrantadas a causa de una valuación errónea de ellas. Esta especie de error parte de la presencia de determinado medio probatorio en autos; no se discute si existe o no en el proceso. Se trata de saber si el valor que le dió o le negó el sentenciador, está de acuerdo o no con los preceptos legales que precisamente definen los medios de prueba y les asignan un determinado valor. Allí es donde debe hallarse el error; allí es donde puede saberse si la valoración del fallo se ajusta o no a la ley. De lo contrario, no se trataría de error de derecho en la apreciación de la prueba: es en esta tarea en la que el juzgador acierta o se equivoca; mas, para saber esto es menester, necesariamente, enfrentar el valor que le asignó a la prueba y el que le dan los textos de la ley

Estos fueron los que en este caso no señaló el recurrente, de modo que es imposible conocer el por qué del error o de los errores de derecho alegados.

No se acogen, por tanto, los cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha quince (15) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario seguido por Honorio Rodas Jaramillo contra la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL ARRENDATARIO QUE CONSERVA EN SU PODER LA COSA ARRENDADA, EN VIRTUD DEL DERECHO DE RETENCION QUE LA SENTENCIA DE LANZAMIENTO LE RECONOCIO PARA GARANTIZARLE EL PAGO DE MEJORAS, NO PUEDE POR ESE SOLO HECHO DISFRUTAR DE LA DICHA COSA SIN PAGAR CANON ALGUNO; EL QUE, ADEMAS, NO SE REGIRA POR LO ESTIPULADO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO QUE YA HA FENECIDO

1—Aunque la sentencia proferida en juicio de lanzamiento haya facultado al arrendatario para conservar la cosa en su poder en tanto se le abonara el valor de las mejoras puestas por él en la cosa arrendada, es obvio que la protección de este derecho nunca puede conducir al desequilibrio de procurar enriquecimiento injusto en provecho del arrendatario y en menoscabo del arrenddor, como aparecería consumado si se entendiera que a título gratuito mantuviese el arrendatario el disfrute integral del objeto arrendado por todo el tiempo que durara su derecho de retención por mejoras.

La conmutariedad exige entonces que el arrendatario deba el equivalente del disfrute de aquello que fue el objeto propio del arrendamiento; como exige también que se le abone al arrendatario el valor de las mejoras a que se le reconoció derecho. Y no es el contrato, cuya vigencia ha fenecido, lo lo que invariablemente esté llamado a definir el valor de aquel disfrute, por comparación con el precio que en sus cláusulas se estipulara, puesto que expirado el contrato deja de ser ley para los contratantes, y el valor de aquel disfrute extracontractual es materia susceptible de estimación en dinero de acuerdo con los cursos de alzas y bajas en las rentas de las propiedades.

2—En las hipótesis generales del derecho de retención y para los efectos de las prestaciones mutuas, es indispensable demostrar en concepto el enriquecimiento experimentado por el beneficiario de tal derecho a consecuencia del disfrute del objeto retenido, para que haya lugar a la correspondiente compensación, ya que el enriquecimiento de que se trata no emana de la retención sino de los hechos que configuran el dicho enriquecimiento indebido, desde luego que, en general, bien puede suceder que la retención no produzca el enriquecimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Con fecha 2 de marzo de 1941 Francisco Castillo recibió en arrendamiento del doctor Carlos Navarro M., y otro, por el término de seis meses y a razón de $ 20 mensuales, un solar ubicado en la Calle 13, número 30-45 de esta ciudad. Y como el arrendador invocara y probara para pedir la restitución el vencimiento del respectivo plazo, obtuvo qeu el Juez 4º Municipal de Bogotá, por sentencia del 2 de agosto de 1946, decretara la entrega, sin perjuicio de conceder al demandado el derecho de retención sobre las mejoras hechas por él en la finca materia del juicio.

Con tales antecedentes, el doctor Navarro M., en su propio nombre y en representación del señor Roberto Ancízar, formuló demanda contra el señor Francisco Castillo para que se declarara:

"Que ni mi poderdante ni yo estamos obligados a pagar ninguna clase de mejoras al demandado por concepto de las que él pretende haber hecho, y cobra, en un lote de terreno situado en Bogotá, en la Calle 13, marcado antes en su puerta de entrada con el número 30-45 y hoy con dos puertas más sin número, comprendido dentro de estos linderos... "Que en subsidio y para el caso de que se declare que sí estamos obligados a pagar algunas mejoras, por su Juzgado se señale claramente cuál es esa mejora y cuál es su valor. Que se señale el valor del arrendamiento que de dicho lote debe pagarnos el demandado desde que ocupa el mencionado lote sin contrato, por haber fenecido el existente, hasta el día en que se nos entregue materialmente tal, o sea desde el 2 de

septiembre de 1941. Que si el demandado se opone se le condene en las costas de este juicio".

Reconvino Castillo en el sentido de pedir que los demandantes fuesen declarados en la obligación de pagarle mejoras por valor total de $ 10.000, para poder recuperar el terreno, como también que desde el 2 de agosto de 1946, en que se decretó el lanzamiento, no debe ni está obligado a pagar arrendamiento, por tratarse de un tenedor legal.

Desató la litis en primera instancia el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá en proveído de 20 de febrero de 1952, cuya parte resolutiva dice:

"Primero.—Declárase probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en la persona del demandante Roberto Ancízar, propuesta por el demandado.

"Segundo.—Declárase probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el demandado, y en consecuencia, se niega la petición principal de la demanda.

"Tercero.—Declárase probada la petición subsidiaria de la demanda, y como consecuencia, se señala como mejoras, las determinadas en la diligencia de inspección ocular practicada con fecha cinco de junio de mil novecientos cincuenta, y su valor el señalado de común acuerdo por los peritos, o sea la cantidad de nueve mil ochocientos trece pesos con cincuenta y seis centavos ($ 9.813,56).

"Cuarto.—No se hace la declaración segunda subsidiaria de la demanda, respecto del valor de los arrendamientos del lote, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Quinto.—No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención.

"Sin costas".

Ambas partes apelaron, y surtida la tramitación de la segunda instancia, el Tribunal Superior, en fecha 6 de noviembre de 1952, decidió así:

"Revócase el ordinal 4º de la sentencia apelada, y en su lugar se declara:

"1º—Que el demandado Francisco Castillo debe al doctor Carlos Navarro por concepto de frutos civiles no percibidos en relación con el lote número 30-45 de la Calle 13 de esta ciudad, alinderado como aparece en el libelo de la demanda principal, y en el lapso comprendido entre el 2 de septiembre de 1941 y el día de la entrega de tal bien al doctor Navarro, la suma que resulte de los siguientes cómputos, según el dictamen pericial: del día 2 de septiembre de 1941 fecha de la terminación del contrato de arrendamiento, hasta el 30 de junio de 1945 a razón de $ 110 mensuales; y de esta última fecha hasta el día de la entrega, a razón de $ 160 mensuales.

"2º—Confírmase la sentencia recurrida en todo lo demás.

"Las costas del recurso a cargo del demandado Francisco Castillo".

El recurso de casación interpuesto por la parte demandada invoca la causal 1ª, y formula dos cargos que en el fondo son uno solo, consistente en violación de normas sustantivas a consecuencia de error manifiesto de hecho en que incurriera el sentenciador al apreciar varias pruebas:

Sostiene la demanda que al fallar el Tribunal de acuerdo con la súplica dirigida a obtener el pago del valor del arrendamiento del solar desde cuando venció el contrato en 2 de septiembre de 1941 y hasta el día de la restitución, según se determina en el juicio, dejó de apreciar "la copia auténtica del documento en el cual constó el contrato de arrendamiento, llevada al expediente por el propio actor, al contestar la demanda de reconvención, la cual obra a los folios 27 y 28 del cuaderno principal", y también "la copia auténtica de la diligencia de absolución de posiciones, presentada por el doctor Navarro junto con la demanda".

De ahí deduce que como en el contrato se estipuló el precio mensual de arrendamiento en $ 20, pagadero por todo el tiempo en que el arrendatario tuviese la finca en su poder, y por cuanto, además, vencidos los seis meses del plazo convenido, las partes ejecutaron el contrato a razón de los mismos $ 20 mensuales, hasta el dos de marzo de 1944, según lo confiesa Navarro al formular posiciones a Castillo, el sentenciador, "al condenar a Castillo a pagar una renta, no en la forma contractual, sino como la señalaron los peritos, dejó de apreciar la prueba documental y la confesión, cada una de las cuales es por sí sola plena prueba del contrato".

El error manifiesto de hecho en que así incurriera el Tribunal, le condujo, en sentir del recurrente, a violar los artículos 343, 604, 606, 637 del Código Judicial y 1.761 del Código Civil, sobre el deber de declarar probadas las excepciones perentorias, aunque no se aleguen, y sobre el valor probatorio de la confesión y de los instrumentos privados; así como también a violar los

artículos 2001, 1602, 1625, 1626, 1757, 1620 y 1622 del Código Civil.

Se considera:

La posición jurídica de las partes comprometidas en el presente litigio emana de la sentencia pronunciada por el Juez 4º Civil Municipal de Bogotá el 2 de agosto de 1946. Encontró acreditada de manera indudable como causal para decretar la restitución del inmueble arrendado, el hecho de haber vencido el término señalado para la duración del contrato, pero a la vez reconoció en favor del arrendatario el derecho de retención sobre las mejoras que detalla la diligencia de inspección ocular practicada en el proceso de lanzamiento.

La orden de restitución significa que al tiempo en que fue demandada existía el hecho generador de la súplica judicialmente admitida, esto es que ya había terminado el contrato de arrendamiento: expirada su vigencia, se predicaba la orden de restitución. Y si la sentencia facultó al arrendatario para conservar la cosa en su poder en tanto se le abonara el valor de las mejoras, es obvio que la protección de este derecho nunca puede conducir al desequilibrio de procurar enriquecimiento injusto en provecho del arrendatario y en menoscabo del arrendador, como aparecería consumado si se entendiera que a título gratuito mantuviese el arrendatario el disfrute integral del objeto arrendado por todo el tiempo que durara su derecho de retención por mejoras.

La conmutariedad exige entonces que el arrendatario deba el equivalente del disfrute de aquello que fue el objeto propio del arrendamiento: el solar sin las mejoras, en el caso de autos. Como exige también que se le abone al arrendatario el valor de las mejoras a que se le reconoció derecho. Y no es el contrato, cuya vigencia ha fenecido, lo que invariablemente esté llamado a definir el valor de aquel disfrute, por comparación con el precio que en sus cláusulas se estipulara, puesto que expirado el contrato deja de ser ley para los contratantes, y el valor de aquel disfrute extracontractual es materia susceptible de estimación en dinero de acuerdo con los cursos de alzas y bajas en las rentas de las propiedades.

No habría podido el sentenciador, sin incurrir en grave equivocación, darle vigencia entre las partes a un contrato ya terminado, y entender, como lo expresa el recurrente, que la estipulación de $ 20 mensuales por el arrendamiento rige hasta que cese el derecho de retención concedido al arrendatario. Ello implicaría desconocer el sentido obvio de la sentencia de lanzamiento por terminación del contrato, ineficaz para el futuro. El documento que contiene el arrendamiento no prueba más allá del día a que alcanzó su vigencia, y el desconocimiento de este hecho sí habría constituído error dirimente del juicio en que así se inspirara el sentenciador.

Por lo demás, en las hipótesis generales del derecho de retención y para los efectos de las prestaciones mutuas, es indispensable demostrar en concreto el enriquecimiento experimentado por el beneficiario de tal derecho a consecuencia del disfrute del objeto retenido, para que haya lugar a la correspondiente compensación, ya que el enriquecimiento de que se trata no emana de la retención sino de los hechos que configuran el dicho enriquecimiento indebido, desde luego que, en general, bien puede suceder que la retención no produzca el enriquecimiento. Por ello en cada caso deben probarse los elementos que lo integran, que, en síntesis son a saber: 1) Enriquecimiento de una parte;)2 Empobrecimiento de la otra; 3) Que sea injusto o sin causa; 4) Que la acción sea subsidiaria; y 5) Que no se vaya contra la ley.

No aparece fundado el primer aspecto del cargo expuesto en la demanda de casación, o sea por manifiesto error de hecho en la apreciación de las cláusulas del contrato de arrendamiento.

En lo que hace a la diligencia de absolución de posiciones por Castillo, a petición del demandante Navarro, se encuentra que con fecha 17 de mayo de 1949 éste último afirma haber recibido de Castillo hasta el día primero de marzo de 1944 la suma de $ 20 mensuales por concepto de "arrendamiento" del solar que fue objeto del contrato. Así aparece con toda claridad en las posiciones 6ª y 7ª Es a saber:

Sexta.—"Es verdad que hasta el día 1º de marzo de 1944 usted estuvo pagando un arrendamiento de $ 20 mensuales? —Contestó: Es cierto y aclaro: Que al Dr. Navarro sí le estuve pagando dicho arrendamiento, porque él le compró a quien me arrendó a mí".

Séptima.—"Es verdad que desde el día 2 de marzo de 1944 usted no volvió a pagar arrendamiento ninguno por dicho lote por no haberse fijado canon después de terminado el contrato de arrendamiento? —Contestó: Es cierto que no he

vuelto a pagar el arrendamiento, porque hubo un pleito el cual gané y el Dr. Navarro está comprometido o sentenciado por el Juzgado a pagarme la suma de $ 8.000, y la sentencia dice: 'Pague el Dr. Navarro al señor Francisco Castillo la suma de $ 8.000 y el señor Castillo retenga la finca hasta cuando se verifique el pago".

Sin embargo, cuando el Tribunal entró a estimar las prestaciones mutuas dijo:

"Consiguientemente, los frutos deducibles y compensables a favor del propietario del predio mejorado, solamente pueden incidir sobre su producido, abstracción hecha del de las mejoras.

"Luego para el caso concreto de estos autos, la fijación que se solicita en esta segunda petición principal, equivale a los frutos civiles del lote sin edificaciones, que debe Castillo a Navarro, a razón, de acuerdo con la estimación pericial, que se halla debidamente fundada y especificada, de $ 110 mensuales en el lapso comprendido entre el 2 de septiembre de 1941, fecha de la terminación del arriendo, y el último de junio de 1945, y de esta fecha en adelante hasta el día de la restitución a razón de $ 160 mensuales, como así se declara para los efectos de las compensaciones a que haya lugar entre mejoras y frutos".

Y así, es evidente que el sentenciador olvidó el reconocimiento hecho por el Dr. Navarro de haber recibido $ 20 mensuales, imputables al disfrute del solar desde el 2 de septiembre de 1941 hasta el 1º de marzo de 1944, por lo que deben esos $ 20 deducirse de los $ 110 mensuales señalados en la peritación que sirvió al Tribunal para el cómputo de frutos.

Hecha la corrección, el demandado Castillo debe al demandante Navarro por concepto de frutos civiles no percibidos en el lapso contado desde el 2 de septiembre de 1941 hasta el día en que se verifique la entrega del inmueble al demandante Navarro, la suma que resulte de estos cómputos:

Del 2 de septiembre de 1941 hasta el 1º de marzo de 1944, a razón de $ 90 mensuales.

Del 2 de marzo de 1944 hasta el 30 de junio de 1945, a razón de $ 110 mensuales.

Del 30 de junio de 1945 hasta el día de la entrega, a razón de $ 160 mensuales.

Prospera el cargo por este aspecto, y para corregir el error se casa el fallo de segundo grado. Para mayor claridad se reproduce de las sentencias del Juez y del Tribunal lo que no fue tocado en el recurso.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 6 de noviembre de 1952 y en su lugar,

Resuelve:

Primero.—Declárase probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en la persona del demandante Roberto Ancízar, propuesta por el demandado.

Segundo.—Declárase probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el demandado, y en consecuencia, se niega la petición principal de la demanda.

Tercero.—Declárase probada la petición subsidiaria de la demanda, y como consecuencia, se señala como mejoras, las determinadas en la diligencia de inspección ocular practicada con fecha cinco de junio de mil novecientos cincuenta, y su valor el señalado de común acuerdo por los peritos, o sea, la cantidad de nueve mil ochocientos trece pesos con cincuenta y seis centavos ($ 9.813,56).

Cuarto.—El demandado Francisco Castillo debe al doctor Carlos Navarro por concepto de frutos civiles no percibidos en relación con el solar Nº 30-45 de la Calle 13 de esta ciudad, alinderado como aparece en la demanda principal, la suma que resulte de los siguientes cómputos:

Del 2 de septiembre de 1941 hasta el 1º de marzo de 1944, a razón de $ 90 mensuales.

Del 2 de marzo de 1944 hasta el 30 de junio de 1945, a razón de $ 110 mensuales.

Y del 30 de junio de 1945 hasta el día de la entrega, a razón de $ 160 mensuales.

Quinto.—No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención.

Sexto.—Sin costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ES ABSOLUTAMENTE INCONDUCENTE EL CARGO EN CASACION QUE NO SE DIRIGE A IMPUGNAR LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO RECURRIDO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a dieciocho de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes:

Aristóbulo Santacruz, Aurora, María Dominga y Florencia Arteaga, por medio de apoderado, demandaron, ante el Juez del Circuito de Girardot, la partición material de los bienes que se les adjudicaron, en común, en el juicio de sucesión de Jacinto Arteaga, protocolizado por escritura pública número 381 de 26 de marzo de 1951, de la Notaría de Girardot. Fueron señalados como demandados, en calidad de comuneros, Abelardo Bermúdez y Florencio Arteaga.

Con la demanda se presentaron los documentos a que se refiere el artículo 1135 del Código Judicial.

La demanda fue admitida y notificada a Abelardo Bermúdez; no se notificó a Florencio Arteaga porque éste confirió poder al mismo apoderado de los demandantes, para demandar la partición. Quedó, en consecuencia, como único demandado, Abelardo Bermúdez, quien se opuso a las pretensiones de los demandantes con fundamento en el hecho de no ser comunero sino dueño exclusivo y poseedor de los bienes cuya partición se demandó. Expresó, en la contestación de la demanda, que tales bienes le fueron adjudicados en los juicios de sucesión acumulados de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla de Arteaga, protocolizados en la Notaría de Girardot por escritura número 42 de 14 de enero de 1950, que presentó en copia autenticada.

Surtida la tramitación correspondiente, el Juzgado, en providencia de 5 de diciembre de 1951, resolvió no admitir la oposición formulada por el demandado y decretar la partición material solicitada.

Este auto quedó ejecutoriado, por no haberse interpuesto contra él ningún recurso.

El partidor designado por el Juzgado presentó su trabajo, que fue objetado, dentro del término legal, por el apoderado de Bermúdez.

Se fundan las objeciones en el hecho de ser Bermúdez, no comunero sino dueño exclusivo, poseedor inscrito y material de los bienes a que se refiere la partición.

El Juzgado declaró infundadas las objeciones y, en consecuencia, aprobó la partición en sentencia de 15 de enero de 1953.

Después de transcribir el memorial de objeciones, dice el Juzgado:

"Como se ve, a la simple lectura del memorial transcrito, los argumentos sustentantes de las objeciones propuestas, se enderezan concretamente a atacar en el fondo la acción divisoria intentada por medio del presente juicio, acción ésta que desde el punto de vista jurídico-legal, quedó definida con el pronunciamiento de la providencia que decretó la partición demandada entre quienes concurrieron a este juicio en su condición de comuneros, ya como demandantes, ya como demandados, providencia que recibió el sello de su ejecutoria, por no haberse interpuesto contra ella recurso alguno, constituyendo por ende, por sí y ante sí, una situación y ley procesal inmodificable dentro de estos mismos autos, con aquiescencia tácita del propio demandado, señor Abelardo Bermúdez".

Apelado por el demandado este fallo, fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 6 de abril de 1953, contra la cual se interpuso recurso de casación.

La sentencia acusada

El sentenciador, después de relatar los antecedentes del juicio, expone:

"Planteada así la cuestión que se somete a la decisión del Tribunal, por medio del recurso de alzada, se encuentra en primer lugar un problema de orden procesal que debe resolverse previamente.

"Es evidente que el juicio divisorio no se desata o resuelve simplemente con el decreto de división del bien común, sino con la sentencia

aprobatoria de la partición que finaliza el estado de comunidad y radica en cabeza de cada comunero el derecho de dominio sobre un cuerpo cierto. Pero si esto es así, también lo es que este juicio especial se rige por el mismo sistema preclusivo que gobierna todo el procedimiento colombiano, cuyas etapas sucesivas indican la actividad judicial que puede desarrollarse en cada una de ellas, dentro del conjunto llamado juicio o proceso, hasta alcanzar su finalidad.

"El art. 1135 del C. J,. dispone, que el actor debe acompañar a su libelo de demanda la prueba de que es comunero, que si consiste en un título registrado, ha de ser completada con el certificado del Registrador de instrumentos públicos sobre la suficiencia de él. Si el demandado se opone a la división, o a que ésta se haga en la forma demandada, el juicio se abre a prueba por un término de diez días, vencido el cual el juez decide si decreta la división en la forma pedida, o en otra distinta, o si la niega.

"Estas disposiciones están indicando de una manera clara y terminante, que la oportunidad en que puede controvertirse el derecho que tenga el comunero demandante sobre el bien objeto del pleito, precluye con la providencia que decreta la división pedida, o la modifica o la deniega, pues quien se opone a la acción ha tenido la amplitud necesaria para demostrar su derecho sobre el bien, o desvirtuar el que pretenda el demandante. Interpretar en sentido contrario las normas rituales de esta etapa del juicio, equivaldría a sostener que el ordenamiento legal de los procesos puede variarse a voluntad de las partes, lo cual significaría la inestabilidad y la inseguridad de los derechos de los asociados, y rompería el orden social y jurídico reglamentado en la legislación.

"Por eso tiene razón el juez de la causa al sostener, que la providencia que decretó la partición selló la posibilidad de admitir debates sobre los títulos de propiedad que tengan las partes sobre el inmueble, y que ahora solamente pueden discutirse las formas de la partición. En nada contradice este aserto del Juez, a la bien tildada exposición que hace el recurrente sobre los alcances de la providencia que decreta la partición, que no son los de una sentencia definitiva, porque no recaen sobre la partición material misma que es el objeto y fin de este juicio especial.

"Estas razones de orden procesal tienen su expresión en la jurisprudencia reiterada y bien sabida, de que dentro del incidente de objeciones a la partición, solamente caben los reparos que haya que hacer al trabajo del partidor, cuando él se aparta de las pautas trazadas por la ley (art. 1394 c. c.), las cuales se basan ante todo en principios de equidad y equivalencia en las adjudicaciones por razón de la calidad y valor de las especies, pero en manera alguna pueden tenerse en cuenta ni resolverse los problemas relativos al derecho mismo a la partición que tengan las partes".

El recurso

La demanda de casación no ataca los fundamentos del fallo acusado. Ninguna consideración hace, en relación con ellos, el recurrente. La acusación aparece hecha por los siguientes extremos:

Primero.—Violación de los artículos 17, 765 y 1405 del Código Civil, por no haberle reconocido el Tribnal ningún valor a la sentencia aprobatoria de la adjudicación hecha a Bermúdez en los juicios de sucesión de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla de Arteaga.

Segundo.—Violación de los artículos 764 y 740 del Código Civil, por no haber reconocido el Tribunal al demandado como dueño exclusivo de los bienes a que se refiere la partición, de acuerdo con los títulos presentados.

Tercero.—Violación de los artículos 1374, 752 y 1388 del Código Civil, y 1135 del Código Judicial, por haber reconocido el sentenciador como comuneros a los demandantes sin serlo.

Cuarto.—Violación de los artículos 1757, 1758 y 1759 del Código Civil, 630, 635 y 722 del Código Judicial, por no haber apreciado el Tribunal los documentos que comprueban el hecho de ser el demandado único dueño de los bienes.

Vistos los fundamentos de la sentencia recurrida y la demanda de casación, encuentra la Corte que todos los cargos expuestos en ésta son absolutamente inconducentes, ya que ninguno de ellos se dirige a impugnar aquellos fundamentos.

La sentencia acusada, según aparece en la transcripción que se ha hecho, expone que las objeciones se refieren a cuestiones que han debido ser tratadas y decididas en otra oportunidad, y por tal motivo se abstiene de estudiarlas.

El recurrente, en vez de tratar de refutar los

considerandos del fallo, se limita a acusarlo por violación de disposiciones legales que se relacionan con el fondo mismo de las objeciones que el Tribunal se abstuvo de considerar.

Lo expuesto es suficiente para desechar los cargos sin necesidad de entrar a analizar si, por otros aspectos, la demanda de casación cumple con los requisitos legales.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de Bogotá.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres. — Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA DEMANDA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO, NO SUPLE LA FALTA DE REQUERIMIENTO JUDICIAL, CUANDO EL ES NECESARIO PARA CONSTITUIR EN MORA AL DEUDOR

1—La declaración de un apoderado judicial no autorizado especialmente para confesar, contenida en escritos diferentes de los citados en el artículo 607 del Código Judicial, sólo podrá, a lo más, constituír un elemento probatorio, en cuya apreciación goza de libertad el sentenciador; apreciación que, por tanto, no es susceptible de censura en casación.

2—El error consistente en no haber apreciado el Tribunal una prueba por no haberse percatado de su existencia en los autos, no es error de derecho, sino de hecho.

3—Una obligación convencional a día cierto pero indeterminado, o sea que ha de llegar pero no se saben cuándo, es obligación a plazo, a diferencia de lo que ocurre en la asignación testamentaria desde día cierto pero indeterminado, que lleva envuelta la condición de existir el asignatario en ese día (artículo 1143 del Código Civil) y se considera, por esto, como condicional.

4—Al faltar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que, por el contrario, desaparece o se extingue.

5—Cuando se requiera la reconvención judicial, ella 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 en mora, y sólo cuando esto aparezca acreditado podrá decretarse la resolución, pues una sentencia únicamente puede referirse al estado de cosas existente en el momento de intentarse la demanda; la cual no suple, por consiguiente, el requerimiento de que trata el artículo 1608, numeral 3º, del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a dieciocho de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes:

1.—Por medio de la escritura número 54 de 10 de enero de 1.947 de la Notaría Quinta de Bogotá, la Cooperativa de Empleados de la Contraloría General de la República, Limitada, vendió a Carlos Eduardo Gutiérrez Anzola un bien inmueble que aparece descrito en las cláusulas primera y segunda de la mencionada escritura.

Consta en la cláusula quinta que el precio estipulado fue de $ 17.048,35, de los cuales la vendedora declara recibidos $ 3.021,81, "quedando a cargo del comprador la suma de $ 13.846,54 que el comprador se compromete a pagar a la entidad vendedora una vez que efectúe una hipoteca por igual suma en el Banco Central Hipotecario de esta ciudad". Expresa la cláusula sexta "que en caso de que el Banco Central Hipotecario no prestare la cantidad suficiente para cubrir el saldo que adeude el comprador a la Cooperativa de Empleados de la Contraloría General de la República Ltda., éste se compromete a asegurar por medio de una segunda (2) hipoteca dicho saldo a la entidad vendedora, junto con los intereses respectivos del seis por ciento (6%) anual a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos cuarenta y siete (1.947). Presente el comprador, "declaró que tiene recibida a su entera satisfacción la finca mencionada atrás y que acepta en todas sus partes las obligaciones que le impone el presente instrumento, como son las de hacer hipoteca de primer grado al Banco Central para pagar a la entidad vendedora la suma de trece mil ochocientos cuarenta y seis pesos con cincuenta y cuatro centavos moneda corriente ($ 13.846.54) y que en caso de que el mencionado establecimiento Bancario no prestare la suma suficiente para cubrir el crédito, en el curso de los treinta días siguientes hará a la Cooperativa una segunda hipoteca, si antes no puede cancelarse en otra forma la suma que salga a adeudarle".

2.—Con fundamento en el hecho de no haber dado cumplimiento el comprador a las obligaciones contraídas, la Cooperativa de Empleados de la Contraloría General de la República Limitada lo demandó ante el Juez del Circuito de Bogo-

tá, para que se declarara resuelto el contrato de compraventa y se condenara al reo a la indemnización de perjuicios, lo mismo que a la restitución del inmueble, con los respectivos frutos.

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor. Acompañó a la contestación de la demanda un recibo por novecientos noventa y siete pesos con noventa y siete centavos, suma que pagó a la Cooperativa a buena cuenta del precio el día primero de febrero de 1.947.

3.—Durante el término de prueba, el gerente del Banco Central Hipotecario certificó que "el señor Gutiérrez Anzola presentó una solicitud al Banco en enero de 1947, la cual fue aprobada hasta por $ 11.000 previos los estudios del caso. En vista de que no adelantaban en este negocio y que el Banco no puede estar indefinidamente esperando con cupos abiertos, el 9 de diciembre de 1.948 se le pasó una comunicación al señor Gutiérrez Anzola manifestándole que si el 20 del mismo mes de diciembre de 1948, es decir, casi dos años después de presentada la solicitud, no quedaba perfeccionado este negocio, quedaría cancelado para adjudicar ese cupo a otros peticionarios que sí tenían interés en adelantar rápidamente sus negocios y como tampoco fue atendida esa comunicación, desde entonces quedó cancelado ese negocio por parte del Banco". (C. Nº 2, f. 3º).

4.—Denegó el Juzgado las peticiones de la demanda, en sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Expresa, en síntesis, el sentenciador de segunda instancia:

"Que el pago de $ 13.846.54 no quedó sometido a un plazo definido, sino a un suceso contingente, cual era la constitución de una hipoteca sobre el inmueble objeto del negocio por parte del comprador y en favor del Banco Central Hipotecario, cubriendo el saldo con el dinero que se obtuviera en préstamo, sin aparecer término concreto para tales diligencias, o sea que, se trata de una condición positiva mixta, ya que dependía en parte de la voluntad del establecimiento bancario en conceder el préstamo y en parte del querer del señor Gutiérrez en suscribir la escritura constitutiva del gravamen";

Que en el contrato no se fijó término para efectuar la hipoteca en favor del Banco Central Hipotecario y para cubrir el saldo del precio y que, en consecuencia, para constituir en mora al comprador era necesario reconvenirlo judicialmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1608, numeral 3º, del Código Judicial:

Que, por otra parte, no puede decirse que exista plazo tácito, ya que no se sabe cuanto tiempo puede demandar el cumplimiento de las diligencias o gestiones necesarias para perfeccionar el préstamo con garantía hipotecaria previsto en el contrato de compraventa;

Que el certificado del Banco Central Hipotecario a que se hizo referencia, no es plena prueba sobre el hecho de que el gravamen hipotecario no se constituyó debido a la actuación culpable del demandado, porque el gerente del Banco no tiene el carácter de funcionario público, siendo de advertir, además que, para ser testimonio, le hace falta el juramento, fuera de que no aparece comprobada la calidad de gerente de quien firma el certificado. En consecuencia, tal certificado es simple indicio, no necesario y que no presenta los caracteres de precisión y gravedad suficientes para formar plena prueba.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, recurso que fundó oportunamente, y sobre el cual la Corte pasa a decidir.

La casación

5.—Con base en la causal primera, acusa el recurrente la sentencia de que se trata por varios extremos:

Primero.—Dice el recurrente que el Tribunal incurre en error de derecho por no haber apreciado la confesión contenida en el siguiente paso del alegato presentado al Juzgado por el apoderado del demandado: "No obstante, Gutiérrez sí hizo la solicitud de préstamo al Banco pero éste sólo lo concedió por una suma muchísimo menor y en cédulas con descuento del 20%, condiciones a todas luces inaceptables para mi mandante". Señala como disposición sustantiva violada, a consecuencia de tal error, la del artículo 1537 del C. C., en los términos siguientes: "Así las cosas, se violó directamente el artículo 1537 del Código Civil por no haber sido aplicado, ya que no aceptando el demandado hipotecar el inmueble comprado, falló la condición casual impuesta por haber sido imposible su cumplimiento; luego, conforme a la norma citada debe considerarse la obligación como pura y simple, por falla o falta de la modalidad citada. Todo lo expuesto influyó en la absolución del demandado, pues fue absuelto como sujeto de obligación condicional pendiente debiendo ser condenado como obligado pura y simplemente a favor de mi poderdante".

La Corte considera:

A) Cuanto al error de derecho que se le atribuye al fallo:

Que según lo dispuesto en el artículo 607 del Código Judicial, "la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y de excepciones y de las respuestas correlativas";

Que no consta que el apoderado judicial del demandado haya recibido autorización de su poderdante para confesar y que tal autorización no se presume, ya que la manifestación de que se trata aparece hecha, no en la contestación de la demanda ni en escrito de excepciones, sino en un alegato de conclusión;

Que la declaración de un apoderado judicial, no autorizado especialmente para confesar, contenida en escritos diferentes de los citados en el artículo 607 del Código Judicial, sólo podría, a lo más, constituir un elemento probatorio, en cuya apreciación goza de libertad el sentenciador, apreciación que, por tanto, no es susceptible de censura en casación;

Que, por otra parte, el error consistente en no haber apreciado el Tribunal una prueba por no haberse percatado de su existencia en lo autos, no es error de derecho sino de hecho.

B) Cuanto a la pretendida violación del artículo 1537 del Código Civil:

Que una obligación convencional a día cierto pero indeterminado, o sea que ha de llegar pero no se sabe cuándo, es obligación a plazo, a diferencia de lo que ocurre en la asignación testamentaria desde día cierto pero indeterminado, que lleva envuelta la condición de existir el asignatario en ese día (artículo 1143 del Código Civil) y se considera, por esto, como condicional,

Que la obligación del comprador sobre pago de una parte del precio, señalada en las cláusulas antes transcritas del contrato a que se refiere el juicio, no es, como lo cree el recurrente, una obligación condicional sino una obligación a día cierto pero indeterminado, es decir, una obligación a plazo. En efecto: las referidas cláusulas, de no muy afortunada redacción, simplemente significan que el comprador pagará el saldo del precio cuando le sea posible obtener la suma de dinero necesaria, mediante un préstamo con garantía hipotecaria; no entendieron las partes que la obligación de pagar el precio pudiera depender de la voluntad del deudor o de la voluntad de un tercero;

Que, en consecuencia, no es pertinente la cita del artículo 1537 del Código Civil, como violado por el sentenciador, ya que en el supuesto de que el comprador no hubiera querido constituír el gravamen hipotecario previsto en el contrato, esto no significaría que se estuviera en presencia de una condición fallida;

Que, por otra parte, al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, como lo cree el recurrente, sino que, por el contrario, desaparece o se extingue.

Visto lo anterior, se desecha el cargo.

Segundo.—Considera el recurrente que el Tribunal viola, por interpretación errónea, la disposición del ordinal 3º del artículo 1608 del Código Civil al estimar que la demanda de resolución no constituye la reconvención judicial de que trata el citado texto legal.

Sobre lo cual se observa:

Que la acción resolutoria establecida en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil sólo puede prosperar cuando el comprador esté en mora en el cumplimiento de sus obligaciones;

Que el deudor, si no se ha fijado término para el cumplimiento de la obligación o si no se trata de cosa que no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla, sólo queda constituído en mora cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor (artículo 1608, ordinal 3º, del C. C.);

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 constituído en mora, y sólo cuando esto aparezca acreditado puede decretarse la resolución, pues una sentencia únicamente puede referirse al estado de cosas existente en el momento de intentarse la demanda;

Que, por tanto, la demanda de resolución no suple el requerimiento de que trata el artículo 1608, numeral 3º, del Código Civil.

Sobre este punto ha sido constante la doctrina de la Corte (Casación, 11 de noviembre de 1912, G. J. Nº 1105, pág. 120; 21 de mayo de 1924, G. J. Tomo XXX; 19 de mayo de 1928, G. J. Tomo XXXV; 21 de abril de 1939, G. J. Nº 1947, página 59).

En el último de los fallos citados se lee: "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 de menos, con el alcance exceptivo anotado. Pero al respecto no

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 al 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 constituído en mora el comprador. Así lo requiere el artículo 1930 citado. Y como ya se vió también, no puede en el presente caso reputarse al comprador constituído en mora ya para cuando se formuló y se le notificó la demanda inicial de este pleito".

..Tercero.—En concepto del recurrente, el sentenciador incurre en error de derecho en la apreciación del certificado del Banco, al expresar que no puede estimarse por no estar acreditada la calidad de gerente de quien lo firma. Esto constituye interpretación errónea del artículo 104 de la Ley 45 de 1923, que sólo se refiere a bancos particulares pero no a entidades de creación legal como es el caso del Banco Central Hipotecario. Por tanto, el fallo viola, por falta de aplicación, el artículo 1537 del Código Civil.

A lo que se observa que siendo el Banco Central Hipotecario un establecimiento de creación legal, como lo dice el recurrente, puede darse por demostrada su existencia sin necesidad de certificado de la Superintendencia Bancaria al respecto; no así la calidad de gerente del Banco que pueda tener una persona, circunstancia ésta que sí requiere ser comprobada. A lo dicho se añade que no es éste el único motivo expuesto por el Tribunal para negarle al certificado del Banco el carácter de plena prueba, fuera de que, como ya se explicó, la disposición sustantiva citada por el recurrente no pudo ser violada por el Tribunal.

Cuarto y quinto.—Expone el recurrente que al decidir el fallo acusado que el certificado del Banco no es plena prueba conforme al artículo 632 del Código Judicial por no tener el gerente de dicho Banco el carácter de funcionario público, incurre en **error de derecho** consistente en "examinar el caso con normas referentes a documentos públicos y no con disposiciones sobre **confesión** que son las pertinentes". Considera además que dicho certificado es documento privado que debe tenerse por reconocido conforme al artículo 645 del Código Judicial. En consecuencia, el fallo, según el recurrente, viola esta disposición lo mismo que las de los artículos 604 y 606 del Código Judicial y 1537 del Código Civil.

En relación con el certificado del Banco, que el recurrente considera erróneamente apreciado, observa la Corte: no es **documento auténtico** por no ser proveniente de funcionario público; no es **confesión,** como equivocadamente lo cree el recurrente, porque no es **declaración de parte,** ya que el Banco no es parte en el litigio; no es testimonio, porque no es oral ni rendido bajo juramento; no es **documento privado,** porque en él no consta ninguna obligación a cargo de quien lo suscribe.

Es, por tanto, una prueba cuya estimación corresponde al fallador de instancia y no al de casación.

Por otra parte, ya se explicó por qué el Tribunal no pudo quebrantar la disposición del artículo 1537 del Código Civil.

Por lo expuesto, se desechan estos cargos.

Sexto.—Repite el recurrente que el Tribunal no apreció las confesiones del apoderado del demandado, en las instancias, sobre el hecho de no haber querido el demandado perfeccionar la operación de préstamo con garantía hipotecaria que el Banco estaba dispuesto a concederle.

Contra este cargo son suficientes las consideraciones hechas en relación con los cargos anteriores.

Séptimo.—El fallo viola directamente las disposiciones de los artículo 1537, 1542 y 1527 del Código Civil. A este respecto el recurrente se limita a decir que esta violación es consecuencia de lo expuesto en los cargos anteriores.

Como éstos no se encontraron fundados, no

hay objeto en hacer más consideraciones para rechazar la acusación de que se trata.

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 acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo. Secretario.

LA CONDICION DE HEREDEROS EN LOS DEMANDADOS EN JUICIO SOBRE FILIACION NATURAL CUANDO LA ACCION SE INTENTA DESPUES DE FALLECIDO EL PRESUNTO PADRE, NO ES CUESTION ATINENTE A LA CAPACIDAD PROCESAL, SINO QUE ES UNO DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA ACCION. —PRESUPUESTOS PROCESALES.— LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA NO ES EXCEPCION

1—Si el Juez no ha ejercido el poder de ordenar de oficio la corrección de una demanda que adolezca de vicios formales, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

La jurisprudencia nacional en casos como éstos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino se requiere uno de mucha gravedad, como en los citados por vía de ejemplo.

2—La LEGITIMATIO AD CAUSAM es cosa bien distinta de la LEGITIMATIO AD PROCESSUM: aquélla es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso, mientras que la última es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en juicio por sí mismo o por medio de otros: la primera es requisito indispensable para obtener sentencia favorable, mientras que la última es condición previa indispensable para que el juez pueda fallar en el fondo el negocio, en sentido favorable o desfavorable. La LEGITIMATIO AD CAUSAM es cuestión de fondo (MERITA CUSAE), mientras que la LEGITIMATIO AD PROCESSUM es cuestión de rito.

Cuando el juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación del actor o del demandado en la causa, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder de ella. El fallo produce entonces los efectos de la cosa juzgada SUSTANCIAL entre las partes, de tal manera que éstas no pueden volver a controvertir su mismo derecho en otro juicio, a menos que posteriormente surja un nuevo hecho que dé calidad a quien carecía de ella para estar legitimado en la causa (cesión, sucesión, etc.).

Cuando se declara la carencia de un presupuesto procesal, el juez no niega la existencia de la acción incoada. Simplemente decide que la acción, en caso de existir, no puede adelantarse en el proceso irregularmente iniciado. La decisión del juez que resuelve sólo sobre los presupuestos procesales no es favorable al actor o al demandado, y por eso no produce los efectos de la cosa juzgada SUSTANCIAL. Termina con el proceso anormalmente adelantado (produce cosa juzgada FORMAL, en ese proceso que concluye allí), pero las partes pueden hacer valer nuevamente su derecho en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallo de fondo.

Por consiguiente, cuando, *fallecido* el pre-

sunto padre natural, se ejercitan conjuntamente la acción de estado civil y la acción de petición de herencia, la condición de herederos en los demandados no es entonces una cuestión atinente a la capacidad procesal, como en algunos fallos de la Corte se ha considerado erradamente. No se trata entonces de un presupuesto procesal, sino de uno de los elementos estructurales de la acción.

3—En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona con respecto a otra. Estas pruebas son, bien las correspondientes actas del estado civil o las supletorias admitidas por la ley, para acreditar el parentesco entre el DE CUJUS y sus sucesores, o bien, la copia del correspondiente reconocimiento de herederos en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, diecinueve (19) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

I — Antecedentes:

Concepción Cleves, madre de la menor Ofelia Cleves, demandó por la vía ordinaria a Elena Angelina Castellanos Ortiz, Eva Castellanos Ortiz y Sara Castellanos de Saldaña, en su condición de herederas del doctor Alcides Castellanos, para que tal menor fuera reconocida judicialmente como hija natural de éste y heredera de mejor derecho.

La demanda inicial fue corregida en el sentido de dirigirla contra la sucesión del doctor Alcides Castellanos, representada por las citadas señoras, hermanas del causante.

El Juzgado Civil del Circuito del Espinal, ante quien se tramitó el juicio correspondiente, lo falló en sentencia de 30 de enero de 1951, declarando la filiación natural reclamada.

Este fallo fue apelado por la parte demandada.

III — Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Ibagué en sentencia del 16 de junio de 1952, revocó la de primera instancia y en su lugar se declaró inhibido para fallar sobre el contenido del litigio "reconociendo la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada".

El Tribunal consideró que no se había demostrado la calidad de herederas en las demandadas y que de consiguiente, faltando un presupuesto procesal no se podía decidir sobre las acciones incoadas.

Son consideraciones del Tribunal las siguientes:

"En el caso de autos y desde que se inició el juicio se ha formulado por la parte demandada que no tiene la personería o representación de la persona de la cual se pide el reconocimiento o declaración judicial de hija natural; es decir, que las demandadas, Eva, Angelina Castellanos Ortiz y Sara Castellanos de Saldaña, no representan o legitiman al causante Alcides Castellanos, ni a la sucesión de éste, si se considera para esta cuestión, como debe considerarse, la corrección de la demanda que hiciera el apoderado sustituto de Concepción Cleves quien demanda en representación de su hija Ofelia Cleves. Y aun cuando es verdad que el punto fue materia de excepciones dilatorias desestimadas, no por ello el Tribunal puede prescindir, porque como lo anotó esta misma superioridad, el punto es materia más bien de la sentencia definitiva, que es una simple excepción dilatoria, ya que solamente en aquélla es posible adelantar concepto definitivo sobre el interés sustantivo de las personas que como partes intervienen en un determinado litigio. En las excepciones dilatorias no se trata sino del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo; a diferencia de las excepciones perentoria, que se oponen a la sustancial de la acción para destruirla o suspenderla.

"Pero de que con la demanda no debe aparecer acreditada la legitimación pasiva, no se concluye que dicho elemento no es necesario en el proceso, porque además de constituir la personería sustantiva de las personas un elemento necesario en el proceso a fin de constituir regularmente la relación procesal, se hace indispensable que quien propone una demanda o la contradice, sea la persona que efectivamente puede hacerlo, o de quien puede obtenerse el derecho respectivo, a fin de que los litigios tengan la seriedad y firmeza necesarias que requiere el reconocimiento mismo del derecho. No sería aceptable una sentencia cuyos postulados, por falta [illegible] elementos necesarios del litigio, no tuvie-

ra la certeza y seriedad que los mismos en conflicto exigen.

"La personería de Eva Castellanos Ortiz, Angelina Castellanos Ortiz y Sara Castellanos de Saldaña con relación a la sucesión de Alcides Castellanos, objetivamente considerada, no aparece de autos. Y esa personería debe aparecer acreditada porque es un presupuesto procesal a fin de que pueda ser decretado el reconocimiento pedido y que éste surta sus efectos legales consiguientes; es decir para que pueda ser posible jurídicamente declarar o nó el derecho invocado en la demanda, como que si no aparece dicha personería, el poder jurisdiccional no puede hacer el pronunciamiento debido.

"Toda decisión judicial relativa a la legitimidad de la causa y a la consiguiente capacidad jurídica para ser parte en determinado litigio es cuestión fundamental que hace parte de lazo de instancia y que atañe como viene dicho anteriormente, a uno de los presupuestos procesales cuya definición constituye una decisión definitiva del negocio sub judice". (Casación, del 31 de mayo de 1943, G. J. Nº 1998).

"Hay pues inejecución de los preceptos que establecen los límites dentro de los cuales debe desarrollarse la actividad de decisión, o lo que es lo mismo en la constitución de la relación procesal y por este motivo el Tribunal no puede entrar a definir si en realidad Ofelia Cleves es hija natural de Alcides Castellanos y a reconocerle con ello los derechos postulados como consecuenciales de ese reconocimiento".

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte actora. Tramitado en forma legal, corresponde a la Sala decidir sobre la demanda de casación oportunamente formalizada ante la Corte.

III — El recurso

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente formula dos cargos que presenta así:

1º—"Violación por infracción directa del art. 593 del C. J. y por indebida aplicación del mismo; violación por infracsión directa del art. 607 inc. 2º, y del art. 608 de la misma obra, in fine, por cuanto no se aplicaron; ambas en concordancia con los artículos 472, 597 numeral 3º, 601, primera parte, 603 y 604 de la misma obra".

2º—"Violación de los artículos 329 y 343 del C. J., por indebida aplicación, y de los artículos 332 numeral 2º, 333 numeral 2º, 341 (éste por errónea interpretación) del C. J. y 403 del C. C., por infracción directa y errónea interpretación".

IV — Examen de los cargos

La acusación puede resumirse así:

El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al dejar de apreciar como pruebas de la calidad de herederas del doctor Alcides Castellanos, en las demandadas Elena Angelina Castellanos Ortiz, Eva Castellanos Ortiz y Sara Castellanos de Saldaña, los siguientes medios probatorios:

a) La confesión judicial hecha por el apoderado de las demandadas, quien al contestar la demanda aceptó que el doctor Alcides Castellanos había fallecido y que el juicio de sucesión se había abierto por petición de sus hermanas legítimas;

b) La confesión extrajudicial que resulta de la escritura Nº 30 de 31 de enero de 1948 extendida en la Notaría del Circuito del Espinal, por la cual Sara Castellanos de Saldaña, Elena Angelina Castellanos Ortiz y Eva Castellanos Ortiz dieron poder general al doctor Gumercindo Saldaña Castellanos, y en donde éstas expresan su carácter de únicas herederas del doctor Alcides Castellanos.

También considera el recurrente que el Tribunal violó la ley sustantiva al encontrar ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada en la falta de prueba de la representación, cuando sólo se trataba de una cuestión atinente a la personería adjetiva que ya había sido decidida dentro del juicio al fallar el incidente de excepciones dilatorias.

Se considera:

Antes de entrar en el examen concreto de los cargos, la Sala expone las siguientes consideraciones:

1 - Jurisprudencia sobre presupuestos procesales.

Desde el año de 1.936 la jurisprudencia de la Corte incorporó en la doctrina nacional la teoría de los presupuestos procesales, que como dice un procesalista colombiano "metodiza y facilita la administración de justicia" (Germán Orozco Ochoa, "Jurisprudencia del a Corte Suprema de Justicia", V, pág. 500). Pueden verse, entre otros, los siguientes fallos de casación:

Julio 9 de 1936, XLIV, Nos. 1914-1915, pág. 75; Octubre 2 de 1936, XLIV, Nº 1917, pág. 343; Julio 16 de 1937, XLV, Nº 1926, pág. 314; Noviem-

bre 25 de 1938, XLVII, Nº 1943, pág. 419; Diciembre 11 de 1940, L, Nº 1964, pág. 492; Diciembre 12 de 1940, L, Nº 1964, pág. 501; Mayo 31 de 1943, LV, Nos. 1990-99, pág. 529; Julio 26 de 1945, LIX, Nº 2022, pág. 389; Enero 31 de 1947, LXI, Nºs. 2042-2044, pág. 713; Mayo 12 de 1947, LXII, Nºs. 2048-2049, pág. 363; Septiembre 18 de 1949, LXIII, Nº 2053-2054, pág. 27; Septiembre 30 de 1947, LXIII, Nºs. 2053-2054, pág. 43; Agosto 16 de 1948, LXIV, Nºs. 2064-2065, pág. 711; Abril 20 de 1949, LXV, Nºs. 2070-2071, pág. 884; Agosto 4 de 1950, LXVII, Nº 2085-, pág. 757; Febrero 22 de 1952, LXXI, Nº 2110-2111, pág. 101 y 102.

2 - Conveniencia de fijar y precisar la doctrina.

La Sala estima que en cumplimiento de la altísima misión confiada a la Corte de crear derecho positivo unificando la jurisprudencia nacional, conviene fijar y precisar con la mayor nitidez la doctrina de los presupuestos procesales, porque encuentra que su aplicación por los jueces y tribunales y aún por la propia Corte, ha conducido con no poca frecuencia a errores y confusiones. Para lograr este propósito unificador se propone la Sala, en esta oportunidad, exponer ampliamente tal doctrina, teniendo en cuenta las conclusiones del derecho procesal moderno y los alcances de nuestra propia ley de procedimiento civil.

La trascendencia del sistema de los presupuestos procesales se comprende mejor si se advierte que él se funda en la propia garantía constitucional sobre normas de juzgamiento, consagrada en el artículo 26 de la Carta, conforme al cual nadie puede ser sentenciado, en materia penal o civil, sino conforme a leyes preexistentes, ante juez competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

3 - Concepto de los presupuestos procesales

Llámanse presupuestos procesales los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso.

Para obtener cualquier resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la acción incoada, deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, que son condiciones previas indispensables para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio.

El juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o nó los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el juez debe inhibirse de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal.

La falta de uno de tales requisitos constituye no una excepción perentoria de fondo, sino un impedimento procesal.

La intervención oficiosa del juez en el examen de los presupuestos procesales se deriva del carácter jurídico público de la relación procesal. Efectivamente, en virtud de ésta el juez asume el deber de proveer las demandas de las partes, lo que indica que la relación jurídico-procesal pertenece al derecho público, porque se funda en normas que regulan la función jurisdiccional del Estado.

4. - Cuáles son los presupuestos procesales.

En concepto de la Corte deben catalogarse como presupuestos procesales en todos los juicios, los siguientes: a) demanda en forma; b) competencia del juez; c) capacidad para ser parte; d) capacidad para obrar procesalmente (agere) o legitimatio ad procesum.

La Corte siempre aceptó en su doctrina como presupuestos procesales los tres últimos. En algunos fallos incluyó como presupuesto procesal la legitimación en causa (legitimatio ad causam).

En muy recientes fallos de esta Sala, aún no publicados en la Gaceta Judicial, se ha declarado que la demanda en forma es un verdadero presupuesto procesal. (Sentencia de fecha 21 de julio de 1954, juicio ordinario de Wenceslao Morales y otro, contra Roberto Sanmiguel).

El tratadista español Manuel de la Plaza, refiriéndose a los presupuestos procesales, enseña:

"Es preciso, ante todo, que el órgano requerido para pronunciar la decisión tenga jurisdicción para hacerlo; es necesario, además, que le esté atribuída competencia; es inexcusable que los litigantes tengan capacidad jurídica y capacidad procesal, y es obvio también que para que la demanda surta sus efectos procesales, esté correctamente formulada, según las normas que, para cada uno de los procesos, se hallen establecidos en los distintos sistemas legislativos" (Manual

de la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", T. I, pág. 345).

El expositor mexicano Eduardo Pallares en su "Diccionario de Derecho Procesal Civil" (Pág. 394), después de definir los presupuestos procesales como los "requisitos sin los cuales no puede iniciarse ni tramitarse con eficacia jurídica un proceso", afirma lo siguiente:

"Si el juez no es competente, si las partes carecen de personalidad jurídica procesal, si el juicio no se inicia por medio de demanda en forma, el proceso no se constituye válidamente".

El gran maestro italiano José Chiovenda había enseñado que eran presupuestos procesales estos tres: competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal. Pero Chiovenda dice:

"Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer a las demandas, se requieren (además de la existencia de una demanda perfecta y regularmente notificada que es el acto constitutivo), algunas condiciones que se llaman presupuestos procesales...." (José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 126).

Por último, el procesalista alemán W. Kisch expone:

"De la mayor importancia es retener que los requisitos necesarios para la consecución de los diferentes actos judiciales son de la más distinta naturaleza. Se distingue: 1º Requisitos de la decisión o sentencia, en general; 2º De la sentencia de fondo; 3º De la sentencia de fondo favorable al actor.

"Los primeros han de existir para que el Tribunal empiece a actuar. Es pues necesario una demanda seria (no un simple borrador o proyecto que ha llegado por casualidad a la mesa del juez) y contra una persona existente (no fingida). Si falta algo de esto, el tribunal no tiene necesidad de emitir sentencia, ni siquiera una de repulsa.

"Los demás requisitos son de una naturaleza tal que en caso de que falten no puede, desde luego, darse una sentencia que pronuncie sobre la acción ejercitada, pero sí una que exprese qué y por qué se ha negado el pronunciamiento de fondo. A esta clase pertenece, p. e., el requisito de que la demanda esté rodeada de todas las formalidades legales y que se haya entablado ante tribunal competente; si no ocurre esto, es desestimada por estos defectos procesales, sin que con esto se diga nada acerca de la acción de derecho privado que se ha ejercitado. Cuando, por el contrario, existen, se puede, y es necesario, dar sentencia sobre el fondo...." (W. KISCH, "Elementos de Derecho Procesal Civil", pág. 19).

5. — Demanda en forma

La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. J. El juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada puede proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda. (C. J., artículos 333, 738).

Pero si el juez no ha ejercido aquel poder, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto forma de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo.

6. — Competencia del juez

Este presupuesto se refiere a la capacidad objetiva y subjetiva del juez para conocer el negocio. Su reglamentación se encuentra en las normas sobre organización judicial y en las disposiciones sobre impedimentos y recusaciones. La falta de competencia da lugar a excepción dilatoria y a nulidad procesal que puede decretarse de oficio o por petición de parte. (C. J., artículos 331, 448, 449, 455, 456).

7. — Capacidad para ser parte

La capacidad para ser parte resulta de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, Es una consecuencia de, la personalidad atribuída a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley concede capacidad jurídica.

De consiguiente tienen capacidad para ser partes, o sea, para ser sujetos del proceso, las personas naturales y las personas jurídicas. El artículo 230 del C. J. dice: "Las personas naturales y las jurídicas pueden ser demandantes y demandadas y comparecer en juicio en los términos y con las condiciones que la ley establece".

La carencia de este presupuesto procesal se presenta con frecuencia respecto de las personas jurídicas que obrando como demandantes o demandadas no acreditan su existencia. Si el juez al examinar los presupuestos procesales no encuentra en el juicio la prueba adecuada de la existencia de la persona jurídica que figura como sujeto del juicio, debe inhibirse de fallar en el fondo el negocio y declarar la carencia de tal presupuesto.

Nuestra jurisprudencia, usando una expresión con que califica distintos fenómenos jurídicos, suele decir que en un caso de éstos hay "ilegitimidad de personería sustantiva". Y aún en algunos fallos, con notoria incorrección, se habla de que hay falta de legitimación en causa de una de las partes.

Por lo demás, en varias de las sentencias de casación citadas atrás, se ha dicho por la Corte que la capacidad para ser parte corresponde también a la sociedad conyugal disuelta o ilíquida, a la herencia y a la comunidad de cosa singular.

Esta Sala ha rectificado esta doctrina en reciente sentencia, no publicada todavía en el órgano de la corporación, proferida en el juicio ordinario de Luisa López contra Lucas López y Milciades Paredes, con fecha 1º de abril de 1954. Dice esta sentencia:

"Como es bien sabido, uno de los llamados presupuestos procesales es la capacidad para ser parte, o sea, la condición para ser sujeto de un proceso. La capacidad para ser parte en el presente sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pues únicamente éstas pueden ser sujetos de derecho y obligaciones.

"La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropiamente cuasi-contrato, no es una persona jurídica. De tal manera que en estricto rigor, la comunidad como tal carece de capacidad procesal para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados:

"La comunidad puede tener un administrador nombrado de acuerdo con los artículos 16 a 27 de la ley 95 de 1890. Existiendo tal administrador, éste tiene la personería de ella, dice el artículo 22 de dicha ley. En consecuencia, el administrador tiene capacidad para comparecer en juicio en nombre de la comunidad, sea como demandante o como demandado. En realidad es más preciso decir que el administrador de la comunidad tiene la representación judicial de los comuneros, por lo que se expuso anteriormente. Y su actuación dentro del juicio los perjudica o aprovecha a todos, vinculándolos en todos los efectos de la relación jurídico-procesal, de tal manera que el fallo que se pronuncia dentro del proceso produce cosa juzgada en favor o en contra de la comunidad.

"Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor.

"Nuestra jurisprudencia, auncuando ha aceptado estas conclusiones, no ha sido en veces muy precisa en la concepción doctrinal del problema. Así, la Corte ha dicho que la capacidad para ser parte en el proceso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pero que esta capacidad la tienen excepcionalmente "los patrimonios autónomos o masas de bienes que no son personas jurídicas, tales como las sociedades de hecho, la herencia, el patrimonio del concursado, la sociedad cónyugal ilíquida".

7. Capacidad procesal (legitimatio ad procesum)

Esta es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (agere), en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso.

Lo concerniente a capacidad procesal está reglamentado en el Título IV del Libro 2º del Código de Procedimento Civil.

Las personas capaces comparecen en juicio por sí mismas o por medio de mandatarios; las personas incapaces por medio de sus representantes legales (C. J., art. 240), y las personas jurídicas "por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales" (C. J., art. 250), o sea,, por medio de sus órganos competentes.

La representación procesal de las personas capaces sólo puede hacerse por medio de abogados inscritos, salvo en los casos expresamente exceptuados en la ley.

La carencia de legitimación procesal puede dar lugar a la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería adjetiva, o a nulidad en el juicio. (C. J., arts. 330, 332, 448, 450, 455, 457).

8. — Legitimación en la causa (legitimatio ad causam).

Por ésta se entiende la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada **(legitimación activa)** y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción **(legitimación pasiva).** De tal manera que la legitimación en la causa es cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradicción.

La **legitimatio ad causam** es cosa bien distinta de la **legitimatio ad procesum:** aquélla es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso, mientras que la última es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en ejercicio por sí mismo o por medio de otros; la primera es requisito necesario para obtener sentencia favorable, mientras que la última es condición previa indispensable para que el juez pueda fallar en el fondo el negocio, en sentido favorable o desfavorable. La **legitimidad ad causam** es cuestión de fondo **(merita causae),** mientras que la **legitimatio ad procesum** es cuestión de rito.

Cuando el juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación en la causa del actor o del demandado, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción; bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder por ella. El fallo produce entonces los efectos de la cosa juzgada **sustancial** entre las partes, de tal manera que éstas no pueden volver a controvertir su mismo derecho en otro juicio, a menos que posteriormente surja un nuevo hecho que dé calidad a quien carecía de ella para estar legitimado en la causa (cesión, sucesión, etc.).

Cuando se declara la carencia de un presupuesto procesal, el juez no niega la existencia de la acción incoada. Simplemente decide que la acción en caso de existir, no puede adelantarse en el proceso irregularmente iniciado. La decisión del juez que resuelve sólo sobre los presupuestos procesales no es favorable al actor o al demandado, y por eso no produce los efectos de la cosa juzgada **sustancial.** Termina con el proceso anormalmente adelantado (produce cosa juzgada **formal** en ese proceso que concluye allí), pero las partes pueden hacer valer nuevamente su derecho en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallo de fondo.

Por lo expuesto, se comprende la razón que asiste a quienes excluyan la **legitimatio ad causam,** del número de los presupuestos procesales. Nuestra jurisprudencia ha demostrado vacilaciones al respecto, como aparece en los fallos de casación atrás citados, pero en sentencias recientes de esta Sala se viene reiterando la doctrina sustentada en el presente negocio. (Casación de julio 14 de 1954, juicio ordinario de Clodoveo Londoño y Amelia Londoño de Malagón contra Alfonso del Río Villamil y Miguel Hernando Villamil Cruz. Casación de julio 24 de 1954, juicio ordinario de Juvenal Viñas Montes contra Empresa Transportadora de Ganados S. A.).

Esta doctrina, por otra parte, es la defendida por la mayoría de los procesalistas modernos (José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", T. I, páginas 126-124, 195-199, T. II, pág. 16; W. Kisch, "Elementos de Derecho Procesal Civil, págs. 106-110; Piero Calamandrei; 'Instituciones de Derecho Procesal Civil", págs. 186, y 187; Manuel M. de la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", T. I., págs. 269 y 395; Eduardo Pallares, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", págs. 330, 331, 332, 394).

9. — Los presupuestos procesales en casación.

La ley permite controvertir dentro del recurso extraordinario de casación aquellos errores **in procedendo** que se proyectan sobre los presupuestos procesales, debido a que éstos son desarrollo de la garantía constitucional sobre normas de juzgamiento, como quedó expuesto anteriormente. Estos errores **in procedendo** dan base a casación de acuerdo con las cinco últimas causales enumeradas en el art. 520 del C. J. que en una u otra forma afectan presupuestos procesales. (Véase Casaciones: Septiembre 30 de 1947.

LXIII, Nºs. 2053-2054, págs. 43 y 44; Mayo 31 de 1948, LXIV, Nºs. 2062-2063, págs. 410 y 411).

10. — Los presupuestos procesales y la "reformatio in pejus".

Por el carácter jurídico-público de los presupuestos procesales, la inexistencia de éstos impone una excepción a la figura procesal de la "reformatio in pejus" consagrada en el artículo 494 del Código Judicial. De tal manera que el juez de segunda instancia, si encuentra la falta de un presupuesto procesal, debe enmendar la providencia recurrida, declarando su inhibición para fallar en el fondo, aunque se agrave la situación procesal adquirida por la parte apelante. Así lo ha aceptado la doctrina de la Corte. (Casación, Noviembre 25 de 1938, XLVII, Nº 1943, págs. 418 y 419).

Expuesta ampliamente la doctrina de los presupuestos procesales, examina la Sala su aplicación por el Tribunal de Ibagué en el fallo recurrido.

En el caso sub judice se ejercitaron conjuntamente dos acciones: una de estado civil encaminada a obtener la declaración de hija natural de Ofelia Cleves respecto de su presunto padre ya finado doctor Alcides Castellanos; otra de petición de herencia enderezada a obtener el reconocimiento de los derechos patrimonales de la pretensa hija natural en la sucesión del mismo doctor Castellanos.

Se ha señalado como demandados a las hermanas legítimas del causante, bien en su carácter de heredaras del doctor Castellanos (demanda inicial), bien en su condición de representantes de la sucesión del mismo (corrección de la demanda).

La Sala observa que cuando en un caso como el presente, fallecido el presunto padre natural, se ejercitan conjuntamente la acción de estado civil y la acción de petición de herencia, el sujeto pasivo de la litis no es la pretendida entidad sucesión, que algunos asimilan incorrectamente a una persona jurídica, sino a los herederos ab intestato o testamentarios a quienes correspondería la herencia en todo o en parte, frente al hijo natural que reclame su carácter de tal y sus derechos herenciales consiguientes.

La condición de herederos en los demandados no es entonces una cuestión atinente a la capacidad para ser parte o a la capacidad procesal, como en algunos fallos se ha considerado erradamente. (Casación, febrero 22 de 1952, LXXI, 101 y 102). No se trata entonces de un presupuesto procesal sino de uno de los elementos estructurales de la acción.

La Corte en un caso semejante al examinado dijo acertadamente que la calidad de herederos de los demandados en la acción declarativa de paternidad natural, fallecido el padre, corresponde a la legitimación en causa de la parte demandada en esta clase de juicios. Así se expresa:

"Esta legitimación, por el aspecto pasivo que es el que interesa para esta decisión, consiste en determinar si la acción se ha dirigido contra la persona frente a la cual dispone la ley que deba hacerse valer el derecho que se demanda, esto es, la declaratoria de la filiación natural, que es el objetivo principal del juicio, ya que los demás pedimentos son consecuenciales y están subordinados a esta petición declarativa de estado civil. En los juicios de investigación de la paternidad natural es preciso distinguir la legitimidad del contradictor que es cuestión que se refiere, como se ha explicado en recientes fallos de esta Sala, al valor y efectos de las sentencias que se profieran en esas controversias; la legitimidad de la personería de las partes que se vincula a la cuestión de quienes pueden ser objetos activos y pasivos de la acción, como elemento esencial para su procedencia, tan íntimamente ligado a ella que se confunde con el derecho mismo, y cuyas fallas o defectos son constitutivos de una excepción perentoria de declaración oficiosa; finalmente, la legitimación de las partes como cuestión puramente procesal o adjetiva desde el punto de vista de su representación en el juicio. Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra sus herederos como los continuadores de su personalidad jurídica, con representación del sujeto pasivo de esa acción. La calidad de herederos, cuando se ejerce la acción en este último caso, no es cuestión de mera representación procesal, sino cosa que afecta más profundamento la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta". (G. J., LXIII, Nºs. 2053-2054, página 27).

Pero la Sala advierte que en este fallo la Corte incurrió en el error de considerar la legitimatio ad causam como presupuesto procesal, error, ya rectificado por la jurisprudencia.

En concepto de Chiovenda se presenta una cues-

tión de legitimatio ad causam, cuando ha tenido lugar un traspaso de derechos por herencia, cesión, etc., caso en el cual se debe probar "tanto la existencia originaria del derecho en el propio causante o de la obligación en el causante del demandado, como el traspaso ocurrido". (José Chiovenda, obra citada, T. I, pág. 197). Este concepto coincide en sustancia con la opinión sustentada sobre la legitimación pasiva en las acciones de paternidad natural cuando ha fallecido el padre: corresponde entonces al actor probar tanto la filiación natural respecto a la persona fallecida cuyos herederos se demandan, como probar que éstos han sucedido al causante por razón de la herencia, en las obligaciones del presunto padre, háyase legitimado o nó la sucesión. Si esta prueba no aparece en el juicio, el juez debe fallar en el fondo el negocio mediante sentencia desfavorable al actor, por falta de legitimatio ad causam pasiva.

Lo anterior es suficiente para rectificar en parte las consideraciones del Tribunal en el fallo recurrido.

El Tribunal estimó que no hallándose debidamente acreditada la calidad de herederas en las demandadas faltaba un presupuesto procesal y no podía decidir en el fondo las acciones incoadas.

El Tribunal incurrió en error al declarar la inexistencia de un presupuesto procesal, cuando ha debido proferir fallo de fondo por falta de legitimación en causa de la parte demandada. Pero como esta cuestión está fuera del recurso, la Sala hace apenas las necesarias rectificaciones doctrinales.

Cuanto al recurso de la parte actora, los fundamentos de su demanda habrán de rechazarse:

a) La calidad de herederos del doctor Alcides Castellanos no es cuestión atinente a la personería adjetiva de la parte demandada. Vale decir, no es presupuesto procesal, ya que esa calidad constituye la legitimación pasiva en la parte demandada, según se ha expuesto anteriormente.

b) La calidad de herederos del doctor Alcides Castellanos, en las demandas, no puede probarse con la confesión.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona con respecto a otra. Estas pruebas son, bien las correspondientes actas del estado civil o las supletorias admitidas por la ley, para acreditar el parentesco entre el de cujus y sus sucesores, o bien, la copia del correspondiente reconocimiento de herederos en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado civil. (Casación, sentencia del 27 de noviembre de 1932, Nº 1892, pág. 31 Casación, sentencia del 22 de febrero de 1952, LXXI, Nºs. 2110-2111, 102-104).

Como conclusión de lo expuesto, los cargos se declaran infundados.

V — Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 18 de julio de 1952, objeto del presente recurso.

No hay lugar al pago de costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA APRECIACION DE SI EL GRADO DE PRIVACION DE LA VISTA EN EL TESTADOR ERA TAL QUE HICIERA OBLIGATORIA LA APLICACION DE LAS NORMAS QUE EL CODIGO CIVIL ESTABLECE PARA EL TESTAMESTO DEL CIEGO, CORRESPONDE AL TRIBUNAL EN EL JUICIO EN QUE SE DEMANDE LA NULIDAD, POR TAL MOTIVO, DEL ACTO TESTAMENTARIO; Y LA CORTE NO PUEDE MODIFICARLA EN CASACION, SALVO ERROR EVIDENTE DE HECHO

1—El precepto del artículo 1075 del Código Civil que manda expresar la causa de que el testador no firme, no puede entenderse en el sentido de que no baste la mención de que, por causas físicas, no puede firmar, sino que es necesario, además, determinar precisamente esas causas. Si así fuera, siempre habría lugar, en estos casos, a anular el testamento, so pretexto de que las causas expresadas no fueron suficientemente precisas, rigurosas o científicas. Y el notario no puede suponerse omnisciente, para que el legislador, racionalmente, pudiera hacer tal exigencia. En realidad, de lo que se trata es de que debe aparecer, del acto mismo del testamento, que el testador NO SE NEGO a firmarlo, pues en este caso no habría habido manifestación de su voluntad APROBATORIA DEL TESTAMENTO. Lo que debe aparecer en el testamento es que, si no está firmado por el testador, esa omisión tuvo como causa o su ignorancia o su imposibilidad física de firmar, porque de lo contrario, la renuncia a firmar, tendría que interpretarse como la expresión de la voluntad del testador de rechazar el testamento. Basta, pues, con que el notario certifique que el testador no firmó porque NO SABIA o porque NO PODIA MATERIALMENTE firmar. Esta es la CAUSA de que habla el artículo mencionado.

2—No hay error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial cuando el Tribunal no rechazó los testimonios, ni les negó valor de prueba, sino que consideró que con los dichos de los testigos no se demuestra el hecho que se quiere acreditar.

3—Si el Tribunal denegó la nulidad del testamento porque a su juicio no estaba probado en el juicio que el testador hubiera perdido la vista hasta un grado tal que hubiera debido ser tratado como ciego, para el efecto de llenar las formalidades que para el testamento de los ciegos prescribe el art. 1076 del Código Civil, esta decisión no puede ser modificada en casación, salvo que se demuestre que en la apreciación de la prueba de la ceguera del otorgante, el juzgador incurrió en un error evidente de hecho. De lo contrario, esa apreciación escapa a la censura de la Corte en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr Darío Echandía)

La señora Matilde Fonnegra viuda de Valenzuela otorgó testamento, por la escritura 4334 de la Notaría 2ª de Bogotá, el 23 de julio de 1949. En él distribuyó sus bienes entre sus dos únicas hijas, las señoritas Ana e Inés Valenzuela Fonnegra. Pero a esta última la mejoró en la cuarta de mejoras y en la de libre disposición. La testadora falleció el 28 de septiembre siguiente, y el 28 de julio de 1951 Ana Valenzuela Fonnegra demandó a Inés Valenzuela Fonnegra, heredera, y a Ricardo Rodríguez Mejía, albacea, ante el juez civil del circuito de Bogotá, para que se declarara nulo el testamento.

La demandante alegó, como hechos fundamentales de su acción, éstos:

"1º En la notaría segunda de Bogotá se otorgó la escritura número 4334 de fecha 23 de julio de 1949, que dice contener el testamento de la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela.

"2º La testadora falleció en esta ciudad el 28 de septiembre de 1949.

"3º Ella fue casada con el señor Gonzalo Valenzuela Pombo, y de ese matrimonio nacieron las señoritas Ana e Inés Valenzuela Fonnegra.

"4º En la escritura testamentaria se dijo que la testadora no podía firmar, por impedimento físico, pero no se expresó la causa del impedimento.

"5º Desde tiempo muy anterior al otorgamiento del testamento, la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela estaba privada de la vista.

"6º Días antes del testamento el notario segundo doctor Aníbal Turbay Ayala fue llevado con testigos al domicilio de la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela para la testamentifacción, pero él se negó a certificarlo por haber observado en la señora notorias deficiencias físicas y psíquicas.

"7º Debido a esa negativa se consiguieron las certificaciones de los médicos doctores Elías Borrero Durán, urólogo, y Francisco Montero Torres sobre el estado mental de la señora Fonnegra de Valenzuela, y en virtud de ellas el notario autorizó la escritura número 4334 del 23 de julio de 1949.

"Además, conviene agregar lo siguiente:

"8º La señora Fonnegra de Valenzuela contaba ochenta y cinco años en la fecha de la escritura testamentaria.

"9º En los años de 1936 y 1937 la señora Fonnegra de Valenzuela padeció dos derrames cerebrales que agotaron su salud y sus facultades mentales.

"10º En el tiempo de la facción del testamento la señora Fonnegra de Valenzuela había llegado a un grado avanzado de agotamiento físico y mental, que le impedía moverse, ver, escribir, valerse a sí misma y gozar de la plenitud de su mente.

"11º Las circunstancias anotadas hacen inválido el testamento de la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela consignado en la escritura número 4334 de 23 de julio de 1949, de la notaría segunda de Bogotá.

"12º Como antecedente, conviene expresar que al fallecimiento del señor Eduardo Valenzuela Fonnegra, la familia ocupaba la casa número 16-87 de la Avenida 32, que él edificó bajo el influjo de su afecto filial y fraterno. De manera sorpresiva y secreta, pocos meses más tarde la señorita Inés se mudó a la pensión distinguida con el número 32-27 de la carrera 16, llevando consigo a la señora Matilde y los muebles de casa, y allí se otorgó la escritura de testamento y falleció la testadora, sin que de sucesos tan trascendentales se le diera noticia a la señorita Ana".

El juez de primera instancia negó la demanda. En segunda instancia el tribunal superior de Bogotá confirmó este fallo. Interpuesto por la demandante recurso de casación, se procede a dictar sentencia sobre éste, previas las consideraciones que siguen.

Cargos a la sentencia

Se examinan a continuación y por separado los cargos que hace la parte recurrente a la sentencia:

Primer cargo

Dice el tribunal:

"La tercera causal es la de que la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela no firmó el testamento, y aunque en él se dijo que por impedimento físico no lo hacía, no se expresó la causa, y por consiguiente, el testamento es nulo, atendiendo las voces del artículo 1075 del Código Civil. El testimonio del notario y de los testigos instrumentales es categórico al afirmar que la testadora no firmó el testamento por hallarse físicamente impedida para hacerlo por tener paralizado el brazo derecho, circunstancia que está corroborada con las exposiciones de los médicos, quienes afirman que la señora Matilde padecía una "paresia" que le impedía movilizar el brazo derecho. La ley exige que se exprese la causa por la cual el testador no firmó el testamento, más esto no quiere decir que en el testamento de que aquí se trata se expresara la razón por la cual la testadora no pudo movilizar el brazo, porque esta circunstancia escapa a la apreciación directa del notario y de los testigos instrumentales y es propia de una ciencia que requiere estudios y conocimientos especiales".

El recurrente sostiene que estas consideraciones del tribunal implican violación directa del artículo 1075 del C. C., en cuanto dispone que "si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa": Funda así su tesis:

"Esos conceptos de la sentencia quebrantan de modo manifiesto los artículos 1075, 1083 y 11 citados". (Se refiere al artículo 11 de la ley 95 de 1890).

"El primer canon exige siempre la firma del testador y establece la regla sin excepciones de que cuando el testador no puede firmar se mencione esa circunstancia, expresando la causa. El tribunal reconoce ese mandato, pero afirma que no era de aplicación al caso de autos, porque la causa por la cual la testadora estaba impedida para firmar fue la parálisis que sufría del brazo

derecho, circunstancia que no podía apreciar el notario.

"El fallo no aplica el artículo 1075 al testamento de la señora Matilde, debiendo aplicarlo, y lo entiende en el sentido de que no es aplicable cuando la causa del impedimento del testador para firmar no puede ser apreciada por el notario; pero la ley no consagra en ninguna parte esa excepción.

"En consecuencia el tribunal violó de modo manifiesto el artículo 1075.

"En segundo lugar, el fallo admite como prueba de haberse llenado la formalidad establecida en el art. 1075, el dicho póstumo o declaración en juicio del notario y unos testigos. Esto entraña un entendimiento equivocado del precepto, porque la formalidad o requisito de expresar la causa del impedimento del testador para firmar constituye una solemnidad especial del testamento, cuya observancia o inobservancia debe resultar exclusivamente de la certificación notarial consignada en el mismo texto de aquél, y no de otras pruebas allegadas con posterioridad al otorgamiento.

"Si la testadora estuvo impedida para firmar por faltarle la vista, o por tener el brazo paralizado, o por deficiencia psíquica, o por haber perdido los dedos de la mano diestra, o por otra causa cualquiera, debió expresarse ese hecho bajo la fe del notario. Su omisión no se sanea con la declaración póstuma del notario omitente.

"En este sentido resulta evidente la violación del art. 1075.

"La exigencia de la firma del testador como garantía de autenticidad del ordenamiento testamentario hace nulo el testamento en que ella faltó, a menos que el testador no pueda firmar y se certifique solemnemente la causa de ello. Es decir, que si se omite la expresión de esa causa, debe presuponerse que el testamento no fue firmado, con las consecuencias de rigor".

El origen del citado artículo 1075 del C. C., se encuentra en el 1018 del código chileno, del cual es copia. El precepto del código chileno tiene su origen, a su turno, en el 973 del código francés, que dice:

"El testamento debe ser firmado por el testador; si éste declara que no sabe o no puede firmar, se hará en el acta mención expresa de esta declaración, como también de la causa que le impide firmar".

Los expositores franceses fundándose, no en este texto del artículo 973 del código sino en el artículo 14, Nº 2 de la ley del 25 ventoso del año XI —el cual dispone que el notario debe hacer mención, hacia el fin del acta, de la declaración hecha por el otorgante de no saber o no poder firmar—, sostienen, apoyándose en la jurisprudencia de los tribunales, que es el mismo testador el que debe declarar que no sabe o no puede firmar y que si no hace dicha declaración o no la hace el testador sino un tercero o el notario, el testamento es nulo. (Planiol et Ripert —Traité Pratique de Droit Civil— Tomo 5—página 590 —París— 1933).

"Si el testador no sabe o no puede firmar, debe hacerse mención expresa de su declaración en el acta, como también de la causa que le impide firmar (art. 973); pero tal declaración no libra el acto de la nulidad si ella emana del notario; pues es necesario que sea obra del mismo testador". (Josserand — Cours de Droit Civil — Tomo III —página 736— París 1933).

Pero esta norma francesa que, como se ha visto, no se deduce del artículo 973 del código sino de la ley de ventoso del año XI, no ha pasado al código chileno ni al nuestro. El artículo 1018, inciso segundo, del código chileno, dice:

"Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará esta circunstancia, expresando la causa".

Y el 1075, inciso segundo, del nuestro, reza:

"Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará "en el testamento esta circunstancia expresando la causa".

Son del expositor chileno Claro Solar (Derecho Civil Chileno — Tomo 14 — página 99 —Santiago 1941) los siguientes conceptos:

"Nuestro código siguiendo también al francés, exige la firma del testador: 'pero si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa", sin exigir la firma de uno de los testigos por el testador y a su ruego. Así se ha fallado que consignándose en el testamento que la testadora no lo firmó por encontrarse gravemente enferma, aunque no se exprese que rogara a uno de los testigos para que lo hiciera en su lugar, se cumple con la exigencia legal; y por lo tanto el testamento no sería nulo por esta causa".

"Esta disposición se atiene en realidad al hecho de que el testamento nuncupativo se constituye por el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos y al notario; y el instrumento que se levanta y que contiene las disposiciones del testador queda sufi-

cientemente abonado en esta parte con las firmas de los testigos y del notario y con la mención que en el instrumento se deja de la causa por la cual no aparece en él la firma del testador, ya que la causa de no aparecer la firma del testador no será su negativa a firmarlo pudiendo, sino la imposibilidad física en que se encuentra, o su ignorancia, lo que implícitamente significará que aprueba el testamento".

D. Fernando Vélez opina que "si se dice simplemente que el testador no puede firmar, quizá anular el testamento, porque no se agregue que el motivo de no poder firmar lo manifestó el testador mismo, sería contrario al espíritu de la ley, que sólo exige que de ese motivo quede constancia en el testamento". (Derecho Civil Colombiano —Tomo IV— página 160).

En el caso de este pleito, en la copia del testamento que obra en autos puede leerse, antes de la firma del notario, la siguiente atestación:

"A ruego de la testadora, quien por impedimento físico no puede hacerlo, firma el señor Neftalí Almario, con cédula número 1209679 de Bogotá.—Firmado: Neftalí Almario M.".

De esta atestación resultan demostrados los siguientes hechos que el notario certifica:

a) que la testadora rogó al señor Neftalí Almario que firmara por ella;

b) que la causa de que la testadora no firmara ella misma el acta consistió en que no **podía firmar**; y c) que la causa de que no pudiera firmar consistió en **impedimento físico para hacerlo.**

Como, según nuestro código, no era necesario que la testadora misma declarara su impedimento, basta con la certificación o atestación del notario para considerar demostrado que la testadora **quiso firmar** pero que **no pudo hacerlo** por causa de la imposibilidad física en que se hallaba. Y la **voluntad de firmar fue expresada** por la testadora, puesto que rogó a Almario que firmara por ella. Aparece, pues, que se expresó en el testamento que la testadora no **firmaba por no** poder, y que este no poder fue motivado por **imposibilidad física.**

Sin embargo, el recurrente cree que estas declaraciones que constan en la memoria testamentaria, bajo la fe del notario, no bastan para que el testamento quede libre de nulidad por este aspecto de la falta de la firma de la testadora. Según él ha debido expresarse, además, **en qué consistía la imposibilidad física** que impidió a la testadora firmar. "Si la testadora —dice— estuvo impedida para firmar por faltarle la vista, o por tener el brazo paralizado, o por deficiencia psíquica, o por haber perdido los dedos de la mano diestra, o por otra causa cualquiera, debió expresarse ese hecho bajo la fe del notario". Pero el tribunal estima que, aunque la ley exige que se exprese la causa por la cual el testador no firmó el testamento, esto no quiere decir que en el testamento de que se trata debiera haberse expresado la causa o razón por la cual la testadora estaba físicamente impedida para firmar, porque esta causa o razón escapaba a la percepción directa del notario y de los testigos, ya que la indagación de ella habría requerido estudios y conocimientos especiales.

Tiene razón el tribunal. El precepto que manda expresar la causa de que el testador no firme, no puede entenderse en el sentido de que no baste la mención de que, por causas físicas, no puede firmar, sinó que es necesario, además, **determinar precisamente** esas causas. Si así fuera siempre habría lugar, en estos casos, a anular el testamento, so pretexto de que las causas expresadas no fueron suficientemente precisas, rigurosas o científicas. Y el notario no puede suponerse omnisciente, para que el legislador, racionalmente, pudiera hacer tal exigencia. En realidad, como atrás se vió, de lo que se trata es de que debe aparecer, del acto mismo del testamento, que el testador **no se negó** a firmarlo, pues en este caso no habría habido manifestación de su voluntad **aprobatoria del testamento.** Lo que debe aparecer en el testamento es que, si no está firmado por el testador, esa omisión tuvo como causa o su ignorancia o su imposibilidad física de firmar, porque de lo contrario, la renuencia a firmar, tendría que interpretarse como la expresión de la voluntad del testador de rechazar el testamento. Basta, pues, con que el notario certifique que el testador no firmó porque **no podía** o porque **no podía materialmente** firmar. Esta es la causa de que habla el artículo 1075 del C. C. Y en el presente caso aparece de la certificación o atestación notarial no sólo que la testadora no se negó a firmar pudiendo, sino que ella **rogó a otra persona** que firmara en su lugar el testamento por hallarse en imposibilidad física de hacerlo. Se concluye, pues, que este cargo es infundado.

Segundo cargo

Considera el recurrente que, al estimar el tribunal que el notario certificó sobre que la testadora no podía, por impedimento físico, firmar,

incurrió en un error de hecho. Este cargo es infundado. El error de hecho en la apreciación de una prueba, consiste en que el tribunal haya omitido considerar un medio probatorio que demuestra, evidentemente, el hecho controvertido, o bien, en que haya tenido como probado este hecho en virtud de un medio probatorio que no existe en los autos o a pesar de un medio probatorio que demuestra, evidentemente, que el hecho no se verificó. (Casación de 23 de mayo de 1954. —G. J. 2138 y 2139— página 119, 2ª). Ahora bien: lo que el recurrente alega es que la frase: "A ruego de la testadora quien por impedimento físico no puede hacerlo, firma el señor Neftalí Almario", no es una certificación del notario, puesto que dicho funcionario había certificado antes, refiriéndose al testamento, que la testadora: "lo aprobó y aceptó y para su constancia, lo firma".

Bien se ve que aquí no se trata de que el tribunal hubiera omitido la consideración de un medio de prueba, sino de que, según el recurrente, interpretó mal las constancias: Pero para que pudiera admitirse la existencia del error de hecho, se necesitaría que esta interpretación fuera contraria a la evidencia y que esta evidencia resultara del documento interpretado o de otras pruebas del proceso. Pero no hay tal evidencia. La interpretación del tribunal tiene fundamento suficiente en la afirmación o certificación de que la testadora no podía firmar y de que rogó a Neftalí Almario que firmara por ella, atestación que aparece hecha por el notario y que está suscrita por este funcionario quien, por lo mismo, afirma que tal hecho pasó en su presencia, como todos los demás relatados en el acta del testamento. Teniendo, pues, fundamento en las pruebas que obran en autos la interpretación del tribunal, no puede aceptarse que ella constituya un error de hecho, es decir, que sea contraria a lo demostrado evidentemente en el proceso.

Se concluye que este cargo tampoco tiene fundamento.

Tercer cargo

Consiste en que, según el recurrente, la testadora estaba ciega y el tribunal violó los artículos 1076 y 1083 del C. C., y el 11 de la ley 95 de 1890, al no haberlo reconocido así, y no haber declarado nulo el testamento por falta de los requisitos especiales exigidos por los textos legales citados para el testamento de los ciegos.

Con este cargo no se suscita una cuestión de derecho sino una de hecho. No se trata de una acusación por violación directa de los textos legales sustantivos, sino por no haber tenido como probada la ceguera de la testadora que fue lo que, según el recurrente, causó la violación de la ley sustantiva.

El recurrente afirma que la causa de no haber admitido como probada la ceguera de la testadora consistió en que el Tribunal consideró, erróneamente, que dicha enfermedad debe probarse por medio de peritos y no con simples testimonios de personas que por razón de su profesión, arte u oficio, no tienen por qué poseer "los conocimientos indispensables para determinar el alcance de tal limitación orgánica".

El recurrente, pues, lo que alega es que el tribunal infringió los artículos citados atrás por efecto de haber desechado los testimonios para probar la ceguera de la testadora. Y afirma que desechó tales testimonios por haber incurrido en el error de derecho de creer que esa enfermedad no puede probarse por medio de testigos, sino por medio de dictamen pericial. A este error del tribunal lo llama el recurrente limitación ilegal de las pruebas. Se trata, en realidad, de una acusación a la sentencia por infracción de la ley sustantiva por efecto de mala apreciación de la prueba testimonial y porque esta mala apreciación a su vez fue causada por un error de derecho o infracción de las leyes sobre pruebas, que, según el recurrente, no restringen al solo dictamen pericial los medios probatorios con los cuales podía establecerse o demostrarse el hecho de la ceguera de la testadora.

Sobre esta materia, se leen en la parte motiva de la sentencia los siguientes apartes:

"La segunda causal de nulidad consiste en que la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela en el momento de otorgar su testamento estaba ciega, y que por tal razón, aquél ha debido leerse dos veces en alta voz: una por el notario, y la otra por uno de los testigos escogidos por la testadora, haciendo especial mención de esta circunstancia en el testamento; y que, como no se hizo así, el testamento se halla viciado de nulidad. (Art. 1076 del C. C.).

"Se sabe que el objeto propio del sentido de la vista lo constituyen la luz y los colores y con ellos la figura de los cuerpos, la distancia y la magnitud relativa de los mismos, etc. La luz en actividad es por sí misma fuente de ondas excitadoras del sentido de la vista, al cual llegan en

movimientos trasversales, y forman la visión llamada **acromática.**

"Existen cegueras **totales acromáticas,** en las que el paciente no aprecia las impresiones de los colores espectrales, y ve, por ejemplo, un cuadro pintado como un dibujo al lápiz; y cegueras **parciales** que sólo inciden sobre determinados colores.

"Ciego, según nuestra ley, es la persona que se halla privada de la vista y no la persona que por cualquier causa haya disminuído en su capacidad visual.

"De las piezas que obran en el expediente se deduce que la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela, no podía leer las cartas, los rezos y los periódicos, y ésta la razón por la cual su señorita hija doña Inés era quien se los leía, pero no porque en ella hubiera desaparecido completamente el sentido de la vista, sino que debido a su avanzada edad tal facultad había disminuído.

"Al respecto, la declarante señora Leonor Calvo de Vejarano dice: "El estado de la señora Matilde no fue el de ciega completa sino que no podía distinguir nada en forma nítida". (Fl. 7, Cuad. número 5).

La señora Beatriz Vejarano de Castaño manifiesta: "La señora Matilde había perdido la vista, sin que fuera ciega debido a las manifestaciones y comportamiento de la misma, siendo esta pérdida en mi concepto, una atenuación, debido a los síntomas que, como lo dije, la incapacitaban para distinguir a las personas, leer y escribir, para lo cual tenía que solicitar que lo hicieran". (Fl. 9, Cuad. Nº 5).

"La señora Cecilia Vejarano de Pombo dice: "... su vista había disminuído o perdido considerablemente lo que a mí me parece que era una atenuación avanzada". (Fl. 13 C. Nº 5).

"El señor Eduardo Calvo manifiesta: "...ella me lo manifestó personalmente, y también porque al dirigirse a uno, se veía claramente que no lo distinguía, síntoma inequívoco, me parece, de que la persona no ve, pero ella misma manifestaba que no podía leer, escribir, ni coser". (Fl. 15 C. Nº 5).

"Los médicos que la examinaron, también manifiestan que la visión de la señora Matilde había disminuído, pero no que fuera ciega.

"De todas estas declaraciones se deduce que a la señora Matilde se le había disminuído la capacidad para ver, pero no que estuviera ciega, razón por la cual no era necesario que el testamento se leyera dos veces como lo ordena el artículo 1076 del Código Civil, porque esta disposición se refiere a los ciegos y no a las personas cuya capacidad visual haya aminorado".

Como se ve el tribunal no rechaza los testimonios que así analiza, por considerar que la prueba testimonial no es admisible para probar la ceguera, sino porque estima que en estas declaraciones los testigos no afirman que la testadora estuviera ciega sino que su visión había disminuído considerablemente, sin llegar a la completa ceguera.

El recurrente cita como violados por el tribunal, al rechazar los testimonios como prueba de la ceguera, los artículos 593, 603, 606 y 668 del C. J. Pero lo cierto es que no puede considerarse infringida ninguna de las normas legales que definen los distintos medios de prueba y les señalan su correspondiente valor probatorio, que es en lo que consiste el error de derecho en la apreciación de una prueba. En efecto, en este caso no rechazó el tribunal los testimonios, ni les negó valor de prueba, sino que consideró que con los dichos de estos testigos no se demuestra la ceguera total sino solamente la disminución parcial, aunque considerable, del sentido de la vista en la testadora. Pero el recurrente afirma que basta la ceguera parcial para que sea aplicable el artículo 1076 del C. C. Estas son sus palabras:

La ley es más exigente en tratándose de actos testamentarios que en tratándose de los demás actos de la vida civil.

"El por qué de ello se explica si se tiene en cuenta, entre otros motivos, que el hombre celebra los contratos en condiciones normales de despejo mental, de independencia y de salud, mientras que el acto testamentario se cumple ordinariamente en condiciones distintas que acusan una deficiencia física o moral como la edad avanzada, la salud en déficit, el espíritu débil e inquieto y la voluntad presionada frecuentemente en forma anómala. De ahí las solemnidades tutelares de la testamentifacción, que afiancen la autenticidad de la voluntad del testador y le permitan controlar si está libre del engaño, el fraude o la mala fe.

Por eso se le impone al notario la obligación de cerciorarse cautelosamente sobre la mente y voluntad del testador, sobre la normalidad de su vista para leer lo que dictó o mandó escribir, y sobre su capacidad de firmar que corre parejas con la de leer, como garantías contra la falacia.

La medida de precaución se toma de acuerdo con el peligro que quiere evitarse. Para juzgar o

conocer el alcance de aquélla es preciso atender a la naturaleza de este. El apotegma parece incuestionable.

En estas premisas se encuentra la razón de ser del precepto que tutela al ciego.

La persona que ve y sabe escribir se halla en capacidad completa para cerciorarse si lo que dictó o mandó escribir se copió fielmente y no hubo adulteración.

El que no tiene la vista suficiente para leer está en las mismas condiciones del ciego absoluto, que no es capaz de cerciorarse con el uso de su propio sentido sobre la fidelidad de lo escrito.

De manera que tanto el ciego absoluto como el ciego relativo, merecen la misma tutela y en el mismo grado. Ahí campea el principio de hermenéutica, según el cual donde hay la misma razón hay la misma disposición legal.

Lógicamente resultaría absurdo e incomprensible que al que no puede ver lo escrito ni precaverse contra el engaño no le alcance la tutela legal por el especioso motivo o disculpa de que no es ciego absoluto, y alcanza a percibir, según las sabias explicaciones del tribunal, la millonésima parte de un rayito de luz.

El art. 1076 da la formalidad para el testamento del ciego, pero ni ese artículo ni otro ninguno, ha definido que técnicamente sea ciego el que se halle privado de la vista y no la persona que por cualquier causa haya disminuído en su capacidad visual".

El cargo así enunciado plantea, pues, la cuestión de si la ceguera parcial, que fue la que el tribunal dió por probada con los testimonios, es bastante para que pueda considerarse que el tribunal violó directamente el artículo 1076 citado, al no decretar la nulidad del testamento por falta de las formalidades especiales que este artículo exige para el testamento de los ciegos.

La disposición del artículo 1076 de nuestro código civil fue tomada del 1019 del chileno.

Los siguientes conceptos son del mismo expositor Claro Solar, refiriéndose a dicho artículo:

"Las solemnidades indicadas se aplican al testamento del ciego, es decir, de la persona privada de la vista, cualquiera que sea la causa de esta privación; y no únicamente del ciego de nacimiento. La ceguera del testador cuando no es de nacimiento, ni de un accidente que le haya hecho perder los ojos o que manifiestamente se demuestre por el modo de ser de la persona que ha perdido la vista, es un hecho que debe acreditarse por los medios probatorios ordinarios y que queda, por lo mismo, sometido a la resolución de los jueces del pleito en que se pida la declaración de nulidad del testamento de un ciego en que no se ha dado cumplimiento a las solemnidades especiales que la ley establece como garantía de la última voluntad del testador privado de la vista. Así, se ha fallado que la prueba de que la testadora veía con gran dificultad a causa de la enfermedad de la vista de que adolecía, no establece la carencia absoluta y constante del órgano visual que es menester para tenerla como ciega". (Obra citada —Tomo 14— páginas 183 y siguientes). Cita este autor varias sentencias de la corte de Santiago (corte de apelaciones) en que se negó la acción de nulidad fundada en que el testador tenía la vista muy debilitada hasta el extremo de creerse que no podía leer letra manuscrita", pues, según dicha corte, tal estado no constituye el de ceguera a que se refiere la ley, pues ésta no habla del que tenga su vista más o menos sana, sino del ciego, que es la persona que se encuentra privada de la vista. Algunos miembros de la corte, disidente, sostuvieron, sin embargo que debía declararse nulo el testamento porque el estudio y análisis comparativo de la prueba testimonial rendida por una y otra parte dejaba de manifiesto que la testadora tenía perdida la vista, puesto que si podía distinguir la luz difusa de la oscuridad, no podía distinguir las formas o contornos de los objetos que es lo que constituye la facultad de la visión. Dicen los disidentes:

Si la ley sujeta el testamento del ciego a una solemnidad especial, no requiere que la ceguedad sea de tal modo absoluta y completa que no permita distinguir la luz de la oscuridad. Basta, a juicio de los infrascritos, que no se puedan distinguir las formas o contornos de los objetos como lo afirma el médico...; que no se sepa al tomar con la mano el brazo de una persona qué es lo que se toma, como lo asevera don N. N....; ni que se divice cuál es el valor o clase de las monedas, ni quiénes son las personas cuya visita se recibe, com lo aseguran otros dos testigos. La persona que se halla en estas condiciones está en realidad privada de la vista; es ciega en la acepción vulgar y corriente de la palabra, la cual legalmente, para los efectos del artículo 1019 del Código Civil, no puede tener otra significación. Al prescribir este artículo que el testamento del ciego se ajusta a la formalidad especial de que sea leído dos veces en alta voz, ha tenido sin-du

da presente que el testador en este caso no puede ver el escrito a que se da lectura".

En otra sentencia del mismo tribunal, citada también por Claro Solar, se negó la acción de nulidad del testamento fundada en la ceguera de la testadora por no haberse dado por probado el hecho aseverado por el demandante de que la testadora hubiera estado completamente ciega tres años antes de su fallecimiento y por consiguiente, a la fecha en que se otorgó el testamento. Establece la sentencia que el art. 1019 sólo prohibe hacer testamento cerrado al ciego, que es en el lenguaje vulgar o jurídico la persona que se encuentra privada de la vista, y no al que la tenga más o menos sana; y del examen de la prueba resulta que la testadora no estaba ciega. Los votos disidentes de este fallo se fundan en el examen de la prueba del cual deducen que sí puede darse como plenamente justificado el hecho de que la testadora estaba ciega.

El mismo autor concluye que, como hecho de la causa, la ceguera del testador queda entregada a la apreciación soberana de los jueces del pleito; y escapa, por lo tanto, al control de la corte de casación que solamente podría casar el fallo de la corte de apelaciones por infracción del art. 1019 del Código Civil en el caso en que, a pesar de haber reconocido la sentencia recurrida que el testador era o estaba ciego, no hubiera dado lugar a la demanda de nulidad del testamento hecho sin sujeción a dicho artículo.

En este pleito lo que sucede es que el tribunal no ha dado por probada la ceguera con los elementos de convicción que obran en el proceso. Tal resulta de las trascripciones que se hicieron atrás. Puede fácilmente distinguirse la cuestión de hecho de la cuestión de derecho; es decir, la cuestión de la existencia y realidad del hecho de la ceguera y sus circunstancias, que es la cuestión de hecho, de la cuestión de los efectos jurídicos de ese hecho de la ceguera, que es la cuestión de derecho. Se pregunta: el fallo del tribunal en cuanto negó la nulidad demandada por la causal de la ceguera de la testadora se fundó en que no estaba probada la ceguera (cuestión de hecho); o en que, habiéndola reconocido como probada, no aplicó, sin embargo, el artículo 1076 del C. C., violando así esta norma legal sustantiva (cuestión de derecho), por infracción directa? La sentencia se funda en ambas consideraciones: la de derecho y la de hecho. La de derecho se expresa por el sentenciador en la afirmación de que el artículo 1076 "se refiere a los ciegos y no a las personas cuya capacidad visual haya aminorado". La de hecho está expresada por el tribunal al afirmar, por una parte, que de los testimonios traídos al juicio se deduce "que a la señora Matilde se le había disminuído la capacidad para ver, pero no que estuviera ciega"; y por otra, "que la limitación o privación total de uno de los órganos de los sentidos debe probarse con el concepto de personas especializadas en la materia, y no con declaraciones de quienes por razón de su profesión, arte u oficio no poseen los conocimientos indispensables para determinar el alcance de tal limitación orgánica".

El tribunal no da por probada la ceguera por dos razones: 1ª porque con los dichos de los testigos que analiza sólo se demuestra que la testadora "no podía leer las cartas, los rezos y los periódicos"... "pero no porque en ella hubiera desaparecido completamente el sentido de la vista, sino porque debido a su avanzada edad tal facultad había disminuído"; y 2ª porque no siendo los testigos especialistas en oftalmología, no se hallaban en capacidad de apreciar bien el grado de disminución del sentido visual en la testadora Ahora bien: esta apreciación de la prueba testimonial puede desestimarse y sustituírse por otra en casación?

Para que la apreciación de la prueba hecha por el tribunal sentenciador pueda ser cambiada en casación, se necesita que ella haya sido el efecto de un error de derecho o de un error de hecho sufrido por dicho tribunal. El recurrente ha afirmado que, en el caso presente, el tribunal sufrió un error de derecho consistente en haber creído que la ceguera de la testadora no podía probarse por medio de testigos. El error de derecho consistiría, pues, según este cargo, en haber pensado el tribunal que la ley excluye, para probar tal hecho, un medio de prueba: el testimonio humano. Pero, como atrás se vió, el tribunal no funda su fallo en que la prueba testimonial esté excluída por la ley para demostrar el hecho; sino en que los testigos no le merecen fe en cuanto aprecian el grado de pérdida de la visión en la testadora. No se trata, pues, de que el tribunal hubiera aplicado mal las normas legales que definen y valoran la prueba testifical y la pericial, sino de que las apreciaciones de los testigos respecto del hecho de la ceguera no le parecen suficientemente fundadas. Por este aspecto, pues, la Corte no podría cambiar la apreciación del tribunal, porque, a su juicio, dicho sentenciador de instancia hu-

biera podido, con un criterio menos riguroso o exigente, dar por probada la ceguera.

Queda por indagar si el error que el recurrente atribuye al tribunal fue error de hecho. Para que pudiera considerarse al tribunal incurso en un error de hecho por no haber tenido como probada la ceguera de la testadora con las declaraciones de los testigos que apreció, y encontró insuficientes, no bastaría con que no se hubiera declarado convencido con esos testimonios. Se necesitaría, además, que con esos testimonios estuviera probado de manera incuestionable, manifiesta o evidente dicha ceguera y que, sin embargo, el tribunal no los hubiera tomado en consideración. Ahora bien: como ya se ha visto, el sentenciador sí los consideró y los juzgó insuficientes para probar el hecho controvertido. Pero, además, estos testimonios no tienen el carácter de demostración evidente de tal hecho. La duda que surgió en el ánimo del tribunal porque los testigos deponen sobre hechos cuya exacta apreciación requiere conocimientos especiales, no puede considerarse evidentemente infundada; y tratándose de apreciar un haz de testimonios que afirman la ceguera, en contraposición a otros que la niegan, no puede decirse que de la confrontación resulte evidentemente establecido el hecho que afirma uno de los grupos de testigos y que el otro niega.

De lo expuesto resulta que en el presente caso hay una cuestión de hecho de aquellas cuya apreciación por el juzgador de instancia escapa a la censura de la Corte en casación. Esta cuestión de hecho es la de si está probado que la testadora hubiera perdido la vista hasta un grado tal que hubiera debido ser tratada como ciega, para el efecto de llenar las formalidades que para el testamento de los ciegos prescribe el artículo 1076 del C. C. El tribunal no consideró probado tal hecho y en esta apreciación suya no alcanza a discernirse ni un error de derecho ni uno de hecho. Por tanto, ella debe ser respetada por la Corte. Y sobre la base de tal apreciación, no se puede concluír que el tribunal violara la citada norma sustantiva que impone especiales formalidades para el testamento de los ciegos.

Se concluye, pues, que este tercer cargo no está fundado.

Cuarto cargo

Dice el tribunal:

"No basta afirmar que el testador padecía de enfermedad mental que le impedía expresar su voluntad de manera completa, sino que, es necesario demostrar plenamente que la enfermedad o alteración de sus facultades mentales o volitivas lo han incapacitado para expresarse libremente en el momento de otorgar el testamento, y no antes ni después. Pero cómo se demuestra que una persona sufrió una alteración que la imposibilitó para obrar con libertad y conciencia en el momento de testar? Es obvio que por medios idóneos, es decir, con pruebas que lleven al ánimo del juzgador la certeza de que en el momento de testar, el otorgante no estaba en su sano juicio, lo que se conseguirá con el concepto de expertos en enfermedades mentales, pero jamás con apreciaciones, por lo general equivocadas, de personas carentes de conocimientos en psicopatología, y por ende, no aptas para precisar la clase de dolencia o alteración sufrida por el testador. Corresponde a los científicos determinar en cada caso concreto, cuándo la perturbación funcional o mental de una persona es tan grave que afecte su voluntad o su inteligencia, en forma tal que lo incapacite para obrar de manera consciente".

El recurrente ataca estos conceptos del tribunal así:

"El tribunal apreció del modo siguiente las pruebas aportadas para demostrar la inhabilidad de la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela para testar.

"Toma como punto de partida la posición de que las perturbaciones mentales y por consiguiente la misma sanidad se demuestra por los medios idóneos, es decir "con el concepto de expertos en enfermedades mentales, pero jamás con apreciaciones de personas ignorantes en psicopatología" y añade:

"Que ninguno de los testigos que han declarado es experto en esas ciencias.

"Que en cambio el notario y los testigos instrumentales y el que firmó en reemplazo de la testadora afirman unánimemente que ella se hallaba en el pleno goce de sus facultades mentales".

"Que las demás declaraciones no devirtúan la del notario quien por serlo merece toda credibilidad y es, de acuerdo con el art. 2586, el depositario de la fe pública (fls. 19 y 20 Cuad. 4).

"Pero las pruebas que así aprecia el tribunal, dicen todo lo contrario, como lo acredita la simple lectura de ellas. En efecto:

"1. El notario Sr. Aníbal Turbay Ayala dice: 'Me consta por haberlo presenciado que pocos días antes de la fecha atrás indicada fui, con testigos,

a la habitación dicha a presenciar el otorgamiento del testamento a que me refiero en la respuesta anterior, y en esta vez no se efectuó por hallarse la testadora nombrada en imposibles condiciones físicas y psíquicas". En vista de los inconvenientes y condiciones físicas y mentales de la testadora señora Fonnegra de Valenzuela, insinué para que esta fuera sometida a un examen por facultativos y al efecto fue reconocida por los doctores Elías Borrero Durán y Francisco Montero Torres, quienes emitieron sus conceptos y éstos se hallan agregados a la escritura testamento antes citado". "Me consta que no obstante los reconocimientos médicos la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela estaba incapacitada físicamente para firmar y por eso lo hizo en la declaración testamentaria a su ruego el señor Neftalí Almario". Exactamente no pudiera decir cuál era la incapacidad de la testadora y ello está determinado en los conceptos médicos a que me refiero". (Fol. 22. C. 5).

"De estas contestaciones del notario, trascritas textualmente, resulta claro su concepto sobre el pleno estado de incapacidad mental y física para testar, y que subsistía en su concepto no obstante los reconocimientos médicos, y que él autorizó el otorgamiento defiriendo ciegamente a los mismos conceptos.

"Todo lo contrario ee lo que le atribuye el tribunal.

"2.—La declaración del testigo Neftalí Almario (Fl. 10 C. 3) es interesante. Dice: "Me parece que fuimos dos veces con el notario Turbay a la casa de la señora testadora Fonnegra". No recuerda el motivo por el cual no se otorgó el testamento la primera vez, ni recuerda por qué motivo, enfermedad o impedimento no firmó la testadora. Tampoco recuerda qué persona fue la que firmó en vez de la señora Fonnegra. De ahí se infiere naturalmente que menos podría saber que la testadora disfrutara de su entero y cabal juicio.

"3.—Los médicos cuyos certificados se utilizaron en el otorgamiento, tampoco han sostenido sus atestados.

"El doctor Borrero Durán (fol. 14 C. 4) ha dicho que la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela padecía de hipertensión arterial causa por la cual sufrió dos veces espasmos o derrames cerebrales que le produjeron una paresia del brazo derecho. Se trataba pues de una enferma paralítica de ochenta y cinco años.

"El doctor Montero Torres, mucho más sincero por estar libre de anteriores vínculos con la familia dice, (fol. 17 C. 3) que examinó a la señora Matilde quien tenía las facultades intelectuales y físicas atenuadas, con perturbaciones ocasionadas por lesiones cerebrales de ateroma, isquemia cerebral. Agrega:

"Expuesto lo anterior ignoro hasta qué punto sea apta la señora para que sus actos de la vida civil sean válidos". (Fl. 19 v. C. 3).

"Claramente se ve que en el fondo existe una conformidad entre estas declaraciones de los facultativos y la declaración del notario, con la circunstancia de que el médico dice ignorar hasta qué punto la testadora era hábil o no para testar, mientras que para el notario sí se hallaba en imposibles condiciones físicas y psíquicas o mentales.

"El concepto del tribunal de que esos facultativos consideraron a la testadora como plenamente capaz, resulta contrario a la evidencia.

"4.—Otros facultativos, los doctores Carlos Arteaga y José Gregorio Franco (fl. 5 a 7 C. 2) informan nítidamente sobre la mala salud, la pérdida de la visión y el déficit de las facultades mentales y volitivas de la testadora.

Sus testimonios coinciden así con los del notario y del médico Montero Torres, en pleno desacuerdo y oposición con lo que infirió el tribunal.

"5. Otro grupo de testigos de cultura excepcional, que conocieron y trataron muy íntimamente y por largos años a la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela, atestiguan con sobra de detalles útiles que ella era muy enferma; carecía de la vista; sufrió de varios derrames cerebrales; no podía moverse en la cama por causa de la enfermedad; era como una niña chiquita, sin entendimiento pleno ni voluntad propia, es decir, que había perdido sus facultades físicas e intelectuales. Eso dicen las señoras Leonor Calvo de Vejarano, Beatriz Vejarano de Castaño, Cecilia Vejarano de Pombo y don Luis Calvo (C. 5)

"La exacta información que ellos han dado, coincide así, también con la exposición del notario, del doctor Montero Torres y de los demás médicos. Comparándola con la apreciación del tribunal se justifica la tacha de error evidente, propuesta.

"6. El señor José María Vall Serra y la doctora Isabel Vall Serra personas también de magnífico criterio y grande experiencia de la vida, my ilustrados y ligados por la amistad a la señora Matilde Fonnegra de Valenzuela, nos la señalan en sus declaraciones como anciana muy enferma incapacitada para andar sola, privada de la vista, sin

coordinación en el lenguaje; no conocía a sus amistades y carecía de facultades mentales suficientes.

"Considerar que datos tan exactos como éstos no alcanzan a señalar el imperfectísimo estado de inhabilidad mental de la testadora señora Matilde Fonnegra de Valenzuela, entraña un manifiesto error en la apreciación de la prueba.

"7. Otra información complementaria, y también de un valor extremado, es la que dió, al absolver posiciones, la señora Inés Valenzuela Fonnegra, en forma de confesión judicial. Dijo que su madre vivió siempre muy delicada de salud desde el año de 1936, que sufrió espasmos cerebrales; que como estaba imposibilitada para caminar tenía que darle el brazo; que antes de los derrames cerebrales ella veía ya muy poco; que le pedía el favor de leerle las cartas y las oraciones; que no leía por hallarse privada de la vista, y que días antes de la fecha del testamento el mismo notario segundo con los testigos fueron a su casa y ella no pudo otorgar la escritura por hallarse en absoluta imposibilidad física y mental.

"En contra del hecho capital y circunstancias que se derivan de esta prueba suprema y plenísima, el tribunal ha entendido que la testadora de que se trata se hallaba en la plenitud de su salud física, en la plenitud de su mente y en la plenitud de su voluntad.

"El error de hecho en que el sentenciador incurrió aparece así con manifiesta evidencia.

"Violación consecuencial de la ley.

"A la luz de las pruebas que examinó el tribunal, se llega a la conclusión de que la testadora no era hábil para testar por las imposibles condiciones físicas y psíquicas que la aquejaban, por el reblandecimiento cerebral, por la demencia senil.

"El testamento que ella otorgó en esas condiciones es nulo de conformidad con los artículos 1031 y 1062 del Código Civil".

La Corte considera:

Este cargo es el de violación de la ley sustantiva (art. 1061 y 1062 del C. C.) a través de una mala apreciación de la prueba; mala apreciación que, a su turno, tuvo como causa un error de hecho evidente. Ya se dijo atrás cuáles son los elementos lógicos con que se construye el concepto de error de hecho evidente como motivo de casación. En el presente caso faltan los siguientes de esos elementos:

1º No se trata de que el tribunal no considerara los testimonios sino de que no los juzgó aptos para demostrar la enfermedad mental de la testadora. Dicho juicio del sentenciador se fundó en estos considerandos:

a) en que los testigos hacen apreciaciones sobre la salud de la testadora que requieren conocimientos científicos especiales;

b) en que las declaraciones de los testigos sobre la perturbación mental de la testadora no se refieren al momento del otorgamiento del testamento, sino a tiempos anteriores; y

c) en que dichos testimonios están contradichos por las declaraciones del notario y de los testigos instrumetales y por las afirmaciones de médicos que declaran que el estado mental de la testadora era normal, aunque con algunas deficiencias propias de su avanzada edad.

2º No puede decirse que los testimonios rechazados como plena prueba de la demencia, demuestran evidentemente la enfermedad de la testadora. En realidad lo que resulta evidente de examinarlos es que ellos están constituídos, esencialmente, por inferencias de los testigos basadas sobre hechos que ellos observaron pero que pueden requerir, para su exacta observación y apreciación, facultades peculiares y conocimientos científicos especiales. Ahora bien; la apreciación sobre si los fundamentos de esas inferencias son o no suficientes es una cuestión de hecho que la ley deja a la discreción del tribunal. Y la Corte no puede sustituír ésta por la suya propia, sin desvirtuar el carácter de la casación y convertir este recurso en una tercera instancia.

Por lo demás, lo dicho, a propósito del tercer cargo, sobre la limitación de las facultades de la Corte en tratándose de cuestiones de hecho, es aplicable a éste.

"La demencia no es siempre continua y completa: con frecuencia ella es interrumpida por intervalos lúcidos. ¿Cómo se prueba que en el momento preciso en que cumplió el acto que se ataca, el alienado estaba privado de su razón? Esta prueba suele ser difícil aunque puede establecerse por todos los medios, ya que se trata de un simple hecho. Admitiéndolo así, la jurisprudencia suele contentarse con una presunción resultante de que el alienado se haya encontrado casi constantemente en estado de demencia, tanto en el período anterior como en el período posterior al acto suyo que se ataca por nulo. De ese hecho concluyen los tribunales que es casi cierta la demencia en el momento del acto, a menos que quienes sostienen su validez establezcan la existencia de determinadas circunstancias que hagan

verosímil un intervalo lúcido en dicho momento. Este procedimiento no es sino la aplicación del derecho común, que permite al juez, cuando la prueba testimonial es posible, decidirse por simples indicios; pero esta apreciación, como cuestión de puro hecho que es, escapa a la censura de la corte de casación". (Planiol et Ripert. Obra citada. Tomo I página 757, Nº 125).

Queda por examinar lo relativo a la confesión de la demandada. En primer lugar hay que atender al objeto de esa confesión, es decir, a cuáles fueron los hechos sobre que versó y a cuál es la relación entre lo confesado y la acción cuyos fundamentos de hecho se trataba de probar.

La demandada reconoció, en posiciones, como ciertos, los siguientes hechos:

Que la testadora veía muy poco por lo cual la demandada debía leer para ella las cartas, oraciones y periódicos; que es cierto que sufrió derrames cerebrales o espasmos nerviosos pero que, sin embargo, su mente continuó perfectamente lúcida; y que es verdad que estaba imposibilitada para caminar sin ayuda, pero no paralizada.

Como se ve, la demandada no confiesa la demencia o enfermedad mental de la testadora, sino que reconoce ciertos hechos de los cuales, según el recurrente, el tribunal ha debido inferir la existencia de aquella enfermedad. La prueba de la demencia no consiste, pues, en la confesión de la demandada. Los hechos por ésta confesados son sólo presunciones simples o indicios del hecho fundamental de la acción de nulidad, esto es, de la demencia.

En último análisis, la sentencia acusada se funda, pues, en esta materia de la nulidad del testamento por demencia de la testadora, en una apreciación de indicios. Y ésta no puede variarse por la Corte. Se concluye que este cargo tampoco está fundado.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada el ocho (8) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), que ha sido objeto de este recurso. Condénase a la parte recurrente en las costas del recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



ACCION ORDINARIA DE SEPARACION DE BIENES.—TECNICA DE CASACION

1—Es inadmisible la tesis de que el artículo 8º de la Ley 28 de 1.932 haya sustituido el procedimiento que para la separación común de bienes ofrece el Título XX, Libro 2º del Código Judicial.

2—Cuando las aclaraciones o explicaciones agregadas guardan íntima relación con el hecho principal contenido en la pregunta, la confesión es indivisible.

3—El marido no puede oponerse a la separación de bienes demandada por la mujer, alegando que ella se ha puesto en incapacidad de ejercitar esa acción por haberse abandonado el hogar dejando de cumplir los deberes de esposa. Así lo sostuvo ya, en otra ocasión, la Corte.

4—La simple discrepancia entre el recurrente y el Tribunal acerca de la manera de interpretar unos testimonios, no justifica la casación, porque no es posible presumir que el acertado sea el recurrente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

Con fecha 3 de junio de 1953, el Tribunal Superior de Bogotá, revocó el fallo de primera instancia que, por deficiencia en la prueba, había denegado la separación de bienes demandada por Evangelina Carrillo de Alarcón contra su marido Juan N. Alarcón.

En lugar de la providencia del Juez de Circuito, la de segundo grado decretó lo pedido, por haberse mejorado la demostración de los hechos en que la demandante apoya su acción y que el Tribunal sintetiza fielmente así:

"En escrito presentado al Sr. Juez Civil del Circuito de Ubaté, por intermedio de apoderado, manifiesta la señora Evangelina Carrillo de Alarcón, que el 12 de febrero de 1923 contrajo matrimonio católico con Juan N. Alarcón en la Iglesia del Carmen de Carupa, procreando en el curso de la unión siete hijos llamados Hernando, Isabel, Misael, Pedro María, Rigoberto, María Trinidad y María Eufrasia, adquiriéndose durante la sociedad conyugal con el esfuerzo común de ambos socios varios inmubles, muebles, semovientes, especificados debidamente, pero que, Juan N. Alarcón desde hace algún tiempo viene dándole trato cruel de palabra y de obra, haciendo no solo imposibles la paz y el sosiego doméstico sino poniendo en inminente peligro su vida, viviendo también amancebado, llegando su absoluto abandono en los deberes de esposo a haberla arrojado de su casa, teniendo completamente abandonada su familia y habiendo cometido delito en el acceso carnal con una de sus propias hijas, y, por tales episodios, demanda por la vía ordinaria a su marido para que se decrete la separación definitiva de los bienes habidos en la sociedad conyugal Alarcón-Carrillo y la entrega a cada consorte de los que le pertenecen, disponiendo como consecuencia la disolución de la misma, y, además, la condena al reo a concurrir en la mitad de los gastos para el sostenimiento y educación de los hijos menores comunes y la imposición de costas".

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandada, la Corte procede a decidirlo mediante las consideraciones que siguen:

Primer cargo

El recurrente le imputa aquí al Tribunal varios desaciertos de carácter jurídico, que involucra en forma caótica y global, inaceptable en casación, porque se limita a sostener tesis que, por un lado, son equivocadas y, por otro no se plantean para respaldar la acusación concreta de quebrantamiento de determinadas disposiciones sustantivas y el concepto en que fueron violadas. Este defecto de la demanda de casación bastaría para rechazar el cargo; pero como la Corte no quiere dar la impresión de desatender las razones que aduce un recurrente sin mirarlas siquiera, se referirá a las que en el presente caso se presentan para que se vea cómo son de improcedentes:

En primer lugar se sostiene que fue violado el artículo 343 del Código Judicial que obliga al Juez a considerar todo hecho que implique una

excepción perentoria, aunque no se hubiere alegado.

La excepción a que alude el recurrente es la de cosa juzgada, que se hace consistir en que habiéndose adelantado y fallado, en sentido adverso a la actora, con anterioridad al juicio ordinario de que hoy se trata, el especial reglamentado por los artículos 796 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el fallo pronunciado allí, hace tránsito a cosa juzgada en la vía ordinaria y nula toda sentencia que se pronuncie en el segundo debate (art. 473 del C. J.); y como el Tribunal desconoció el mandato de esta norma violó el artículo 1805 del Código Civil, que le confiere al marido la calidad de administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

En primer lugar, aunque la excepción de cosa juzgada no fue propuesta formalmente por el demandado, como en el curso del debate se adujo la providencia con que finalizó en diciembre de 1.950 el juicio especial que la demandante había propuesto y perdido antes del ordinario, el Tribunal sí consideró el hecho de que se trata, y con razones expuestas por él en su fallo, respaldadas con la doctrina jurisprudencial de la Corte, sentada en sentencia de 16 de marzo de 1948 (Gaceta Judicial Nº 2060, págs. 83 a 87), fue de concepto que la decisión que puso fin al juicio especial de separación de bienes, no hacía tránsito a cosa juzgada, dado el texto del inciso 3º del art. 799 del C. J.

Sin entrar en el estudio a fondo de la cuestión jurídica planteada, por ser innecesario pero suponiendo que el Tribunal se hubiera equivocado al negarle al fallo del juicio el mérito o alcance que el recurrente le atribuye, y que la Corte también careciera de razón al sentar la doctrina en referencia, la imputación hecha al Tribunal de haber desatendido lo dispuesto por el artículo 473 del Código Judicial, no basta, en el presente caso, por sí sola, para fundar el recurso de casación.

Aquí se observa una doble deficiencia en el cargo. Si en alguna equivocación incurrió el Tribunal, no sería en la interpretación del artículo 473, cuyo texto y espíritu acata. El error, si lo hubiera, podría estar en la interpretación del inciso 3º art. 799 del Código citado, pero el recurrente no ataca por ahí el fallo. Y en cuanto a otras disposiciones que consecuencialmente hubieran podido quebrantarse, como las reguladoras de la separación de bienes (del capítulo 3º Título 9º Lib. 2º del Código Civil, o de la ley 8ª de 1.922), el recurrente ni siquiera menciona alguna. En cambio, señala como disposición consecuencialmente violada, por haberse desconocido el mérito que le dá al fallo del juicio especial, el art. 1805 del Código Civil, que le otorgaba al marido la calidad de jefe único de la sociedad conyugal y administrador exclusivo de los bienes sociales y de los de su mujer; disposición que fue modificada sustancialmente por la Ley 28 de 1.932, que estableció un régimen patrimonial en el matrimonio diferente al antiguo en que operaba la disposición totalitaria del artículo 1805.

El reparo de que con la separación de bienes decretada en la sentencia recurrida se viola el artículo 1.805 del Código Civil que le otorga al marido el carácter de administrador de los bienes de la sociedad conyugal, es tan inepto, que lo sería antes de la expedición de la Ley 28 de 1932, cuando el Código le daba al marido poderes omnímodos de administrador exclusivo. Con razón aquel reparo carece de mérito bajo el régimen de la citada ley, cuyo artículo 1º le confiere a ambos cónyuges amplios poderes dispositivos y administrativos.

Por último, la alegación de que actualmente el procedimiento en el caso que se ventila en este juicio no era el de la vía ordinaria sino el sumario del art. 1203 del Código Judicial, por mandato del 8º de la Ley 28, tampoco tiene fundamento alguno, porque dicho artículo 8º nada tiene que ver con la separación de bienes del derecho común (arts. 197 y siguientes del C. C. y ley 8ª de 1.922), sino con "Las cuestiones que se susciten entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de esta ley" (1a28).

A nadie se le había ocurrido sostener, ni siquiera pensar, que el art. 8º de la precitada ley hubiera sustituído el procedimiento que para la separación común de bienes ofrece el Título XX Libro 2º del Código Judicial. Semejante idea debe ser rechazada en el mismo instante de su enunciamiento, por ser evidentemente injurídica.

En conclusión, el cargo que se ha examinado es, por todos sus aspectos, inaceptable.

Segundo cargo

Adolece en su forma y en el fondo, de los mismos defectos del anterior: imprecisión, confusión en el planteamiento; y empeño en sostener tesis de derecho manifiestamente equivocadas.

Principia el recurrente por afirmar que la sentencia recurrida "Contiene apreciación errónea de las pruebas presentadas por las partes", así, sin decir si se trata de error de hecho (que para

hacerlo valer en casación debe ser manifiesto o evidente) o si de error de derecho, se limita simplemente a sostener que con las declaraciones de testigos presentadas por la demandante no aparecen acreditados los malos tratamientos que le imputa al marido demandado, como tampoco que éste la "votara" (sic) de la casa. Que, al contrario, en posiciones confesó la señora Carrillo de Alarcón que ella se había salido tres veces; que al desestimar esta prueba el Tribunal había violado el art. 606 del Código Judicial y el 1757 del Civil. Lo mismo en lo referente a los suministros para mantenerse y vestirse.

Pero, en cuanto a la confesión, lo sucedido fue que el Tribunal la consideró indivisible e inoperante contra la absolvente, porque al preguntársele a ella sobre las varias salidas de la casa, contestó:

"Es verdad que me salí por tres veces, pero para escaparme de que me pegara o me quitara la vida, ya que en varias ocasiones me echó bala, con ánimo de matarme".

La indivisibilidad de esta confesión se imponía, porque las aclaraciones o explicaciones agregadas guardan íntima relación con el hecho principal contenido en la pregunta, luego al dividirse la confesión, como lo quiere el recurrente, sí se violaría el art. 609 del Código Judicial.

Otro flanco de ataque que el recurrente escoge contra la sentencia acusada, es el de la prueba testimonial aducida por la demandante para acreditar los hechos de abandono y malos tratamientos de obra por parte del marido, suficientes para acabar con la paz y sosiego domésticos y hasta poner en peligro la vida de la mujer.

El Tribunal examinó más de quince declaraciones y encontró que con la mayor parte de ellas se acreditaban tales hechos, aunque no todos los testigos declaran exactamente sobre el mismo hecho en concreto y no obstante aparecer que siendo la demandante persona juiciosa, hacendosa y abnegada en un principio más tarde se salía de la casa (tres veces según la confesión de ella), y tomaba bebidas embriagantes. Pero, de un lado, esto se puede explicar en las circunstancias deplorables en que el propio marido la tenía; y, por otra parte, con mucha razón observa el Tribunal que aún suponiendo "que la demandante hubiera incurrido en la falta que se le imputa, ésta no compensaría la del marido, ni enervaría la acción aquélla".

A este respecto la Corte ha dicho:

"El marido no puede oponerse a la separación de bienes demandada por la mujer, alegando que ella se ha puesto en incapacidad de ejercitar esa acción por haber abandonado el hogar dejando de cumplir los deberes de esposa"; (Casación de 25 nov. de 1927, XXXV, 99)".

De la gran cantidad de testimonios que el Tribunal tuvo en cuenta, el recurrente glosa unos pocos, pero sin hacerle al Tribunal imputación de error manifiesto de hecho, ni en qué consiste y cómo se patentiza tal error, ni que se haya incurrido en alguno de derecho, sino en que el recurrente interpreta los testimonios de manera diferente a como los aprecia el Tribunal; y esa simple discrepancia de criterio no justifica la casación, porque no es posible presumir que el acertado sea el recurrente.

La única acusación de importancia aparente, pero sin el menor mérito consiste en que el Tribunal no atendió las aclaraciones que tres testigos de apellido Valencia hicieron en posiciones absueltas extrajudicialmente y presentadas en la audiencia pública celebrada en la segunda instancia.

A este respecto, dice el Tribunal: "El Procurador del demandado, en el alegato de conclusión increpa las deposiciones de Víctor Valencia, Carmen Rincón de Valencia y Vicente Valencia, aduciendo luego en el curso de la audiencia copia de las posiciones por ellos rendidas en el Juzgado Municipal de Carupa a solicitud de Alarcón, de las cuales nada surge para invalidar sus dichos sino antes los confirman, recalcándose que la audiencia pública no es oportuna para producir probanzas, ya que éstas para poder apreciarse deben haberse obtenido en cualquiera de las formas contempladas en el art. 597 del C. J., llegando al proceso en tiempo oportuno, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte".

De manera que el Tribunal sí consideró las referidas posiciones y con toda razón les desconoció mérito.

El cargo que se acaba de examinar tampoco tiene fundamento.

En tal virtud, 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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 3 de junio de 1953, en el juicio ordinario seguido por Evangelina Carrillo de Alarcón contra Juan N. Alarcón. Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.—CASO EN QUE SE REIVINDICA TAN SOLO UNA PORCION DE UN TERRENO MAS GRANDE, DE TODO EL CUAL ES PROPIETARIO EL DEMANDANTE

1—Cuando lo que se reivindica es tan sólo una porción de un globo más grande de tierra, a que se refieren los títulos de la parte demandante, es necesario señalar de manera precisa en la demanda cuáles son los linderos de la porción reivindicada, porque para la determinación del objeto de la acción no basta con especificar los generales del terreno del cual forma parte la porción reivindicada.

2—Si en casación se acusa por errores en la apreciación de las pruebas, es preciso señalar también cuáles fueron las normas sustantiva que se violaron como consecuencia de esa errónea apreciación de los medios probatorios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes:

Emilio Franco Suárez y Roberto Posada, por medio de apoderado, promovieron demanda ante el Juez del Circuito de Cali contra Medardo Piedrahita y Sara Bautista de Piedrahita, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. — Los demandantes señores Emilio Franco S., y Roberto Posada F., mayores de edad y domiciliados en esta ciudad son poseedores inscritos, y como tal dueños exclusivos en común, del lote de terreno delimitado en el punto séptimo (7º) de los hechos anotados como base de la demanda, conforme lo acreditan los títulos acompañados como fundamento de la acción de dominio que ha dado margen a esta sentencia:

"Segunda. — Como consecuencia lógica de lo anterior, condénase a los señores Medardo Piedrahita y Sara Bautista de Piedrahita a restituír materialmente, tres días después de ejecutoriada la sentencia, a la comunidad formada por los señores Emilio Franco S. y Roberto Posada F. y en lo que se refiere al lote de terreno demandado, haciendo uso de la fuerza si a ello hubiere lugar.

"Tercera. — Condénase a los demandados Medardo Piedrahita y Sara Bautista de Piedrahita, al pago de los frutos naturales y civiles, lo mismo que el lucro cesante y daño emergente, durante todo el tiempo que los demandados han retenido la propiedad de los demandantes, y cuyas prestaciones se liquidarán de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

"Cuarta. — Condénase igualmente a los demandados al pago de los perjuicios sufridos por los demandantes, durante todo el tiempo que los demandados han retenido la posesión material, los cuales también se liquidarán de acuerdo con la disposición antes invocada.

"Costas a cargo de los demandados".

Entre los hechos fundamentales de la demanda se encuentran los siguientes:

"7º—El lote determinado en el punto segundo de este escrito, unido al lote adjudicado al señor Emilio Franco, en la partición hecha con el doctor Gabriel Esguerra, forma una mayor extensión o cuota singular que se determina por estos linderos:

"Norte y Este, con predios del doctor Gabriel Esguerra y Familia Arce; suroeste Avenida Novena (9ª) del Barrio Granada, en una extensión de diez metros (10-M.75) con setenta y cinco centímetros; sureste, casa que fué del doctor J. Vallejo O. Byrne hoy de Manuel Muñoz Gómez, en parte, y en parte, la carrera doce y terrenos de la familia López; y por el Oeste, con los mismos señores López, una cañada de por medio."

"9º—Dentro de este globo general que comprende tanto los derechos del señor Roberto Posada como los del señor Emilio Franco S., según los detalles anteriores, hacia el lado norte, los señores Medardo Piedrahita y Sara Bautista de Piedrahita, están ocupando una extensión de doscientos metros (200 m.) más o menos, desde hace unos ocho años, pero reconociendo dominio

ajeno, con casa de habitación y algunos cultivos, contra la expresa voluntad de sus dueños, y sin ningún título que les justifique su precaria ocupación". (El último subrayado pertenece a la Corte).

El juzgado absolvió a los demandados en fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior de Cali y contra el cual la parte demandante interpuso recurso de casación.

La sentencia acusada

Analiza el sentenciador las peticiones de la demanda y los hechos en que ésta se funda, lo mismo que las pruebas aducidas en el juicio, para llegar a la conclusión de que la acción no puede prosperar por no estar determinada la cosa cuya reivindicación se pretende.

A este respecto expone:

"La falta de esta determinación especial hace fallar la acción en todos sus elementos constitutivos, pues no se establece con precisión la extensión de lo reclamado, ni se sabe si efectivamente los demandados lo posean materialmente como se les atribuye en la demanda, ni si efectivamente la porción reclamada esté comprendida en los títulos inscritos que se acompañan para acreditar el dominio de los demandantes sobre el globo general que se les atribuye; ni tampoco se sabe si lo reclamado es lo mismo que poseen los demandados.

"Se llega así a la misma conclusión a que llegó el Juez de 1ª instancia o sea que la acción ejercitada no ha sido procesalmente establecida, por lo que es preciso absolver a los demandados de los cargos de la demanda".

El recurso de casación

Dos son los motivos por los cuales, con base en la causal primera, se acusa el fallo recurrido.

El primero: por violación de los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, proveniente de apreciación errónea de la inspección ocular y de falta de apreciación de la prueba pericial. "En efecto —dice el recurrente— hay un error de hecho consistente en dar por no identificada la cosa materia del juicio cuando en realidad su identificación se halla completamente establecida. Hay también un error de derecho consistente en no haber apreciado las citadas pruebas como plena comprobación de los hechos a que se refieren, siendo obligatorio para el Juzgador ceñirse a las constancias dejadas por el Juez en las actas de la inspección ocular sobre los hechos y circunstancias observadas personalmente".

El segundo: por violación de los artículos 722 y 730 del Código Judicial, a consecuencia de haber rechazado el sentenciador, sin razón para ello, las pruebas consistentes en el dictamen pericial y en la diligencia de inspección ocular.

Sobre estos cargos, la Corte considera:

Cuanto al primero: a) ..Que, según aparece en las transcripciones que se han hecho de las partes pertinentes de la demanda, ésta no especifica la cosa cuya reivindicación se pretende, grave deficiencia que por sí sola es suficiente para determinar el fracaso de la acción.

"Entre las condiciones indispensables para la procedencia de la acción reivindicatoria, contenidas en su definición legal está la de que se trate de una cosa singular, esto es, determinada o individualizada como cuerpo cierto. Este requisito, tratándose de inmuebles y especialmente de predios rurales, no puede satisfacerse sino con la descripción de sus límites, esto es, con el señalamiento del término o línea que los separe de las demás heredades, y que a la vez que los diferencia de otros fundos, sirve para precisar objetivamente, demarcando su perímetro sobre la tierra, la extensión del derecho real de dominio, como es necesario para que pueda hacerse efectivo con el uso de las acciones legales que lo tutelan, porque sólo así será posible que el dueño sepa qué es lo que puede hacer respetar y qué es lo que los demás deben respetar. Esta la razón esencial de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, cosa que no puede lograrse, tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la ley, como se ve, entre otros, de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil, que condiciona en general las demandas sobre cosa raíz con la especificación de los linderos, y los artículos 2594 y 2663 del C. C. y 15 de la Ley 40 de 1932, que imponen la delimitación como la manera legal de singularizar los bienes inmuebles. Y como lo tiene también establecido en doctrina uniforme y reiterada esta Sala de Casación Civil, que en caso análogo al de hoy dijo: "La determinación de la finca raíz que se reivindica no puede hacerse sino por el señalamiento de sus linderos; y cuando ella hace parte de un globo mayor de tierra cuyos linderos se expresan, no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial." (G. J. Tomo XXXI, página 54).

"No sobra añadir que el precepto del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, modificado hoy según el

texto del artículo 2º de la Ley 38 de 1945, sólo tiene sentido y aplicabilidad partiendo de la exactitud de la demanda respecto de la cosa sobre cuyo dominio se litigue; la dicha norma exige "el nombre de la propiedad inmueble, su situación y linderos", porque sólo mediante el registro de esos particulares puede quedar fuera del comercio una determinada finca, con exclusión de otra cualquiera, y como la orden judicial que tal artículo contempla ha de librarse "en el mismo auto en que acepta la demanda", síguese que es en el libelo, y no en otra cualquiera de las actas procesales, en la que ha de contenerse la descripción completa del inmueble respectivo". (Casación, 21 de mayo de 1949, G. J. 2073; julio 15 de 1949, G. J. 2075).

b) Que, en consecuencia, acierta el sentenciador al anotar en relación con la necesidad de determinar, por sus linderos, la cosa que se trata de reivindicar: "Por esto dice la ley "si lo que se demanda es una cosa raíz, **deben especificarse los linderos y las demás circunstancias** que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse" (art. 222, C. J.). Aquí la porción reclamada no se distingue en forma precisa del globo general en que está comprendida según la demanda, porque no se expresan sus **linderos especiales**, como era de rigor legal y también lógico".

c) Que, por otra parte, el sentenciador sí analiza las pruebas a que se refiere el recurrente y asienta, con acierto, al respecto:

"Una cosa es el lote general de Emilio Franco S. y Roberto Posada F., a que se refieren los títulos inscritos relacionados en la demanda y la súplica primera de esta misma, y a cuya determinación principalmente se ha encaminado el empeño probatorio del apoderado de los demandantes, y otra **bien distinta**, puesto que es el objeto materia del litigio, lo que debe ser restituído según la intención de la demanda, **la porción de dicho lote en general** poseída materialmente por los demandados, según el libelo, Medardo Piedrahita y Sara Matilde Bautista de Piedrahita.

"En la demanda dicha porción se indica, según se ha visto, como "extensión de doscientos metros aproximadamente" ocupada por Medardo Piedrahita y Sara Bautista de Piedrahita, **hacia el lado norte** del globo general que comprende los derechos del señor Emilio Franco y Roberto Posada.

"De modo que sólo hay tres elementos para determinar la porción o cuota parte reivindicada, así:

"1º).—Globo general de Emilio Franco y Roberto Posada.

"2º—Lado norte de dicho globo general, y

"3º—Extensión de doscientos metros aproximadamente.

"Mas no es esto suficiente, porque no se expresan los **linderos especiales** de la porción reclamada como integrante del globo general mencionado.

"Por la indeterminación en que queda la porción referida, no se puede establecer con certidumbre si los demandados la poseen materialmente en la extensión que dice la demanda, o realmente en otra distinta. Igualmente la situación geográfica de la porción referida, aparece imprecisa de los términos con que se trata de fijarla, pues decir **hacia el lado norte** es dar una orientación o dirección, pero no fijar con precisión la situación geográfica del terreno disputado".

Cuanto al segundo, basta anotar que el recurrente no cita ninguna disposición sustantiva violada por el fallo, a lo que se agrega que las pruebas a que se hace referencia fueron, como se ha dicho, correctamente apreciadas en el fallo acusado.

Visto lo anterior, se desechan los cargos.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EN JUICIO SOBRE NULIDAD DE UN TESTAMENTO, LA FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE ESTE, NO ES FALTA DE UN PRESUPUESTO PROCESAL, QUE IMPIDA FALLAR EN EL FONDO; SINO FALTA DE PRUEBA DE UN HECHO FUNDAMENTAL DE LA ACCION, QUE DETERMINA UN FALLO ADVERSO AL ACTOR

Así como cuando se ejercita la acción resolutoria y el demandante no prueba la existencia del contrato cuya resolución pide, el tribunal no debe abstenerse de fallar sobre el fondo, sino absolver al demandado por no haber acreditado el demandante los hechos fundamentales de su acción; así también, cuando se pide la nulidad de un testamento y el actor no acredita la existencia de ese acto testamentario, lo que procede no es que el sentenciador se abstenga de fallar sobre el fondo, sino que absuelva al demandado por no haber demostrado el demandante la existencia del derecho deducido en el juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y cuatro .

(Magistrado Ponente: Doctor Darío Echandía)

Ante el juez civil de este circuito de Bogotá cursaba el juicio de sucesión del señor Alberto Sanz de Santamaría y de la señora Rosa Tzeline Sanz de Santamaría cuando el señor Hernando S. de Santamaría demandó a la señor Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, mayor y vecina de París, y a Boris Ziwes, de domicilio desconocido, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que es ineficaz o no tiene validez ni operancia en la República de Colombia, el testamento ológrafo otorgado por el señor Alberto Sanz de Santamaría en la ciudad de París, Francia, el día 28 de junio de 1931, y que dice así: "instituyo legataria universal de todo cuanto poseo, a mi mujer. Hecho en París el 28 de junio de 1931. (firmado), doctor Alberto Sanz de Santamaría".

"Segunda.—Que es ineficaz y no tiene ninguna validez ni operancia en la República de Colombia, el testamento ológrafo, otorgado por la señora Tzeline de Sanz de Santamaría, por medio del cual instituyó como su legataria universal a la señora Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, testamento otorgado en París, Francia, el 21 de septiembre de 1945, y que dice así: "París 21 de septiembre de 1945. Este es mi testamento: instituyo a la hija de mi hermano, mi sobrina la señora Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, legataria universal, con la carga para ella de pagar a mi hermano Boris Ziwes, una vez por todas, la suma de doscientos mil francos sobre el monto de mi sucesión. París, 21 de septiembre de 1945. (firmado) S. de Santamaría".

"Tercera.—Que es ineficaz y no tiene validez ni operancia en la República de Colombia, el testamento a que se refiere la petición anterior o sea el que se dice o aparece otorgado por la señora Rosa Tzeline S. de Santamaría, por no estar firmado con el nombre y apellido de ella.

"Cuarta.—Que no obstante esos testamentos, los bienes que dejaron o pudieron dejar en Colombia, los causantes, fueron excluídos por las mismas autoridades judiciales francesas de toda entrega y posesión a la legataria universal del señor Alberto S. de Santamaría y a la legataria universal y legatario especial de la señora Rosa Tzeline de Sanz de Santamaría, legataria universal y legatario especial que son los demandados en este juicio.

"Quinta.—Que la demandada, Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, no es heredera, ni por derecho de representación del señor Alberto S. de Santamaría, ni por haber sido instituída por éste como heredera, ni por derecho de transmisión, ni por derecho de representación, ni por derecho de acrecimiento, ni por ser heredera intestada.

"Sexta.—Que la demandada Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, carece de acción, de

personería o de derecho para presentarse como heredera del señor Alberto Sanz de Santamaría, invocando el testamento ológrafo de éste, ya mencionado o amparada en este testamento.

"**Séptima.**—Que la demandada Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, carece de personería, acción o derecho para presentarse en Colombia como heredera, en la sucesión del señor Alberto S. de Santamaría.

"**Octava.**—Que si la parte demandada se opone a estas peticiones, debe ser condenada en costas"

Se fundó el actor en estos hechos:

1.—El juicio de sucesión intestada del señor Alberto S. de Santamaría, cursa en el juzgado 4º del circuito en lo civil de Bogotá, y está acumulado al juicio de sucesión intestada de la señora Dolores S. de Santamaría.

2.—En dicho juicio, mi mandante, Hernando S. de Santamaría, en unión de otros parientes en tercer grado de consanguinidad del causante Alberto S. de Santamaría, fue declarado heredero de éste.

3.—En su juzgado cursa el juicio de sucesión de Alberto S. de Santamaría y de Rosa Tzeline S. de Santamaría, juicio abierto en virtud de los dos testamentos ológrafos ya mencionados, y cuya ineficacia e inoperancia en Colombia demando. Aparece, pues que esas sucesiones son testadas.

4.—El señor Alberto S. de Santamaría otorgó testamento OLOGRAFO el 28 de junio de 1931, en la ciudad de París, Francia, cuyo texto es reproducido en esta demanda y cuya copia debidamente expedida acompaño a esta demanda, y dijo que instituía legataria universal de todo cuanto poseía a su mujer.

5.—La señora Rosa Tzeline de Sanz de Santamaría otorgó testamento OLOGRAFO en la ciudad de París, Francia, el 21 de septiembre de 1945, cuyo texto es reproducido en esta demanda, y cuya copia debidamente expedida acompaño con la demanda, y dijo allí que instituía como legataria universal a la hija de su hermano, su sobrina señora Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes, con el cargo de pagar doscientos mil francos a Boris Ziwes, y ese testamento no está firmado con el nombre y apellido de la testadora Rosa Tzeline.

6.—El señor Alberto Sanz de Santamaría falleció en París el 30 de noviembre de 1944. Su juicio de sucesión se liquidó en París, y fueron excluídos los bienes de toda especie, muebles e inmuebles, existentes en el exterior. La señora Rosa Tzeline de Sanz de Santamaría aceptó la herencia del señor Alberto S. de Santamaría.

7.—La señora Rosa Tzeline de Sanz de Santamaría falleció en París, Francia, el 27 de noviembre de 1945, cuando ya había aceptado la herencia de Alberto S. de Santamaría, y se había liquidado ésta, habiendo seguido el juicio de sucesión en Francia, París, y habiendo sido excluídos los bienes, muebles e inmuebles de cualquier especie, depositados o existentes en el exterior.

8.—El doctor **Luis Esguerra Camargo** es el representante en Bogotá de la señora Xenia Ziwes de Muton, la demandada".

El apoderado de los demandados se opuso y el juez de primera instancia falló así el pleito.

"**Primero.**—Niéganse las peticiones de la demanda.

Segunda.—Absuélvese a los demandados de los cargos en ella formulados.

Tercero.—Costas a cargo del actor. Tásense".

Este fallo fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y sustituído así:

"No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Sin costas en ambas instancias".

El tribunal concedió contra esta sentencia el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, y declaró desierto el que interpuso el demandante. Agotada la tramitación, la Corte va a fallar sobre el recurso admitido.

En los apartes que a continuación se trascriben, resume el tribunal los fundamentos de su fallo:

"Qué ha acontecido en el caso de estos autos? Que los citados testamentos traídos en copia expedida por el notario de París y que constituyen la base o fundamento de las declaraciones que se impetran en el libelo, no fueron autenticados por nuestro agente diplomático o consular en París ni por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y en tales circunstancias las mencionadas copias que apenas han sido traducidas por el traductor oficial de la Cancillería, carecen en este juicio de fuerza probatoria e inhiben al juzgador para hacer declaración alguna tocante a su validez intrínseca. Y sin que se pueda argumentar que las copias expedidas por el mismo notario extranjero, ellas sí autenticadas en la forma procedi-

mental ordinaria, y de las que aparecen los decretos de envío de posesión de bienes dictados por el Presidente del Tribunal Civil del Sena a favor de las señoras Muton y de Sanz de Santamaría, sean medio de autenticación de los testamentos aludidos por hacer referencia a ellos. Por cuanto dichas providencias apenas aluden a tales instrumentos en cuanto a las personas que los otorgaron y sus fechas, pero no constan sus textos literales.

"En tales circunstancias no puede hablarse desde el punto de vista procesal de autenticación de un instrumento, que abarca no solamente la veracidad de la persona que lo suscribió y su fecha, sino de su contenido mismo, cuando de éste último no se conocen sus términos integrales dentro de la actuación que se presupone cierta a la luz de la ley

"Ahora, no pudiéndose tener como prueba los testamentos allegados al juicio y sobre los que directamente inciden las declaraciones de invalidez imploradas en la demanda, se quiebra consecuencialmente la legítima personería de la parte demandada para intervenir en esta causa, ya que ella, derivando su legitimación en causa de los instrumentos aludidos, y más concretamente del pretenso testamento de la señora Tzeline S. de Santamaría, la personería de la señora Jean Muton y del señor Boris Ziwes se halla sin demostrar.

"Tal consecuencia que se refleja en la ausencia del presupuesto procesal de la legitimación en causa de la parte demandada inhibe al tribunal de entrar en el fondo del problema debatido, con el alcance que tal omisión produce en la decisión, que no es otra que la que se halla consignada en la siguiente sustancia doctrinal de la H. Corte:

"Los presupuestos procesales son por regla general: a) competencia; b) capacidad para ser parte; c) capacidad procesal; d) legitimación en causa. Antes de conocer sobre la materia misma del pleito, el juzgador tiene el deber de examinar y declarar la existencia de esos presupuestos procesales. La falta de cualquiera de ellos produce el rehusamiento a fallar sobre el fondo, de manera que la acción incoada no se consuma, y el actor puede volver a usar de su derecho donde sea oportuno y en la forma adecuada". (Casación, 25 de noviembre de 1938, XLVII, 419)".

El recurrente hace a esta tesis del tribunal los cargos que se examinan en seguida.

Alega que el tribunal incurrió en infracción directa de la ley sustantiva porque dejó de aplicar el artículo 1757 del C. C., que se halla en concordancia con los artículos 1613 y 1614 del mismo código, y con los 472 a 475 y 601 del C. J. La causa de esta infracción consistió en haberse abstenido el tribunal de fallar sobre el fondo, por haber encontrado la falta de un presupuesto procesal, en lugar de haber absuelto a la parte demandada por no haber probado el demandante los hechos fundamentales de su acción. Y esto es así, según el recurrente, porque si la parte demandante no probó la existencia del testamento cuya invalidez en Colombia pide esta omisión no significa que falta un presupuesto necesario para que haya proceso y, por consiguiente, para que haya fallo, sino que falta la prueba de un hecho necesario para que la acción prospere, es decir, para que el fallo pueda ser favorable al actor, y como es el actor quien debe dar la prueba de los hechos en que funda su acción, la falta de la prueba de tal hecho debió tener como consecuencia no la inhibición del juzgador de instancia, sino su fallo absolutorio del demandado. He aquí las expresiones del recurrente:

"Al declarar el juez ad quem, que, las copias allegadas por el demandante, carecen de fuerza probatoria en esta causa, se ha conformado simplemente a los términos del artículo 657 del C. J., (Subrogado por el art. 1º de la ley 39 de 1933, en concordancia con el artículo 21 del C. C.). Con los propios términos de la parte motiva del fallo, el juez ad quem está reconociendo que la carga de la prueba en este caso de los testamentos cuya invalidez se pretende, corresponde al demandante, quien debía allegarlos en la forma debida. Si tal cosa no ocurrió, por omisión, descuido o negligencia del actor, que viene a configurar lo que se llama culpa civil, y por ello la acción incoada no se consumó, lo procedente, al tenor de claras disposiciones sustantivas y adietivas, era desestimar la demanda y absolver al demandado, víctima de una acción infundada o no probada. Al hacer gravitar las consecuencias desfavorables, en la parte resolutiva de la culpa del demandante sobre el demandado, se dejó de aplicar el artículo 1757 del Código Civil, que es simple y sabia aplicación de la máxima del derecho romano: 'Actori incumbit onus probandi; actore non probante, REUS ABSOLVITUR, etiamsi nihil ipse praestet". Hubo infracción directa de la ley sustantiva al dejar de aplicar el artículo 1757 del C. C., que se halla en concordancia con los artículos 1613, 1614 de la misma obra y con los artículos 472, 473, 474, 475, 593 y 601 del C. J.

"Al absolver en las costas de ambas instancias al actor, culpable de que su acción no prosperara, éstas se hacen gravitar sobre la parte demandada, que debe soportar los cuantiosos gastos de un proceso judicial que aquel puso en marcha y que lleva más de tres años, irrogándole un tremendo perjuicio económico y moral.

"Todos los autores de derecho procesal al estudiar el fenómeno de la carga de la prueba se hallan de acuerdo en que, como presunción general, toda persona se halla libre de vínculos o compromisos jurídicos, más aún si tales compromisos se convierten en relaciones jurídico-procesales que forzosamente implican gastos y perjuicios, y que, corresponde, en consecuencia, a quien trate de modificar tal presunción, probar el fundamento de su aserto o de no poderlo hacer sufrir las consecuencias desafovarbles. Lo mismo vale no tener derecho que no poder probarlo. Toda persona que inicia una acción judicial tiene el elemental deber de probar sus pretensiones so pena de sufrir las consecuencias adversas a sus intereses en litigio. **"Actore non probante, reus absolvitur..."** Asimismo lo tiene establecido la H. Corte en numerosas doctrinas, de las que me limitaré a citar algunas. En casación del 30 de agosto de 1946, LXI, 53, dijo: "Es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho, o de donde nace la excepción invocada. **Si el interesado en dar la prueba no lo hace** o la da imperfectamente o se equivoca o se descuida en su papel de probador **necesariamente** ha de esperar un fallo ADVERSO a sus pretensiones".

"Doctrina sabia e inobjetable, que viene a ser aplicación práctica de aquella otra máxima de los romanos: **"Factum quique suum, non adversario nocera debet"**. (DIGESTO, Lb. I, XXVII)".

Este cargo plantea, pues, el problema de la distinción entre la noción de **presupuesto procesal** y la de **hecho fundamental de la acción.**

De un fallo muy reciente de la Corte, en casación, se toman los siguientes apartes: (Juicio ordinario de Ofelia Cleves contra la sucesión de Alcides Castellanos, sentencia de 18 de agosto de 1954, aún no publicada en la **Gaceta Judicial**):

8.—**Legitimación en la causa (legitimación ad causam).**—Por ésta se entiende la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada **(legitimación activa)** y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción **(legitimación pasiva).** De tal manera que la legitimación en la causa es cuestión atienente a la titulación del derecho de acción o de contradicción.

La **legitimatio ad causam** es cosa bien distinta de la **legitimatio ad processum:** aquélla es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso, mientras que la última es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en juicio por sí mismo o por medio de otros; la primera es requisito necesario para obtener sentencia favorable, mientras que la última es condición previa indispensable para que el juez pueda fallar en el fondo el negocio, en sentido favorable o desfavorable. La **legitimatio ad causam** es cuestión de fondo **(merita causae)**, mientras que la **legitimatio ad processum** es cuestión de rito.

Cuando el juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación en la causa del actor o del demandado, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder por ella. El fallo produce entonces los efectos de la cosa juzgada **sustancial** entre las partes, de tal manera que éstas no pueden volver a controvertir su mismo derecho en otro juicio, a menos que posteriormente surja un nuevo hecho que dé la calidad a quien carecía de ella para estar legitimado en la causa (cesión, sucesión, etc.).

"Cuando se declare la carencia de un presupuesto procesal, el juez no niega la existencia de la acción incoada. Simplemente decide que la acción en caso de existir, no puede adelantarse en el proceso irregularmente iniciado. La decisión del juez que resuelve sólo los presupuestos procesales no es favorable al actor o al demandado, y por eso no produce los efectos de la cosa juzgada **sustancial** termina con el proceso anormalmente adelantado (produce cosa juzgada **formal** en ese proceso), pero las partes pueden hacer valer nuevamente su derecho en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallo de fondo.

"Por lo expuesto, se comprende la razón que asiste a quienes excluyen la **legitimatio ad causam** del número de los presupuestos procesales. Nuestra jurisprudencia ha mostrado vacilaciones al respecto, como aparece en los fallos de casación atrás citados, pero en sentencias recientes de esta sala se viene reiterando la doctrina sustentada en el presente fallo.

Esta doctrina, por otra parte, es la defendida

por la mayoría de los procesalistas modernos (José Chiovenda, "Principios de "Derecho Procesal Civil", T. I., pgs. 124-126, 195-199, T. II., pág. 16; W. Kisch, "Elementos de Derecho Procesal Civil", pgs. 106-110; Piero Calamandrei, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", págs. 186 y 187; Manuel M. de la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", T. I., págs. 269 y 395; Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil", págs. 330, 331, 332, 395)".

En el caso de este pleito el tribunal de instancia se inhibe de fallar sobre el fondo porque echa de menos el presupuesto —que él llama procesal— de legitimación en la causa de la parte demandada. En qué consiste, según el tribunal, este presupuesto cuya deficiencia motivó aquella inhibición? En que el demandante no probó la existencia de los testamentos a que se refieren las declaraciones pedidas en la demanda. ¿Por qué no lo probó? Porque faltan a los documentos presentados para demostrarla las debidas autenticaciones, lo que hace que esos documentos no puedan ser tenidos como prueba.

Bien se ve, de acuerdo con la doctrina de la Corte expuesta en la transcripción hecha atrás, que en el presente caso se trataría, ciertamente, según el tribunal, de la falta de legitimación en la causa de los demandados, tomando esta expresión no en el impropio sentido en que la toma en su fallo el tribunal sentenciador, esto es, como un presupuesto procesal que se refiere al rito procedimental, sino en el sentido de elemento estructural de la acción, cuya prueba es necesaria para que prospere la demanda.

Pero, en realidad lo que sucede en el presente caso es que la acción no prospera, no porque el demandante no haya acreditado que él y el demandado pueden comparecer en juicio, en general, o que pueden comparecer, en particular, a sostener los intereses controvertidos en este juicio, sino porque no ha acreditado un hecho al cual subordina la ley el derecho deducido en el juicio: ese hecho es la existencia de los testamentos cuya nulidad se demanda. Si los testamentos no existen, no hay acción de nulidad de ellos; como si el contrato no existe, no hay acción resolutoria de él. Y así como cuando se ejercita la acción resolutoria y el demandante no prueba la existencia del contrato cuya resolución pide, el tribunal no debe abstenerse de fallar sobre el fondo sino absolver al demandado por no haber acreditado el demandante los hechos fundamentales de su acción: así también, cuando se pide la nulidad de un testamento y el actor no acredita la existencia de ese acto testamentario, lo que procede no es que el sentenciador se abstenga de fallar sobre el fondo, sino que absuelva al demandado por no haber demostrado el demandante la existencia del derecho deducido en el juicio.

Verdad es que el tribunal considera también que, por faltar la prueba de los testamentos, falta también la del carácter de herederos en los demandados. Y como esta calidad de herederos es necesaria para que la acción pueda ser dirigida contra ellos, concluye de aquí que el actor no demostró la legitimación en causa de dichos herederos. A estas consideraciones del tribunal son aplicables las mismas observaciones hechas arriba: el carácter de herederos del testador en los demandados, no es presupuesto procesal cuya falta impida fallar, sino un hecho fundamental de la acción sin cuya prueba se produce el rechazo de esa acción, o sea, la pérdida del pleito por el actor.

Pero —ya sea porque no esté probada la calidad de herederos en los demandados, o porque no se demostrara la existencia de los testamentos— cualquiera de estas dos fallas en la prueba se refiere, no a la demostración de un presupuesto procesal, sino a la de los hechos fundamentales de la acción. Y en cualquiera de los dos casos lo que procede no es la abstención del fallo, sino el fallo absolutorio.

En conclusión: en los fundamentos de la sentencia acusada se disciernen dos errores: un error tecnológico, o sea, de denominación técnica, en cuanto el tribunal llama legitimación en la causa a lo que, en su concepto, es legitimación en el proceso; y un error sustancial o de fondo en cuanto considera que la falta de la prueba de la existencia de los testamentos es falta de un presupuesto procesal que impide al juzgador fallar el pleito en el fondo, cuando en realidad, es falta de la prueba de un hecho fundamental de la acción, que no impide fallar sino que determina un fallo adverso al actor. Y estas erróneas consideraciones implican la infracción de la regla consagrada en el artículo 1757 del C. C., citado. Lo que basta para que la sentencia recurrida deba ser casada para, en su lugar, absolver a los demandados.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tri-

bunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), que ha sido objeto de este recurso y, en su lugar, absuelve a los demandados de los cargos de la demanda y condena al demandante a pagar las costas de las instancias.

No hay lugar a condenación en las costas de este recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

El hecho de haber sido fijada una cuantía en la demanda, sin objeción del demandado, no convierte en definitiva e intocable tal estimación, cuando puede haber duda al respecto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali falló en segunda instancia el juicio ordinario de Ramón López, Elicenia López de Cañizales y Alejandrina López de Cañizales contra Luis Estrada, con fecha 19 de abril del año en curso. La sentencia fue desfavorable a la parte actora.

Recurrida en casación por ésta, el Tribunal negó el recurso, con fundamento en la circunstancia de haber sido señalada la cuantía de la acción por la misma parte, en el libelo de demanda, sin objeción ni reparo del demandado, según consta en autos de 11 de junio y de 1º de julio de este año.

Interpuesto el recurso de hecho le fue concedido en este último proveído.

Consta en la demanda que la parte actora fijó en cinco mil pesos la cuantía del negocio y consta igualmente en el auto citado de 11 de junio, que el demandado no rechazó tal estimación.

Esto es cierto. Pero también lo es que según el avalúo pericial rendido en la primera instancia, los frutos civiles y las mejoras del inmueble que se reivindica valen $ 10.000.00, sin contar el valor de la tierra, de modo que la cuantía del negocio, teniendo en cuenta frutos y mejoras únicamente, cubre la base exigida por el artículo 524 del C. J., sustituído por el artículo 1º del decreto extraordinario Nº 3547 de 1950, siendo ello suficiente para que proceda el recurso de casación.

El Tribunal debió al menos ordenar el avalúo que prevé el artículo 524 del C. J., ya que el dictamen referido estaba en pugna con la estimación hecha en la demanda, siendo por tanto, punto dudoso lo referente a la cuantía.

El hecho de haber sido fijada una cuantía en la demanda, sin objeción del demandado, no convierte en definitiva e intocable tal estimación, cuando puede haber duda al respecto, como la Corte lo tiene establecido en su doctrina. (V. Sentencias de 1º y 13 de junio de 1949. LXVI. 103 y 110 de 28 de marzo, 8 de mayo y 1º de junio de 1.950 (LXII. 140, 185 y 401).

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Concédese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de abril del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de Ramón López, Elicenia López de Cañizales y Alejandrina López de Cañizales contra Luis Estrada, y se dispone que el Tribunal remita el expediente original a esta Superioridad, previa citación de las partes.

Notifíquese y ofíciese al Tribunal.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL QUE EN PROCESO PENAL SE HAYA SOBRESEIDO EN FAVOR DE UNO O DE VARIOS AGENTES DE UNA PERSONA JURIDICA, NO EXIME, POR SI SOLO, A ESTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, POR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL HECHO DAÑOSO, SI DICHA RESPONSABILIDAD SE HACE DEPENDER TAMBIEN DE LA ACTIVIDAD DE OTROS QUE NO FUERON PROCESADOS EN LO PENAL.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 28 DEL C. P. DE P. P.

1—El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal está indicando A CONTRARIO SENSU, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el juez civil cuando el fallo penal, en cualquiera de las dos especies previstas, deja establecido: que la "infracción" sí se realizó; que el procesado la cometió y que al producirla no estaba cumpliendo un deber o ejerciendo una facultad legítima.

2—Si el hecho ocurre en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 23 del Código Penal (citado en el artículo 437, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal), hay que distinguir: si la circunstancia que acompaña al hecho es la insuperable coacción ajena o la sugestión hipnótica o patológica (artículo 23, num. 1º), no puede ser responsable, penal ni civilmente, sino quien determinó a obrar, en virtud del artículo 26 del Código Penal. Pero si ocurren cualesquiera de las otras circunstancias enumeradas en el mismo artículo 23 del Código Penal, no es óbice el sobreseimiento definitivo para que prospere la acción civil indemnizatoria posteriormente propuesta ante el juez civil.

3—El capitán, siempre, y el piloto, cuando debe sustituirlo, son ORGANOS de la empresa naviera, y por tanto ella responde directamente en los juicios de responsabilidad extracontractual basados en actividades u omisiones culposas de esos funcionarios jefes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Márquez Páez)

En el presente juicio, promovido el 30 de abril de 1.946 ante el Juez de Circuito de Buenaventura, por Gregorio Mosquera D. y su mujer Inés Victoria de Mosquera, mediante apoderado, se deduce contra la Compañía de Navegación y Tierras "Elliot S. A. de Panamá" (Elliot Shipping and Land Company), constituída en aquella ciudad y con agencia en Buenaventura, la acción de indemnización de perjuicios por culpa aquiliana de la demandada, que se fundamenta en los siguientes hechos tomados del correspondiente libelo:

"1º—El día 12 de marzo de 1941, a eso de las 9 de la mañana, el vapor denominado "Colombia", perteneciente a la Compañía de Navegación y Tierras" Elliot S. A. de Panamá", atracó junto al malecón de Buenaventura, frente a la Bodega Nº 1, de la Aduana Nacional del mismo puerto.

2º—Listo así el barco para efectuarse ya el descargue, la pluma o pieza de la grúa destinada al efecto, aparecía claramente inclinada del propio barco al malecón y no tenía, por tanto, la dirección usual conveniente de proa a popa, como debía tenerla conforme a la costumbre o reglamento de marina para que, dado el caso, caiga esa pieza sobre la carilla de la popa, previniéndose en tal forma cualquiera desgracia o accidente.

"3º—Muy próximo el barco al malecón, el aderezamiento de la pluma para dicho descargue se empezó a realizar, por otra parte, sin tomarse en consideración las personas que transitaban a esa hora, o permanecían sobre aquél y estaban por consiguiente en peligro.

"4º—La maniobra de tal aderezamiento fué acometida solamente por el segundo Piloto de la nave y un marinero de nombre Manuel Ferrín o Cerrecín C., quien por orden de aquél, se dió a disponer la pluma, enrollando el cable correspondiente en el tambor del extremo del Winche y sujetando el seño del cable, con que debía darse a la pluma la posición adecuada o precisa.

"5º—Aparte de lo dicho, Piloto ni Marinero tuvieron en cuenta que estaba suelta la banda, o sea, sin la previa disposición del caso, una larga cadena que debe sujetar rígidamente la referida pluma mediante un grillete sujeto a una argolla remachada en la cubierta de la nave; cadena con la cual se debe fijar para la inclinación de aquella pluma, como es también cosa de regla bien sabida.

"6º—Ocurrió en consecuencia, que cuando el marinero Ferrín empezó a arriar la pluma para darle la posición debida, tan pronto como esta misma pieza se hubo inclinado un poco, se desplomó súbitamente sobre el mencionado muelle o malecón, venciendo con su propia gravedad las fuerzas insuficientes de aquél, de cuyas manos se soltó en seguida el cable por causa de la misma gravedad y de las pocas vueltas que imprevisivamente tenía ese cable en el carretel destinado a enrollarlo.

"7º Tal caída ocasionó la muerte del menor Gregorio Mosquera Victoria, de 14 años, 3 meses, 8 días, quién cayó presionado por el terrible golpe de la pluma y falleció pocas horas después.

"8º—Según concepto pericial adjunto a esta demanda, fué a todas luces, imprudente, peligrosa o temeraria la manera de efectuarse la maniobra expresada, que, técnicamente y conforme a usos de marina, se debe efectuar en otra forma para prevenir cualquier daño o peligro, en fuerza de las razones que fundan ese mismo dictamen.

"9º—El menor Mosquera, víctima del hecho o accidente narrado, era hijo legítimo de Gregorio Mosquera D. e Inés Victoria de Mosquera, mis poderdantes, a cuyo socorro y sostén contribuía él, entonces, eficazmente con el producto de sus labores diarias. Trabajaba a la época de su muerte como empleado de la empresa nacional de transportes de nombre "Expreso Tobón" y era, por otra parte, conocido en el vecindario como niño de completa salud, salientes aptitudes, acusiosidad y consagración para el trabajo."

Con la oposición de la demandada,, la que alegó la prescripción extintiva de la acción, el juez de la causa, en sentencia de 10 de noviembre de 1947, falló el pleito denegando la excepción perentoria propuesta e imponiendo a la Compañía la obligación de pagar a los demandantes la cantidad de $ 66.000 por concepto de perjuicios, en razón de haberla hallado civilmente responsable de ellos. También decretó, como consecuencia, el pago de costas.

A instancia de la parte vencida, el Tribunal Superior de Cali, previo el trámite de rigor, desató el recurso por sentencia definitiva de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y dos. Mediante esa resolución revocó la apelada, absolvió a la parte demandada y, por tanto, la declaró libre de costas en las dos instancias.

De este fallo conoce la Corte a virtud de casación concedida a los demandantes. Como el trámite del recurso hállase al extremo de recibir sentencia, a ello se procede, previa la exposición somera del fundamento en que el Tribunal asienta la providencia que hoy se juzga.

El sentenciador, concretándose a la copia del auto de sobreseimiento definitivo en favor del Piloto Arvid Eckstrand y del marinero Manuel Ferrín, quienes fueron procesados por el hecho a que se contrae la demanda, la cual copia se administró debidamente en el término probatorio de la segunda instancia, dijo:

"Si por la justicia penal se dice que determinado acontecimiento se debió a un caso fortuito, no se puede renovar en el proceso civil la valuación de sus causas, pues a ello se opone la autoridad de la cosa juzgada en materia penal. Cosa distinta será que el Juez Penal califique con benignidad los hechos que le sirven de extremos al delito presunto o que avalúe equivocadamente sus elementos característicos. En tal caso, habrá quizás una providencia que no se atempere a la realidad procesal penal, pero si ella es definitiva por estar ejecutoriada, servirá para los efectos que la ley le asigna, y no podrá el Juez civil poner en duda ese fallo, aún edificado sobre errores, pues en el proceso civil el Juez carece de facultad para revisar el fallo penal. Si, como en el caso de autos, el aludido Juez expresó en su auto de sobreseimiento, que el siniestro acaecido al vapor "Colombia" se debió a un caso fortuito, no es lícito ahora poner en duda el acierto de ese fallo o demeritarlo en su fuerza de cosa juzgada, para considerar el hecho como culposo, en relación con otras personas, no obstante estar juzgándose exactamente el mismo acontecimiento.

"Si la responsabilidad que se persigue de la Compañía "Elliot S. A.", está edificada sobre una presunción de culpa, por no haber vigilado la conducta de las personas que estaban bajo su dependencia y que protagonizaron el accidente, y si la justicia penal ha dicho que éstas no han cometido culpa, desde luego que se dijo que el acontecimiento se debió a un caso fortuito, desaparece la relación de causalidad obligacional necesaria para los efectos de la responsabilidad que de ella se pretende. Si no hay culpa en sus

agentes, mal puede haberla para la Compañía, pues no se concibe una condenación en perjuicios, sin que causal y obligacionalmente una culpa o un delito los informen. Es entonces oportuno repetir que el vínculo de causalidad que se exige como elemento para toda condenación en perjuicios, no es el que exista entre la actividad u omisión de una persona y el daño consiguiente, sino el que exista entre el ilícito de ella y el daño que con él se haya ocasionado. El hecho que origina la obligación de pagar perjuicios debe ser siempre un hecho ilícito, porque sin ilícito no hay responsabilidad civil extracontractual.

"De allí que el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal exprese que "La acción civil no puede proponerse ante el Juez civil, cuando en el proceso penal se ha declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo, que estén ejecutoriados, que la infracción (subraya la Sala) en que aquella se funda no se ha realizado...." etc... En el auto de sobreseimiento a que se ha hecho mérito, se dijo que la infracción por la que se indició a los señores Eckstrand y Ferrín no se realizó, desde luego que al hecho-causa se le despojó de sus elementos constitutivos de delito, al decir que el accidente se debió a un caso fortuito. En esa virtud, el Juez Penal dió aplicación a la última parte del numeral 1º del artículo 437 del C. de Procedimiento Penal.

"Ha probado, entonces, la compañía demandada, con el auto de sobreseimiento aludido, que el hecho de sus dependientes, Eckstrand y Ferrín, no fue culposo, con lo cual ha demostrado también que ella no ha incurrido en culpa que la responsabilice de los perjuicios que se ocasionaron con el accidente en que perdió la vida el menor Gregorio Mosquera Victoria".

En otro paso de la sentencia, y desde un punto de vista distinto, se sostiene que tampoco puede imputarse a la Compañía demandada responsabilidad directa por la culpa de omisión en que haya incurrido el capitán de la nave respecto del hecho infortunado de que se trata, como lo pretenden los demandantes. Con tal fin se expresa así el sentenciador de Cali:

"No niega la Sala que en la práctica, el capitán de una nave, por el cúmulo de obligaciones que tiene y por la naturaleza misma de sus funciones, representa en todas sus actividades a la entidad o persona titular del derecho de dominio sobre la nave puesta a su cuidado, pero no es menos cierto que, para los efectos de la responsabilidad que por actos u omisiones de ese capitán pueda deducírsele a la entidad o persona propietaria de la nave, debe juzgarse su conducta de él a la luz de los preceptos ya citados, (artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil), preceptos que no atienden a la extensión de las obligaciones del tercero por cuya actividad se responde, como tampoco a la extensión de las facultades que se le hayan confiado, sino a la circunstancia de que sea un acto u omisión imputable, física o mentalmente, a esa persona dependiente o bajo el cuidado de otra, para establecer así, jurídicamente, dos responsabilidades, la una que corresponderá al autor directo del hecho u omisión culposo, y la otra al tercero que tiene sobre ese primer responsable, a virtud de un vínculo de dependencia, un deber de vigilancia o de acertada elección.

"Se contestan así los argumentos propuestos por el señor apoderado de la parte demandante, cuando afirma que como el siniestro se debió a culpa del capitán del vapor "Colombia", al no vigilar debidamente la maniobra que lo ocasionó, esa culpa, para los efectos del pago de perjuicios que se invocan, es directa de la Compañía y no de sus agentes. Cabe agregar que el dicho argumento es, ante todo, más aparente que real, pues si es el capitán quien representa a la Compañía, ésta no es el capitán. Vendría por lo mismo a ser éste, a la vez que representante de ella, también un tercero de cuyos actos culposos realizados en el ejercicio de sus funciones, respondería la compañía por estar él bajo la dependencia de ella. Las personas ficticias no cometen culpas sino por intermedio de sus agentes. Por lo mismo, en el caso de autos, bien que el hecho porque se responsabiliza a la compañía fuera una omisión culposa de los señores Eckstrand capitán de la nave, o una actividad culposa de los señores Eckstrand y Ferrín, la responsabilidad de la aludida compañía sería siempre indirecta, basada, como ya se dijo, en presunciones de culpa o responsabilidad".

Estos, y no otros, fueron los fundamentos de la sentencia revocatoria.

El recurso

Contra dicha resolución se formulan varios cargos, sin las debidas separación y numeración, que pueden concretarse así:

1º—Violación del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal por errónea interpretación y, a la vez, por "error de hecho" en la aprecia-

ción de las siguientes pruebas: del dictamen pericial acompañado a la demanda, el que no fue apreciado en toda su integridad; de las declaraciones de varios testigos que dan fe de la imposibilidad de que "solo dos hombres" pudieran realizar la maniobra que produjo la muerte del menor Gregorio Mosquera; de las declaraciones de otros que deponen sobre la peligrosidad de la operación de "aderezamiento", y error de hecho en la apreciación del auto de sobreseimiento definitivo, al cual dió el sentenciador un mayor alcance del que en sí tiene.

2º—Violación de los artículos 63, 2.349, 2.350 del Código Civil y 56 y 98 del Código del Comercio Marítimo, que no fueron aplicados; y violalación del artículo 1º de la ley 95 de 1890, por aplicación indebida. Todos ellos, considerando la responsabilidad deducida en juicio como indirecta.

Pero si se la considera como directa, hay violación de los artículos 53 del Código de Comercio Marítimo, 2.341 y 2.350 del Código Civil, por falta de aplicación; y del artículo 1º de la ley 95 de 1890, por aplicación indebida.

Para sustentar este último aspecto del cargo, dice el recurrente que "de autos no aparece que el Capitán de la nave "Colombia" hubiese intervenido en la maniobra que causó la muerte del menor Mosquera. Todo lo contrario: estuvo ausente de esa maniobra, que fue ejecutada por solo dos hombres".

EXAMEN DEL RECURSO

Interpretación errónea del art. 28 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar este cargo dice el demandante después de transcribir la disposición:

"En un estudio muy claro y muy fundado del doctor Arturo Tapias Pilonieta, publicado en la Gaceta Judicial número 2062 y 2063, explica cómo debe entenderse el Art. 28 citado. La palabra infracción empleada en ese precepto debe entenderse como el hecho mismo ocurrido y que causó el daño, porque si así no fuera, entonces sobrarían las otras dos circunstancias allí contempladas, ya que si no se realizó, no podría considerarse el caso de que el sindicado no lo ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una facultad legítima.

"A la palabra "infracción" hay que darle, pues, el significado de "hecho".

"Sentado lo anterior, admitido que el hecho sí ocurrió, dice el comentador citado: "Aún en aquellos casos en que éste (el juez penal) absuelva por hallar comprobada la inocencia del procesado excusándolo debido a la concurrencia, por ejemplo, de un caso fortuito, o por culpa de la víctima, en tales eventos la sentencia penal servirá como argumento de autoridad sin que ello signifique tampoco que el juez civil no pueda llegar a conclusiones favorables al resarcimiento patrimonial, basadas en los elementos de convicción aportados al juicio civil".

Se considera:

Dice el mencionado artículo del Código de Procedimiento Penal:

"Artículo 28.—La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Este precepto, tomado de la legislación penal italiana, está indicando, a contrario sensu, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el juez civil cuando el fallo penal, en cualquiera de las dos especies previstas, deja establecido: que la "infracción" sí se realizó; que el procesado la cometió y que al producirla no estaba cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima.

Halla la Corte acertada la crítica que el recurrente hace al entendimiento que el Tribunal da a la palabra "infracción" contenida en el preinserto texto legal. Cuando el sentenciador atribuye al vocablo el significado de "violación" del estatuto penal, y no el de "hecho" analizable a la luz de tal estatuto para deducir si quien lo comete es o nó responsable, deja evidentemente sin sentido los demás supuestos que en el precepto se señalan como preclusivos o impeditivos de la acción de resarcimiento ante la jurisdicción civil, pues es claro que si "infracción" se toma como "violación" de la ley penal, sobraría hablar de que el sindicado no la ha realizado o que si esto ocurrió, no fue en las condiciones eximentes de pena a que se contrae la parte final del artículo 28, ya que estas últimas hipótesis quedarían comprendidas en la primera.

De esta suerte se desconoce también, para los efectos civiles, el verdadero alcance del artículo 437 del mismo Código, armónico con el otro y que dice: "El sobreseimiento será definitivo: 1º).

Cuando aparezca que no se ha realizado el hecho que dió lugar a la investigación, o cuando ese hecho no sea constitutivo de delito; 2º). Cuando esté claramente demostrada la inocencia del procesado, y 3º). Cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal".

La Corte analiza así el contenido de las citadas disposiciones: a) el artículo 28, que guarda estrecha relación con el transcrito, liberta de responsabilidad civil en el primero de los supuestos que establece el ordinal 1º del artículo 437, porque el hecho no existe; pero no en el segundo de esos supuestos, toda vez que el hecho existe, aunque no con el carácter delictuoso. b) La inocencia del procesado sólo se entiende cuando éste no ha cometido el ilícito penal, o cuando no le es legalmente imputable; y a ella se refieren por igual el artículo 28 citado y el ordinal 2º del 437: en estos casos, como es obvio, tampoco puede haber responsabilidad civil de quien resultó indebidamente imputado como autor directo, ni, menos, respecto de quien aquél depende. c) Por último, si el hecho se ejecutó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima (art. 28 y ordinal 3º del art. 437 C. P. P., en armonía con el art. 25 del Código Penal), desaparece así mismo la responsabilidad civil, directa e indirecta. Pero si tal hecho ocurre en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 23 del Código Penal (citado en el artículo 437 ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal), hay que distinguir: si la circunstancia que acompaña al hecho es la insuperable coacción ajena o la sugestión hipnótica o patológica art. 23 numeral 1º), no puede ser responsable, penal ni civilmente, sino quien determinó a obrar, en virtud del artículo 26 del Código Penal. Pero si ocurren cualesquiera de las otras circunstancias enumeradas en el mismo artículo 23 del Código Penal, no es óbice el sobreseimiento definitivo para que prospere la acción civil indemnizatoria posteriormente propuesta ante el juez civil.

Como se ve, la exégesis del Tribunal de Cali lleva en todos los casos a sustraer del conocimiento del juez civil hechos que desde el punto de vista penal no comportan sanción, pero que dadas sus existencia y sus calidades de ilícitos y de perjudiciales, sin lugar a duda vienen a colocarse en la categoría de simplemente culposos y comprometen, por ende, para su autor, la correspondiente obligación indemnizatoria.

Además, con la impugnada tesis se aniquilan de un tajo las valiosas conquistas que en la época contemporánea ha alcanzado la jurisprudencia en el orden de la culpa meramente civil, no sólo cuanto a fijar su propia naturaleza, sino también desde el punto de vista probatorio. Esas conquistas, en realidad, establecen notables diferencias entre tal culpa y la penal, pues al paso que la primera se mide, principalmente, en relación al daño que causa, y se prueba, en muchos casos, mediante presunciones legales, (v. gr. cuando se responde por otro, o cuando se exterioriza por actividades peligrosas, pudiendo llegar a hacerse indestructible la presunción, como en el evento previsto en el artículo 2.354 del Código Civil), la culpa penal, por el contrario, siempre se analiza con criterio subjetivo, teniendo en cuenta la personalidad de quien incurre en ella, y requiere, además, para su eficacia condenatoria, que esté directa y plenamente acreditada en frente del procesado.

Se cierra el examen del cargo con la transcripción de la crítica que el profesor Eugenio Florián hace sobre la influencia del proceso penal sobre el civil en la legislacion italiana vigente, ya que en la materia nuestra propia ley está visiblemente inspirada por aquélla otra. Dice así el expositor de Turín:

"Es natural que la resolución del proceso penal en la fase del juicio sea el presupuesto condicionador de la suerte de la relación jurídica de resarcimiento de los daños: la condena, del procesado es el presupuesto para obtener el resarcimiento del daño; por contra, la sentencia absolutoria puede hacer desaparecer toda razón para el resarcimiento.

"Si la sentencia penal firme es condenatoria, representa el título para la acción civil de resarcimiento del daño (artículo 27), por lo que si ésta se ejercita en el proceso penal, la condena a los daños tiene lugar automáticamente junto con la condena (artículo 489).

"Decimos sentencia condenatoria en sentido técnico-jurídico, ya que la sentencia que impone una medida de seguridad (al inimputable o en el caso de frustracción (Código Penal, artículo 47 y 115) puede no ser título para el resarcimiento. El nuevo Código ha dejado imprejuzgada la responsabilidad del exento de responsabilidad por razón del delito cometido.

"Si la sentencia del juez penal es absolutoria, como el resarcimiento es debido aún por el simple hecho ilícito (Código Civil, artículo 1151), habrá de tener lugar aquél en cuanto el hecho haya tenido existencia.

"En cambio, el derecho de resarcimiento se extingue si desaparece o no existe la causa del daño, es decir, cuando el hecho determinador de éste resulte demostrado que no llegó a ser, o no se prueba, o esté demostrado que no fue cometido por el procesado o no existen pruebas de ello.

"De donde se sigue que la acción de resarcimiento no es proponible en la vía civil cuando exista ya una sentencia sobre la acción penal que haya declarado la inexistencia del hecho, o que el procesado no lo ha cometido, o que no ha participado en su comisión. Jurídicamente, de la sentencia penal de tal tenor surge un motivo de exclusión de la acción civil (el subrayado es del autor). Pero si, por el contrario, la absolución del procesado ha sido pronunciada porque el hecho —aún habiéndose realizado a ser el autor de él el procesado— no constituye delito, o éste se ha extinguido por la muerte, prescripción, amnistía, remisión sin reservas de exigir daños, en suma, por causa que haga desaparecer el delito pero no el hecho, la absolución no es motivo bastante para impedir la acción civil. El Código vigente, además de estos supuestos tradicionales, ha previsto especialmente el caso de absolución por haber sido el delito cometido en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber, motivo que excluye la punibilidad.

"a) De aquí, pues, un primer motivo de preclusión de la acción civil (rayas del autor) en la vía civil, que tiene lugar cuando se declara la absolución: 1) Porque el hecho no existe; 2) Porque no ha sido cometido por el acusado, o no existen pruebas suficientes de ello; 3) Porque el hecho ha sido ejecutado en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima (artículo 25)".

Lo dicho por Florián respecto de la sentencia penal absolutoria en los casos previstos, es aplicable en Colombia, también cuando el sobreseimiento definitivo se funda en los mismos casos.

Como, por lo visto, el cargo prospera y no hay necesidad de entrar a la consideración de los restantes, pasa la Corte a ocuparse en las motivaciones que determinan la decisión del pleito (art. 538 del Código Judicial).

A) — El alcance del sobreseimiento

En primer término es evidente que él no está fundado en ninguno de los supuestos que contempla el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

Las consideraciones que le sirven de base son las siguientes:

a) El concepto pericial rendido en el proceso penal, según el cual "nada otra cosa motivó el descendimiento de la pluma del barco 'Colombia' sino el desenvolvimiento del cable enrrollado al tambor, ya que era imposible que el sólo hombre que lo sujetaba pudiera contener el enorme peso de la pluma, toda vez que parece costumbre en el barco 'Colombia', sacarle el pasador a la cadena para darle a la pluma la posición deseada". No observaron los peritos irregularidades en el funcionamiento de los demás elementos necesarios a la maniobra. El juez vió, de acuerdo con los expertos, un caso fortuito en ese accidente, por aquella causa;

b) la Declaración rendida por el operario Manuel Ferrín, quien expuso: "....yo mismo no me daba cuenta que la pluma venía descendida, pues salimos en escape cuando de tierra nos gritaron que nos defendiéramos, pues los que estábamos ejecutando las maniobras del winche estábamos agachados mirando únicamente el sitio donde estábamos trabajando"; y

c) La explicación de Arvid Eckstrand, piloto ordenador del "aderezamiento", respecto del hecho negativo de no estar en su lugar el pasador que sujetaba la cadena y, por consiguiente, la pluma. Lo dicho por él fué esto: "Hay que desenganchá (sic) indispensablemente el grillete de donde va prendida la cadena para poder arriar o subir la pluma. De suerte que cuando está al nivel preciso para trabajar, se coloca el grillete correspondiente, pues si no se desenganchara.. no se podría ejecutar la maniobra a que me refiero".

La conclusión del juez penal, derivada de lo expuesto, fue que "falló sin ningún acto de imprudencia por parte de los procesados, la mecánica del aparato sobre que trabajaban"; resultando de ahí, a su juicio, que no hubo hecho constitutivo de delito. Por lo cual sobreseyó a favor de Eckstrand y de Ferrín.

A lo que se observa:

1º—Que el sobreseimiento claramente se funda en la irresistibilidad del peso de la pluma, fenómeno que al momento de obrar el marino Ferrín determinó el infortunado suceso; mas nunca en la imprevisibilidad del acontecimiento, que allí dejó de explicarse, tanto respecto de dicho sujeto como del piloto Eckstrand, coprocesado. Y como la fuerza mayor o caso fortuito, eximente de responsabilidad, se caracteriza por aquellas dos notas distintivas, que deben ser concurren-

tes, es claro que la justicia civil tiene hoy bajo su juicio, con plena competencia, el conocimiento del mismo hecho y ha de apreciarlo, para los efectos exclusivos de la reparación en dinero, a la luz del artículo 1º de la ley 95 de 1890, que define aquella figura jurídica.

2º—Que en el mismo sobreseimiento no se estudia, y no tenía por qué estudiarse, la culpa penal que en la producción del siniestro cupiera a personas distintas de aquellos dos procesados. Mas como en el hecho 4º de la demanda ordinaria se plantea la culpabilidad de la Compañía por insuficiencia numérica del personal que actuó en la peligrosa maniobra, resulta, para los efectos indemnizatorios del juicio civil, una cuestión cardinal nueva de carácter culposo que precisamente debe ser decidida en este proceso.

B) La culpa de la Compañía demandada

Estatuye el artículo 56, numeral 4º del Código de Comercio Marítimo que el naviero o armador (en este caso la Compañía demandada) está obligado "a responder civilmente de los hechos del capitán o tripulación, bien constituyan un delito o cuasi-delito, bien importen una mera culpa". Dice el artículo 80 que "el capitán es el jefe superior de la nave mercante, encargado de su gobierno y dirección" y que "la tripulación y pasajeros le deben respeto y obediencia en cuanto se refiera al servicio de la nave y seguridad de las personas y carga que conduzca". Por virtud del artículo 98, ordinal 12 de la misma obra, debe "mantener a bordo, hallándose la nave anclada en un puerto cualquiera, el suficiente número de marineros para ejecutar todas las maniobras necesarias". El artículo 108 del Código citado faculta al piloto para tomar el gobierno y dirección del barco, por muerte, ausencia o inhabilitación del capitán. Y si bien es verdad que el artículo 101 ibidem responsabiliza al capitán aún por la culpa leve que cometa en el ejercicio de sus atribuciones y lo obliga a indemnizar los daños y perjuicios que directa o indirectamente cause, es indudable que el naviero, por fuerza del artículo 56, si se le demanda, responde de esas culpas y daños, a reserva de su derecho de repetir contra el jefe superior de la embarcación. Todo lo cual está indicando que el capitán, siempre, y el piloto, cuando debe sustituírlo, son órganos de la empresa naviera, y por tanto ella responde directamente en los juicios de responsabilidad extracontractual basados en actividades u omisiones culposas de esos funcionarios jefes. Por eso ha dicho la Corte en casación que "el capitán es, en el hecho, la empresa misma en ejercicio de su actividad, esto es, en la organización interna de la nave, en la marcha y estado de ésta, en su administración y servicio, en sus relaciones con pasajeros y carga y con las autoridades, etc" (G. J. Tomo LIX, pág. 821).

2º—Con certificado de la Capitanía del Puerto de Buenaventura se da fe de que el vapor "Colombia" llegó allí el 12 de marzo de 1940, (fecha del accidente) llevando como capitán a Toroff Osterberg, a S. Erdtman y a Arvid Eckstrand, como pilotos primero y segundo, respectivamente y a muchos tripulantes, entre los cuales estaba Manuel Ferrín (C. 4, folio 4).

3º—Wenceslao Estupiñán (C. 2º, f. 24) y José Mayolo D. C. 21. Folio 27v) fueron testigos presenciales de que cuando el barco atracó en el puerto traía la pluma visiblemente inclinada; de que en la operación de "aderezamiento" sólo intervino materialmente el marino Manuel Ferrín, y de la muerte instantánea del menor Gregorio Mosquera V. como consecuencia del siniestro que se conoce.

4º—Del dictamen pericial acompañado a la demanda (distinto del que conoció el juez penal) aparece suficientemente explicada la peligrosidad de aquella operación. Así, al punto 4º del cuestionario que se formuló a los expertos, éstos respondieron: "Siendo el peso aproximado de la pluma el de tonelada y media, y teniendo el cable por objeto permitir el viraje y arriada de aquélla, cable que es de hierro, grueso y consistente, acusa asímismo gran temeridad, imprudencia y peligro que un solo hombre quiera a la vez enrollar el cable, o que, teniendo pocas vueltas sobre el carretel, trate de fijar su extremo por medio de un tornillo y un borde del mismo carretel, siendo así que se necesita que haya otro hombre sobre el manubrio de Winches (sic) para que le imprima al carretel los movimientos de envuelta y desenvuelta; y un tercero que esté asegurando la cadena que evite en todo caso la caída de la pluma. De modo que si no hay uno que maneje el wincher y otro la cadena, y ésta se encuentra suelta en banda, no puede ser más temeraria la acción de un marinero como la del señor Manuel Ferrín C., ni más imprudente o imprevisiva la orden del segundo piloto que ordenó a dicho marinero ejecutarla" (C. 1º, f. 17v).

A este dictamen, rendido en inspección extrajudicial y no objetado en juicio, la Corte da el valor de grave presunción (artículos 664 y 732 del Código Judicial) para tener por probadas, co-

mo las tiene, la previsibilidad y la peligrosidad de la operación descrita en él. Lo que también impide que el caso en cuestión pueda considerarse como fortuito, como lo pretende vanamente la parte demandada.

5º—Obran en el proceso varias declaraciones según las cuales Gregorio Mosquera V., menor de catorce años, desempeñaba a la época de su trágico fallecimiento el oficio de cartero y que, por tal motivo, entregaba y recogía en el muelle la correspondencia que se le confiaba. No hay, pues, base para inducir culpa suya por su presencia en el lugar donde perdió la vida, ni, por tanto, prueba que aminore la responsabilidad de la Empresa.

En resumen, la responsabilidad civil, no desvirtuada, de la Compañía naviera, es: a) directa; y b) por actividad peligrosa.

Por ser directa la responsabilidad fracasa la excepción de prescripción extintiva de la acción, formulada en alegato de bien probado (artículos 2358 del C. C.).

C) Los perjuicios

No están acreditados en forma legal los daños materiales que sufrieran Gregorio Mosquera e Inés Valencia de Mosquera, como padres, por el fallecimiento del mencionado menor: las declaraciones aportadas al juicio (rendidas por Carlos Bueno Cock, Luis Carlos Guerrero, Jorge Lazo y Jacinto Cortés (cuaderno 2º) dicen en términos generales, sin expresión de circunstancias de lugar, tiempo y modo, ni de la causa de su conocimiento personal, que el menor Gregorio ayudaba con el producto de su trabajo de cartero al sostenimiento de su hogar, compuesto de los padres y de varios hermanos. Careciendo tales testimonios de los requisitos señalados en los artículos 688, inciso 2º, y 697 del Código Judicial, su ineficacia probatoria es manifiesta. Así lo ha resuelto la Corte en ocasiones similares (G. J. Tomo LXII, pág. 291).

En cambio los perjuicios morales de los padres, cuya calidad de tales está fehacientemente acreditada, deben darse por demostrados presuntivamente con base en el artículo 95 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali con fecha 30 de julio de mil novecientos cincuenta y dos, revoca la de primera instancia y, consecuencialmente, FALLA:

1º—Declárase no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción, que alegó la parte demandada;

2º—La Compañía de Navegación y Tierras Elliot S. A. de Panamá, domiciliada en Panamá y con Agencia en Buenaventura, es civilmente responsable del accidente ocurrido el doce de marzo de mil novecientos cuarenta en dicho puerto, a consecuencia del cual perdió la vida el menor Gregorio Mosquera Valencia, en las circunstancias que relata la parte motiva de este fallo.

3º—La mencionada Compañía pagará a Gregorio Mosquera e Inés Valencia de Mosquera, padres legítimos de la víctima, la cantidad de dos mil pesos moneda legal, a cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales causados con el accidente.

El pago deberá hacerse seis días después de la ejecutoria del auto en que el juez ordene cumplir lo decidido por el Superior.

4º—Deniéganse las demás condenas impetradas en la demanda.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EN UN JUICIO SOBRE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, POR LESION ENORME, NO SE REQUIERE EL CERTIFICADO SOBRE SUFICIENCIA DEL TITULO, DE QUE TRATA EL ARTICULO 635 DEL C. J.

1—La casación es un recurso extraordinario en que han de examinarse por la Corte sólo las cuestiones que proponga la demanda contra la sentencia acusada. La Corte no puede entrar libremente al examen de todos los aspectos debatidos en el juicio, sino sólo a aquellos que aparezcan debidamente presentados por el recurrente dentro de las causales consagradas en el artículo 520 del C. J. El recurso de casación no es una tercera instancia dentro de los juicios. La misión de la Corte en casación es confrontar la sentencia con la ley, para corregir los errores IN JUDICANDO o INPROCEDENDO del juzgador, al través de las acusaciones concretas de las partes dentro de los motivos autorizados por la ley. En la presentación de los cargos el recurrente debe ceñirse no sólo a las condiciones formales de la demanda, requeridas en el artículo 531 del C. J., sino también a su adecuada formulación sustancial conforme a la norma del artículo 520 del mismo Código.

2—La jurisprudencia ha dicho muchas veces que la causal segunda de casación no procede cuando el fallo es sencillamente absolutorio. Sólo cuando el Tribunal resolvió sobre puntos ajenos a la controversia (ULTRA PETITA); dejó de resolver alguno de los que fueron objeto de la litis (EXTRA PETITA); condenó a más de lo pedido (PLUS PETITA), o dejó de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente comprobadas (MINIMA PETITA) puede hablarse de inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

3—Dados los términos del artículo 1.951 del C. C., es condición estructural de la acción rescisoria por lesión enorme que la cosa no se haya perdido en poder del comprador. Esta condición contempla dos posibilidades: pérdida propiamente dicha o enajenación a un tercero. La protección de terceros hace imposible la rescisión en este último caso. Y entonces sólo procede otra acción distinta: si el comprador ha enajenado la cosa por más de lo que había pagado, puede reclamar el exceso hasta concurrencia del justo valor con deducción de una décima parte. Como es obvio, en este caso no cabe ni la rescisión del contrato, ni la restitución de la cosa vendida.

4—El certificado sobre suficiencia de un título escritutario, al cual hace referencia el artículo 635 del C. J., no se exige sino en casos especialmente señalados por la ley. Así, por ejemplo: se debe allegar al juicio ejecutivo en donde se hallen embargados inmuebles (C. J., artículo 1008); se debe adjuntar a la demanda sobre partición material o AD VALOREM de un bien raíz (C. J., artículo 1135), lo mismo que a la demanda de venta de la cosa hipotecada (C. J., art. 1189). Ni siquiera en los juicios de dominio la ley ha exigido tal certificación para acreditar la suficiencia de los títulos escriturarios.

5—La imperativa aceptación mecánica, por parte del juez, del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, no la establece el Código Judicial; sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los expertos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, 30 de agosto de 1.954.

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

Antecedentes:

1.—Por escritura Nº 186 extendida el 18 de enero de 1.946 en la Notaría Segunda de Cali, el señor José Antonio Viveros vendió al doctor Joaquín Caldas Luna la mitad proindiviso de un inmueble urbano ubicado en aquella ciudad, por la suma de $ 25.000.00 que el vendedor declaró haber recibido en su totalidad y a su entera satisfacción de manos del comprador.

2.—Por medio de apoderado, Viveros demandó a Caldas Lunas por la vía ordinaria, en libelo de fecha 25 de junio de 1946, para que se declarara rescindida la venta, por lesión enorme, y la restitución consiguiente del inmueble enajenado, con las prestaciones del caso.

3.—El demandado se abstuvo de contestar la demanda y no propuso excepciones ,pero en memorial que obra al folio 8 del cuaderno principal de la actuación de primera instancia, expresa que "la temeridad de la demanda es manifiesta", pues toda la finca tiene un valor de $ 58.000.00 en el censo catastral de 1946, lo que indica que para que existiera lesión enorme era necesario que el precio de venta de la mitad se hubiera pactado por menos de $ 14.500.00.

4.—En sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, proferida el 16 de noviembre de 1950, se absolvió al demandado y se condenó en costas al actor.

5.—Apelado este fallo por la parte demandante y practicadas las pruebas pedidas por los litigantes, el Tribunal Superior de Cali en sentencia del 8 de octubre de 1952 confirmó la de primera instancia con costas a cargo del apelante.

III — Sentencia acusada

El demandante interpuso oportunamente el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Tramitado en legal forma corresponde a la Corte resolver la acusación formulada contra el fallo del Tribunal Superior de Cali.

La sentencia recurrida tiene estos dos soportes:

1º—No se acreditó que el demandado fuera el dueño actual del inmueble. Dice el Tribunal a este respecto:

"Lo primero que se observa es que falta el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito a que alude el artículo 635 del Código Judicial, certificado que se hacía indispensable, no sólo para acreditar la suficiencia del título escriturario presentado como comprobante del contrato que ha dado origen a la presente acción, sino también para establecer que el demandado es el actual poseedor inscrito del inmueble que le vendió el señor Viveros. De las voces del artículo 1.951 del Código Civil, antes transcrito, se infiere que el demandante debe demostrar, en casos como el presente, no sólo que ha padecido lesión enorme en la realización del contrato que invoque, sino también que su comprador es el actual dueño del inmueble objeto del mismo, pues si éste lo ha enajenado con anterioridad a la inscripción de la demanda, no puede el demandante pedir la rescisión del contrato celebrado entre él y su comprador, pues, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1.951 citado, ello no es procedente, y sólo cabe, en tal caso, el reclamo del exceso del precio en los términos en que el mismo artículo lo previene. Esto es lógico, pues la rescisión del contrato llevaría a la restitución del inmueble a su vendedor o anterior dueño, si el demandado no optara por completar el justo precio, con deducción de una décima parte, lo que no podría hacerse si el dueño actual del bien fuera un tercero".

2º—No se demostró la lesión enorme, o sea, no aparece probado que el precio estipulado fuera inferior, en menos de la mitad, al precio justo de la cosa vendida en la época del contrato. A este respecto el Tribunal rechaza el dictamen pericial producido en segunda instancia, en lo relacionado con la cabida del inmueble que los peritos tuvieron en cuenta para señalar el valor comercial del inmueble sobre la base de un precio unitario de $ 60.00 por metro cuadrado. El Tribunal considera que en cuanto a la apreciación de la cabida, las conclusiones de los peritos no se hallan debidamente fundamentadas.

IIII — La demanda de casación

El recurrente, después de hacer un recuento del pleito y de las consideraciones del Tribunal, formula contra la demanda los cargos que se transcriben textualmente así:

Primero.—"Causal 2ª del artículo 520 del C. J., por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de los litigantes y por haber violado directamente los artículos 1.951 y 1.947 del C. C.".

Segundo.—"La primera del artículo 520 del C. J. por violación del artículo 1947 del C. C., por

no apreciación de la prueba pericial y error de hecho que aparece manifiesto en los autos".

Funda así el primer cargo:

"La sentencia, sin tener en cuenta los términos precisos de la demanda, según los cuales, al pedir la rescisión del contrato por lesión enorme, o sea por haber vendido el inmueble en menos del precio real o del justo valor que tenía al tiempo de la venta, se amoldó a la letra del artículo 1947 del C. C. y de acuerdo con éste y el 1946 pidió su aplicación o la rescisión de ese contrato.

"Y porque sabía que el comprador Dr. Caldas Luna no había enajenado esa mitad del inmueble que le vendió, la demanda no la acomodó a los términos del artículo 1951 de es Código, porque, según éste, y en el caso de enajenación, el primer vendedor, en este caso el señor Viveros, sólo tiene derecho a pedir el exceso de esa venta, pero no la rescisión del contrato. Textualmente dice el artículo 1951 citado: "No habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato, si el comprador hubiere enajenado la cosa".

"Fuera de esto, corre de autos al folio 7 del C. 1º que el Dr. Caldas Luna, después de haber recibido el translado de la demanda, y al presentar al Juez de la primera instancia con su memorial del folio 8 el certificado sobre avalúo catastral que solicitó del Tesorero de Cali visible al folio 7, en este último expresó que el inmueble del cual quería el certificado, era el del litigio, el mismo que "fue de propiedad del señor José Antonio Viveros y hoy de mi propiedad", dice el Dr. Caldas Luna.

"Con lo dicho queda demostrado que la sentencia viola terminantemente la causal 2ª del artículo 520 citado o incurre en esa causal; y por lo mismo, por aplicar lo que no se le pedía, violó el art. 1947, que era el invocado por el demandante en su demanda".

El recurrente funda el segundo cargo en varias consideraciones enderezadas a demostrar que el dictamen pericial desestimado por el Tribunal, sí se encuentra debidamente fundamentado y que la cabida indicada por los peritos respecto del lote a que se refiere la venta, resulta de las medidas que ellos verificaron en la inspección ocular. Así mismo el recurrente refuta las conclusiones del Tribunal que se basaron en pruebas trasladadas de un juicio ordinario entre las mismas partes por lesión enorme de la venta de la otra mitad del inmueble, juicio que el Tribunal Superior de Cali falló adversamente a Viveros por sentencia de fecha 14 de abril de 1950.

Expone el recurrente que el Tribunal, "en vez de atenerse al concepto pericial levantado en este proceso, acogió el que ha figurado en otro juicio y sobre otro contrato de venta, acerca de la cabida o extensión superficiaria del inmueble sobre que versa el presente litigio procedimiento que es absolutamente inaceptable, por ilegal a todas luces.

"Primero. Porque el proceso en donde se halla ese concepto se encuentra actualmente en recurso de casación ante esa misma Corte, y porque siendo así, si la sentencia acusa en ese ordinario se casa, como seguramente lo será, sentencia y concepto quedarán en nada.

"Segundo. Porque un Juez o Tribunal está en la obligación de fallar el punto de derecho que se le ha demandado, de acuerdo con las pruebas y documentos del propio juicio. Acudir a elementos extraños, sin que por ningún motivo figuren entre los debatidos para la demostración del hecho concreto o del hecho sustantivo reclamado, es procedimiento insólito, por estar apartado totalmente de la norma imperativa del artículo 471 del C. J.

"Tercero. Porque el concepto pericial que no acepta y que rechaza el fallo acusado, rendido ante el Juez de la 1ª instancia y que figura al folio 7 del C. Nº 2, tiene como fundamento los datos de la inspección ocular a la cual concurrieron, diligencia visible a fls. 5 v. y 6 del mismo cuaderno porque fundados en estos datos, tomaron o recogieron las medidas de lós linderos; porque las medidas que recogieron les dieron una figura geométrica que se llama trapecio; porque medido el trapecio, cuya superficie es igual a lo que resulta de multiplicar el promedio de los lados desiguales por su altura, dedujeron que el perímetro o cabida del globo total era de 2.575.12 metros cuadrados; porque un concepto de esta naturaleza, que versa sobre avalúos con relación en cifra numérica, de dos peritos, uniforme, explicado y científicamente fundamentado, hace plena fe y es de aplicación legal en el proceso al cual pertenece, al tenor de lo dispuesto por la primera parte del artículo 521 del C. J.; y finalmente, porque sólo cuando hay discrepancia entre los peritos sobre esa cifra numérica, el Juzgador está facultado para esa regulación, de acuerdo con el inciso 2º de ese mismo artículo.

"Cuarto. Porque el concepto que rechaza el Tribunal de Cali en cuanto a la fijación de la cabida fue puesto en conocimiento de las partes, y porque éstas, en lugar de haberlo rechazado u

objetado, lo admitieron tácitamente sin observación ninguna".

IV — Examen de los cargos

Antes de entrar en el examen de los cargos, la Sala considera pertinente repetir lo que en tántas oportunidades ha expuesto la Corte:

La casación es un recurso extraordinario en que sólo han de examinarse por la Corte las cuestiones que proponga la demanda contra la sentencia acusada. La Corte no puede entrar libremente al examen de todos los aspectos debatidos en el juicio, sino sólo a aquellos que aparezcan debidamente presentados por el recurrente dentro de las causales consagradas en el artículo 520 del C. J. El recurso de casación no es una tercera instancia dentro de los juicios. La misión de la Corte en casación es confrontar la sentencia con la ley para corregir los errores in iudicando o in procedendo del juzgador, al través de las acusaciones concretas de las partes dentro de los motivos autorizados por la ley. En la presentación de los cargos el recurrente debe ceñirse no sólo a las condiciones formales de la demanda, requeridas en el artículo 531 del C. J., sino a su adecuada formulación sustancial conforme a la norma del artículo 520 del mismo Código.

La Corte encuentra a menudo demandas de casación que por su viciosa y antitécnica elaboración, están destinadas al fracaso con menoscabo de los derechos de las partes.

El primer cargo de la demanda se funda en la causal segunda del artículo 520, o sea, "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

En casi todos los recursos se invoca con manifiesta incorrección esta causal, sin parar mientes en su verdadero contenido y alcance jurídico. Quien pierde el pleito encuentra muy a mano la causal segunda para exhumar en casación todo el debate de las instancias, so pretexto de inconsonancia del fallo con sus pretensiones, no importa que éstas hayan sido examinadas y resueltas por el juzgador. Y así muchas veces se involucran dentro de esta causal cuestiones sobre violación de la ley sustantiva, bien por infracción directa o bien por infracción indirecta al través de la apreciación de las pruebas, cuando ellas sólo son procedentes dentro de la causal primera.

Y esto es lo que patentiza la Sala en el examen del presente recurso.

El recurrente ataca la sentencia por inconsonancia con las pretensiones de las partes. El fallo fue absolutorio. Se demandó la rescisión de una venta, por lesión enorme, y el sentenciador, considerando que no se hallaban demostrados los presupuestos de la acción incoada, absolvió al demandado. El Tribunal no resolvió sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita), ni dejó de resolver alguno de los que fueron objeto de la litis (extra petita), ni condenó a más de lo pedido (plus petita), ni dejó de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente falladas (minima petita). La jurisprudencia ha dicho muchas veces que la causal segunda no procede cuando el fallo es sencillamente absolutorio. Sólo cuando se incurre en algunos de los extremos indicados, por exceso u omisión quebrantándose la armonía que debe existir entre lo pedido y lo fallado, puede hablarse de inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

En el caso sub judice el fallo recurrido puede ser equivocado y aún infringir la ley sustantiva. Pero no es incongruente con las pretensiones de las partes.

En reciente fallo de casación, del 18 de marzo de 1954 (G. J., Nºs. 2138 y 2139, Tomo LXXVII, pág. 106), la Corte ha tenido oportunidad de reiterar una vez más su constante doctrina fielmente expuesta así:

"La causal segunda de casación del artículo 520 del C. J. se refiere al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho o la excepción oportunamente deducidos en el juicio, en detrimento de lo preceptuado en el artículo 471 ibidem, último aparte. En otros términos, la causal procede únicamente ya cuando se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver sobre los que han sido objeto de litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción, entendida la excepción como la entiende el derecho ritual. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (Sentencias, 31 de julio de 1945, LIX, 406. 24 febrero 1945, LVIII, 620. 17 de mayo de 1946, LIX, 462. 12 marzo 1948, LXIV, 75. 3 junio 1948 LXIV, 414)."

"La causal 2ª de casación, conforme al artículo 520 del C. J. sólo es procedente ya cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia (**ultra petita**), o cuando se deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del litigio (**extra petita**), o ya porque se condenare a más de lo pedido (**plus petita**), o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo (**mínima petita**). Unicamente cuando incurre el fallo en alguno de esos excesos u omisiones, es cuando podría decirse que se rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia". (Sentencias, 21 de octubre de 1945, LIX, 746. 13 junio 1946, LX 697. 25 junio 1946, LX 710. 27 julio 1946. LX11, 37. Enero 31 de 1947, LXI, 718. 2 de julio 1947, LXII, 504, 3 marzo 1948, LXIV, 36. 11 marzo 1948, LXIV, 126. 30 marzo 1949, LXV, 642. 9 mayo, 1949, LXVI, 65)".

El recurrente, en su propósito de fundar la causal segunda invocada, ataca la sentencia por haber exigido la prueba de que el demandado era dueño actual del inmueble a que se refiere la venta tachada de engaño enorme, cuando Caldas Luna había aceptado tal condición dentro del juicio.

El cargo así presentado podría configurar la causal primera de casación por infracción directa de la ley sustantiva que consagra la acción rescisoria por lesión enorme, o por infracción indirecta de la misma a causa de errónea apreciación de las pruebas. Pero en ningún caso, la causal segunda.

Pero si con un criterio de extrema amplitud, pudiera aceptarse que el recurrente también invocó la causal primera en el cargo examinado "por haberse violado directamente los artículos 1.951 y 1.947 del C. C.", el cargo también sería infundado.

En efecto:

Dados los términos del artículo 1951 del C. C., es condición estructural de la acción rescisoria por lesión enorme que la cosa no se haya perdido en poder del comprador. Esta condición contempla dos posibilidades: pérdida propiamente dicha o enajenación a un tercero. La protección de terceros hace imposible la rescisión en este último caso. Y entonces sólo procede otra acción distinta: si el comprador ha enajenado la cosa por más de lo que había pegado, puede reclamar el exceso hasta concurrencia del justo valor con deducción de una décima parte. Como es obvio, en este caso no cabe ni la rescisión del contrato, ni la restitución de la cosa vendida.

Por vía de mera rectificación doctrinal, la Sala considera que el Tribunal anduvo descaminado al exigir el certificado de la suficiencia del título, a que se refiere el artículo 637 del C. J., para considerar inexistente la prueba del dominio actual en el comprador. Esta prueba resultaba de la copia debidamente registrada de la escritura Nº 186 de 1º de enero de 1.946 de la Notaría Segunda del Circuito de Cali, por la cual Viveros vendió a Caldas Luna la mitad del inmueble por virtud del contrato cuya rescisión fué objeto de la litis.

El certificado sobre suficiencia de un título escriturario, al cual hace mención el artículo 635 del C. J., no se exige sino en casos especialmente señalados por la ley. Así, por ejemplo: se debe acompañar a la demanda de expropiación (C. J., art. 852); se debe allegar al juicio ejecutivo en donde se hallen embargados inmuebles (C. J., art. 1008); se debe adjuntar a la demanda sobre partición material o **ad valorem** de un bien raíz (C. J., art. 1135), lo mismo que a la demanda de venta de la cosa hipotecada (C. J., art. 1189). Ni siquiera en los juicios de dominio la ley ha exigido tal certificación para acreditar la suficiencia de los títulos escriturarios (Casación, febrero 28 de 1.945, Nº 2017, T. LVIII, pág. 217; Casación junio 30 de 1.947, Nºs. 2048-2049, pág. 491).

Pero este extremo, relacionado con la apreciación de la prueba, no fue atacado en la demanda de casación y la Sala no puede entrar a corregir el fallo recurrido por este aspecto.

Como atrás se expuso, la sentencia acusada tiene dos soportes relacionados con la prueba de los requisitos de la acción rescisoria: a) falta de prueba sobre el hecho de encontrarse la cosa vendida en poder del demandado; b) falta de prueba sobre la lesión enorme.

Como se ha visto atrás, el recurrente en su segundo cargo ataca la sentencia en cuanto a la apreciación que hizo el Tribunal respecto de la cabida del inmueble a que se refiere la venta: a) porque dejó de apreciar el dictamen pericial que señaló tal cabida en 2.575,12 metros, so pretexto de que no estaba debidamente fundamentado, pues no se habían dado las medidas de los linderos del lote y no se había agregado al juicio el plano o croquis que los expertos dijeron haber levantado y en donde debían aparecer tales medidas para establecer la realidad del área indicada; b) porque determinó la cabida del lote sobre las pruebas y conclusiones del mismo

Tribunal en sentencia dictada en otro juicio entre las mismas partes sobre rescisión de la venta de la otra mitad del mismo inmueble, sentencia que no se hallaba en firme por hallarse recurrida en casación ante la propia Corte.

Se considera:

No obstante los razonamientos expuestos por el recurrente que hacen censurable la actuación del Tribunal en varios de los aspectos analizados, el cargo no prospera en casación.

El Tribunal desechó el dictamen pericial en cuanto a la cabida del inmueble por no hallarse debidamente fundamentado. Este juicio del sentenciador no aparece contrario a la evidencia, por una parte; ni contrario a la norma del artículo 721 del C. J. que determina el valor del dictamen pericial en un caso como el presente, por otra parte. Como lo ha dicho la Corte, el Código no establece "la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos" (Casación, mayo 9 de 1938, G. J., T. XLVI, Nº 1935, página 422).

Rechazado el dictamen pericial, el Tribunal determinó la cabida del inmueble teniendo en cuenta lo resuelto en otro juicio surtido entre las mismas partes relativo a la lesión enorme de la venta de la otra mitad del inmueble. Y asiste razón al recurrente cuando censura este insólito procedimiento del sentenciador, pues, por una parte, la sentencia dictada por el Tribunal no se hallaba en firme, como que estaba acusada en casación, y por otra parte, dió fuerza de cosa juzgada a tal sentencia, sobre el hecho de la cabida del inmueble y en asunto distinto del que había sido objeto de tal pronunciamiento. Como dice Chiovenda, "jurídicamente, la cosa juzgada no hace referencia a la afirmación de verdad de los hechos, sino a la existencia de una voluntad de ley en el caso concreto". (José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil". T. II, Nº 78, página 415).

Cada proceso tiene su propia individualidad y la sentencia definitiva que con él termina, define el derecho controvertido. En esta forma, la apreciación del Tribunal violó flagrantemente los principios fundamentales de la cosa juzgada y en especial la norma consagrada en el artículo 473 del C. J.

Pero el cargo, formulado con notoria deficiencia, ya que no cita las normas infringidas directamente por tal aspecto, no sería suficiente para casar la sentencia, ya que ésta se mantendría sustentada en el otro soporte que no fue atacado en casación.

V — Resolución

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el día 8 de octubre de 1942, objeto del presente recurso.

Sin costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA NO ES UNA EXCEPCION. PARA QUE SE TRATE DE ACCION DE RECOBRO, Y NO DE ACCION REIVINDICATORIA, ES NECESARIO QUE DESDE EL COMIENZO DEL JUICIO APAREZCA CLARAMENTE QUE EL DEMANDADO NO TIENE LA COSA COMO POSEEDOR

1—La impropiamente llamada personería sustantiva de la parte actora, corresponde en realidad a las condiciones de la acción o a su titularidad, como requisito necesario para obtener sentencia favorable a las súplicas de la demanda. Es elemento de la legitimación en causa, y por ello, si falta, no existe la acción y se predica el fallo absolutorio, no porque esté probado medio exceptivo alguno, sino simplemente porque, según lo dicho, no aparece configurada la acción ni la titularidad del demandante. La excepción supone una acción que por su virtud extintiva llega a ser ineficaz; pero cuando la acción misma no tiene existencia, por sustracción de materia no hay campo dentro del cual el medio exceptivo pudiera tener vida.

2—Cuando todos los comuneros intentam la acción reivindicatoria de la cosa en que son copropietarios, es indudable que lo perseguido es la cosa singular en manos de quien la ocupa íntegramente.

3—No es necesario para que el fallo no sea inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que en él se decida de manera explícita acerca de una excepción propuesta; si el sentenciador reconoce la existencia del derecho contra el cual se opuso la excepción, implícitamente está fallando adversamente a ésta, y entonces no cabe decir que el juzgador dejara de pronunciar sentencia sobre ese punto de la litis.

4—Por activa el comunero está capacitado para reivindicar la cosa indivisa, en su propio carácter de estar en común con otras personas, a quienes puede favorecer, pero no perjudicar con su actuación. En tanto que por pasiva y como corolario de lo anterior, toda demanda referente a la cosa común debe comprender a todos y cada uno de los comuneros, para que a todos los afecte el fallo, supuesto que la actuación de uno solo de ellos, en modo alguno podría perjudicar al comunero o comuneros que no intervinieron como parte en el juicio.

5—La teoría jurídica atribuye a la acción de recobro características peculiares, desde luego que entonces el demandado, no obstante conservar en su poder el objeto, reconoce de antemano el dominio del demandante; se considera a sí mismo como simple tenedor, pero con derecho a que se le satisfagan determinadas prestaciones antes de la entrega. Sin embargo, es indispensable que con claridad aparezca en el ocupante la ausencia de ánimo posesorio, porque así lo indique su título desde el comienzo de la litis, puesto que de otro modo, en la práctica, estaría abierto el camino al poseedor para alegar en último trance que no lo es, que este elemento fundamental de la acción falta para la prosperidad del juicio reivindicatorio, y que se debe absolver porque se trataba simplemente de la acción de recobro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

El 10 de diciembre de 1931, por escritura 2917 de la Notaría 4ª de Bogotá, Antonio Mendoza, casado a la sazón con Agripina Vega, compró para sus hijos menores Emma, Alicia y Marco Antonio Mendoza, por partes iguales, el solar 177, manzana J., Barrio Colombia de esta ciudad, según en la misma escritura se determina.

Disuelta la sociedad conyugal el 1º de julio de 1937, por muerte de Agripina Vega, el cónyuge

sobreviviente contrajo segundas nupcias con María del C. Rodríguez el 25 de noviembre del mismo año, matrimonio del cual nació Jorge Mendoza Rodríguez el 22 de junio de 1942.

En el terreno de los menores Mendoza Vega se levantó una construcción que en la mortuoria de Agripina Vega, protocolizada en la Notaría 8ª de Bogotá por escritura 159 de 4 de febrero de 1948, se le adjudicó a los mismos menores y al doctor Carlos Hernández García. Y según declaraciones protocolizadas por instrumento 792 del 4 de septiembre de 1947 en la Notaría 7ª de este circuito, María del Carmen Rodríguez y su marido Antonio Mendoza construyeron a sus expensas, con posterioridad al 25 de noviembre de 1937 y en los primeros meses de 1938, una casa en dicho terreno, para lo cual demolieron una pequeña habitación que allí existía.

Tales son, en síntesis, los antecedentes del litigio iniciado por el doctor Carlos Hernández García, como curador ad litem de los menores Emma, Alicia y Marco Antonio Mendoza Vega. La demanda, aclarada y corregida, se encaminó contra María del Carmen Rodríguez "por la vía correspondiente a las acciones reivindicatorias o de dominio" para que fuese condenada a restituír la casa en mención, junto con los frutos desde el 1º de julio de 1937, y al pago de las costas del juicio.

La demandada, en su propio nombre y como representante legal de su hijo Jorge Mendoza Rodríguez, reconvino para pedir estas declaraciones:

1ª—Que es propietaria, como cónyuge sobreviviente de Antonio Mendoza Cruz, de la mitad de la referida construcción; y que de la otra mitad lo es la sucesión de su cónyuge, representada por su hijo Jorge Mendoza Rodríguez;

2ª—Que se declare nulo el juicio de sucesión de Agripina Vega de Mendoza, incluyendo la diligencia de inventarios, la sentencia aprobatoria de la partición, el registro de la misma, la escritura de protocolización; y que se cancele la inscripción de tales títulos y de las declaraciones de construcción a favor de Agripina Vega de Mendoza; y

3ª—Que se le condene en las costas del presente juicio.

El Juez del conocimiento, 3º Civil del Circuito de Bogotá, en fallo del 5 de octubre de 1951, condenó a la demandada a la restitución del inmueble, al pago de los frutos desde el 9 de agosto de 1946, regulados según el artículo 553 del Código Judicial, además de las costas del juicio; a tiempo en que absolvió a la parte actora de las súplicas formuladas en la reconvención.

Surtida la alzada, interpuesta por la parte vencida, el Tribunal Superior en sentencia de 21 de marzo de 1952 resolvió así:

"1º—María del Carmen Rodríguez viuda de Mendoza es dueña de la mitad de la totalidad de la edificación existente en el predio aludido en la parte motiva de esta providencia, restando a dicha edificación cincuenta y cuatro metros con noventa y un centímetros cuadrados (54,91) de edificación y Jorge Mendoza Rodríguez tiene derecho a la cuarta parte de la mitad de la edificación existente, deducidos los cincuenta y cuatro con noventa y un centímetros cuadrados de edificación a la totalidad de la construcción existente; y a la cuarta parte de la mitad de cincuenta y cuatro con noventa y uno centímetros cuadrados de edificación.

"2º—Condénase a María del Carmen Rodríguez viuda de Mendoza a restituír a Marco Antonio, Emma y Alicia Mendoza Vega el predio y edificación aludidos en la motivación de esta sentencia, previo reembolso de los derechos reconocidos a aquélla y a Jorge Mendoza Rodríguez en el anterior numeral resolutivo, o cuando se les asegure el pago de tales derechos.

"3º—Condénese a María del Carmen viuda de Mendoza a pagar a los demandantes los frutos civiles de dicho inmueble, desde el 9 de agosto de 1946 hasta el día en que se restituya, descontando los que correspondan a ella y a Jorge Mendoza Rodríguez en la proporción reconocida a éstos.

"4º—La liquidación de los derechos reconocidos en el numeral primero resolutivo y el monto de la condena del numeral tercero resolutivo de la presente sentencia se hará por los trámites del artículo 553 del Código Judicial.

"5º—Se niegan las demás peticiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención.

"6º—Sin costas en ninguna de las instancias".

La parte demandada interpuso recurso de casación, y se han invocado las causales 6ª, 2ª, y 1ª de las definidas por el artículo 520 del Código Judicial. En el caso de iniciar el estudio por la causal 6ª, en atención a que contempla vicios de procedimiento, inductivos de nulidad.

Primer cargo

Para sustentarlo se alega ilegitimidad de la personería del curador de los menores demandan-

tes, en cuanto fue designado para instaurar juicio posesorio contra María del Carmen Rodríguez, y se inició y adelantó juicio reivindicatorio, lo cual, en sentir del recurrente, ha producido falta o ilegitimidad de la personería del curador para actuar en el proceso. Admite la demanda que los menores ratificaron lo hecho por el curador, pero estima que la ratificación no fue eficaz, porque los menores Alicia y Marco Antonio aún no habían cumplido la mayor edad, y para tal acto no fueron asistidos por curador o representante alguno, con la circunstancia de que Marco Antonio, agrega la demanda, "no podía intervenir en el juicio en la forma indicada, porque él ya estaba en capacidad para nombrar su curador para la litis y, en caso de no haberlo nombrado, al Juez sólo le competía autorizarlo para comparecer en juicio, designándole curador para ello, como lo establece el artículo 241 del Código Judicial. Empero, como esto último no ocurrió, la consecuencia que se impone es que dicho menor no se hizo parte en el juicio y que todo lo actuado en su nombre es completamente nulo y que esa nulidad no fue saneada en forma alguna".

Se considera:

La curaduría ad litem de que se trata fue discernida dentro de este proceso, para su propio adelantamiento y no para ninguna otra actuación. De donde se sigue, sin lugar a duda, que la representación de los menores ha tenido efecto pleno para la acción que en definitiva se dedujo en el juicio, no obstante que las menores Emma y Alicia hablaran impropiamente de "juicio posesorio" en el memorial de nombramiento (f. 24 C. ppal.). Debe estarse más a la realidad procesal que al aparente significado de los vocablos, principalmente en materia de nulidades, que son de restricta interpretación.

El mismo recurrente, cuando como apoderado de la demandada actuó para pedir reposición del auto en que el Juez de primera instancia declarara la nulidad del procedimiento, por faltar la firma del secretario al pie del proveído por el cual se confirmó el nombramiento del curador, dijo entre otras cosas:

"De acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, consignada en sentencia que figura a la página 554 de los números 1957 y 1958 de la "Gaceta Judicial", únicamente puede configurarse la nulidad por ilegitimidad de personería, cuando la irregularidad observada es de tal naturaleza que implica una violación del derecho de defensa, cosa que aquí no ocurre, puesto que las menores referidas han estado superabundantemente defendidas por el curador que designaron, ya que en desarrollo de la misma designación, que presentaron personalmente al Juzgado, él hizo la presentación de la demanda que culminó con el pleito que ha sido materia de la litis, solicitó su apertura a pruebas, contestó la contrademanda formulada y alegó de conclusión, es decir, atendió el pleito en la forma que exigía el cargo que le fue conferido. Pero es más, en providencia de 23 de noviembre de 1948 el mismo Juzgado le exigió al señor curador presentara nueva demanda, en defensa de los intereses de los menores, puesto que la anteriormente presentada lo había sido cuando aún no se había posesionado ni discernido el cargo de curador".

Si, entonces, el reparo en casación consiste fundamentalmente en que las menores al designar curador se refirieron a juicio posesorio, y el Juzgado aceptó el nombramiento, discernió el cargo y posesionó al curador precisamente para adelantar la acción restitutoria deducida en este litigio; si las menores Emma (ya como mayor de edad) y Alicia Mendoza confirmaron la designación del curador, y Marco Antonio Mendoza tuvo por bien hecha la que el Juez discerniera de oficio, aunque como menor estuviese facultado para designar su curador; y si, como lo reconoce la contraparte, en nada se ha menoscabado el derecho de defensa de las personas así representadas, se llegaría al extremo inadmisible de invalidar la actuación sin que se encuentre falta de capacidad procesal en quien obró como curador ad litem de los expresados menores. Y si en aquel entonces, por petición de ambas partes, el Juez revocó el auto en que decretaba la nulidad por faltar la firma del secretario en el proveído por el cual aceptó el nombramiento de curador, nada impide entender que la capacidad procesal del representante de los menores quedó legitimada en definitiva desde aquel momento y, por ello, subsanada cualquiera deficiencia.

Por lo cual no prospera la acusación.

Segundo cargo

Se apoya en la causal 2ª y se aduce incongruencia entre lo pedido y lo fallado, por no haberlo hecho el Tribunal sobre la excepción de

ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes, propuesta desde la primera instancia. El cargo aparece concretado así:

"1º) Los demandantes son propietarios en común y proindiviso y por partes iguales del lote de terreno donde se levantó la construcción distinguida con los números 70-67 y 70 73 de la Carrera 22 de Bogotá, según se desprende de los elementos de prueba acompañados para iniciar la acción; y

"2°)—Dicha construcción fue adjudicada, en común y prindiviso y de acuerdo con las cuotas consignadas en las respectivas hijuelas, originadas del juicio de sucesión de Agripina Vega de Mendoza, a los demandantes y al doctor Carlos Hernández García (fs. 4 a 15 v., del C. cppal.).

"Empero, como los demandantes no reclaman, en la acción reivindicatoria que ejercitaron, la restitución de la cuota determinada proindiviso que les puede corresponder en esa cosa singular, sino la cosa singular que aparece discriminada en las peticiones de la demanda, y como ellos no son propietarios exclusivos de esa cosa singular, sino condueños con el doctor Hernández García de la cosa común, como consecuencia carecen de personería sustantiva para el ejercicio de la acción reivindicatoria que iniciaron y en la forma que lo hicieron. Empero, como el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia que acuso, sin fallar sobre la excepción perentoria propuesta, halló que los demandantes sí tenían personería para exigir la restitución de la cosa singular que demandaron, incurrió en error de derecho que lo indujo a infringir directamente, por no haberlo aplicado, el artículo 949 del Código Civil y los artículos 946, 947, 950, 952 y 961 del Código Civil por haberlos aplicado, sin estar autorizado para ello por no ser el caso de hacerlo...'.

Se considera:

Ciertamente, de una cosa singular se distingue una cuota proindiviso, pero tanto la una como la otra son objeto propio de la reivindicación. Que lo sea una cosa singular, no se remite a duda en presencia del artículo 946; y es igualmente claro que se puede reivindicar una cuota proindiviso de una cosa singular, porque así lo prevé expresamente el artículo 946 del Código Civil. Ahora bien, si todos los comuneros demandan de consuno, salta a la vista que la acción está dirigida sobre una cosa singular frente al demandado y dentro de la continencia del libelo, aunque por otro aspecto hayan de aparecer las cuotas en las relaciones recíprocas existentes entre las varias personas que integran la parte actora.

La impropiamente llamada personería sustantiva de la parte actora, corresponde en realidad a las condiciones de la acción o a su titularidad, como requisito necesario para obtener sentencia favorable a las súplicas de la demanda. Es elemento de la legitimación en causa, y por ello, si falta, no existe la acción y se predica el fallo absolutorio, no porque esté probado medio exceptivo alguno, sino simplemente porque, según lo dicho, no aparece configurada la acción ni la titularidad del demandante. La excepción supone una acción que por su virtud extintiva llega a ser ineficaz; pero cuando la acción misma no tiene existencia, por sustracción de materia no hay campo dentro del cual el medio exceptivo pudiera tener vida.

Por manera que si en el caso de autos la acción fue intentada por todos los comuneros en el dominio del terreno, es indudable que se ha perseguido la cosa singular en manos de quien la ocupa íntegramente, y no por cuotas. De donde surge la titularidad para la súplica restitutoria, por demandar todos el todo de la cosa a que su derecho está referido, y porque si se desdoblara en cuotas, también resultaría qu le suma de las fracciones en que se divide el objeto, integra la unidad. Y en cuanto a la participación del doctor Hernández García, no sobra tener presente que no se relaciona con la propiedad del suelo, sino que versa sobre lo accesorio, esto es sobre una cuota de la construcción allí levantada, que se le adjudicó en la mortuoria de Agripina Vega.

Si, pues, la alegada ilegitimidad de la personería sustantiva tiende a negar que el actor sea titular de la acción, y en el presente caso no se discute en el recurso que los menores demandantes no tengan el carácter de dueños del terreno, queda en claro que el cargo de incongruencia por no haber admitido el Tribunal la que se invoca como excepción de carencia de personería sustantiva en el actor, no puede prosperar. Si el sentenciador resolvió en el sentido de admitir la titularidad de los demandantes, falló adversamente en forma implícita sobre la excepción que así con técnica impropia se le propusiera; y entonces no cabe decir que dejara de pronunciar sentencia sobre ese punto de la litis.

Tercer cargo

En referencia a la primera causal de casación sostiene el recurrente que el fallo acusado es vio-

latorio de la ley sustantiva, por apreciación errónea de la escritura 2917 de 10 de diciembre de 1935, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, por la cual los menores Mendoza Vega adquirieron el solar de que se trata, así como también por apreciación errónea de las hijuelas hechas en la mortuoria de Agripina Vega de Mendoza, como documentos todos ellos que sirvieron de base a la acción, por cuanto de allí aparece que los menores Marco Antonio, Emma y Alicia Mendoza "adquirieron, en común y proindiviso y por partes iguales, el lote de terreno determinado en el mismo instrumento", y que la casa de habitación construída allí, fue adjudicada igualmente en común y proindiviso a los tres menores referidos y al doctor Carlos Hernández García, y sin embargo el Tribunal, en lugar de ver allí una comunidad, decretó la restitución de una cosa singular, con lo que, en sentir del recurrente, incurrió en error manifiesto de hecho al apreciar aquellas pruebas, "y ese error de hecho —agrega la demanda— lo llevó a violar los artículos 630, 632 del Código Judicial, por no haberles dado aplicación debiendo hacerlo, y a incurrir igualmente en el error de derecho manifiesto consistente en apreciar que existía cosa singular donde no hay sino una comunidad, lo mismo que a infringir directamente los artículos 946, 949 y 950 del Código Civil, por haberlos aplicado sin ser el caso de hacerlo, ya que le ordenó a la demandada restituírles a los demandantes una cosa singular, cuando ellos no tienen derecho sino a una cuota proindiviso sobre esa misma cosa singular. Ahora bien, como la comunidad en sí no es sujeto de acción reivindicatoria, los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, lo llevaron también a quebrantar, por infracción directa, los artículos 1374 y 2322 del Código Civil, por no haberles dado aplicación habiendo sido el caso de hacerlo".

Se considera:

Por cuanto la comunidad o estado de indivisión no disfruta de personería jurídica, no tiene tampoco capacidad para ser parte en los debates judiciales, ni puede, en consecuencia, ser sujeto de la relación jurídico procesal. Pero cuando actúan los comuneros quienes sí tienen capacidad para ser partes en el juicio, hay base en derecho para que el proceso se configure, y entonces el comunero que demanda en pro de su interés; lleva también el interés del pro común, de suerte que actúa válidamente en el litigio y el resultado favorable se comunica a todos los comuneros, en tanto que el desfavorable apenas afecta al comunero que adelantó el proceso. De donde se sigue que por activa el comunero está capacitado para reivindicar la cosa indivisa, en su propio carácter de estar en común con otras personas, a quienes puede favorecer, pero no perjudicar con su actuación. En tanto que por pasiva y como corolario de lo anterior, toda demanda referente a la cosa común debe comprender a todos y cada uno de los comuneros, para que a todos los afecte el fallo, supuesto que la actuación de uno solo de ellos en modo alguno podría perjudicar al comunero o comuneros que no intervinieron como parte en el juicio.

En el caso **sub judice**, el solar a que se refiere la acción pertenece proindiviso a los menores Emma, Alicia y Marco Antonio Mendoza, y todos ellos demandaron bajo la representación de su curador **ad litem**. Dice el recurrente que el Tribunal erró de modo manifiesto en ver la existencia de una cosa singular donde no hay sino una comunidad, pero la equivocación no se descubre, porque decretada la restitución del objeto a los demandantes, por consecuencia natural y obvia, se entiende serlo a cada uno de ellos en la cuota correspondiente, cuya determinación y cuantía incumbe a las relaciones recíprocas entre los comuneros y no ha sido materia del debate y porque la suma de las partes equivale a la unidad, que es la cosa singular demandada sobre la cual se produjo el decreto de restitución.

No aparece, pues, fundado el reparo.

Cuarto cargo

También con fundamento en la causal 1ª, sostiene la demanda que como el Tribunal reconoció a María del Carmen Rodríguez y a Jorge Mendoza Rodríguez como dueños en parte de la casa construída en el solar de los menores Mendoza Vega, confundió el sentenciador la acción de recobro con la reivindicatoria intentada por los demandantes, y violó el artículo 739 del Código Civil, al darle indebida aplicación, puesto que contempla un problema perfectamente diferente del que fue materia del pleito. Estima el recurrente que el Tribunal llegó a infringir ese texto, por no haber apreciado las declaraciones de Efraím Herrera P., José Vicente Rocha Forero y Silvino Moscoso, "porque en ellas —dice— y en las de construcción que fueron protocolizadas por

medio de la escritura pública número 792 de 4 de septiembre de 1947, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, que tampoco apreció el Tribunal, aparece que la construcción que existía hasta el año de 1937, en el lote de terreno referido, fue derruída para construír del año de 1938 en adelante, la construcción actualmente existente en el mismo lote, y la falta de apreciación de esos elementos de prueba llevó al Tribunal a incurrir en error de hecho manifiesto y en error de derecho por no haberle dado aplicación a los artículos 697, 630 y 632 del Código Judicial, error que lo llevó a infringir directamente el artículo 739 del Código Civil, por haberlo aplicado sin corresponder hacerlo, porque en esto no se trataba de decidir sobre acción de recobro, consagrada en esa norma legal que violó el Tribunal, sino de la acción reivindicatoria que fue la debatida en el curso de la litis y a violar directamente, por no haberlos aplicado, los artículos 946, 949 y 950 del Código Civil.

Se considera:

En referencia a lo que es materia del presente cargo, se lee en el punto 6º de los "antecedentes" de la sentencia recurrida:

"6º—El 4 de septiembre de 1947, por instrumento público 792 otorgado en la Notaría 7ª de este Circuito, María Del Carmen Rodríguez viuda de Mendoza protocolizó las declaraciones extrajudiciales de Carlos Abello, Juan N. Ortiz, Julio Greiferistein, Efraím Herrera P., José Vicente Rocha, según las cuales ella y su cónyuge Antonio Mendoza construyeron a sus expensas, con posterioridad al 25 de noviembre de 1937 y en los primeros meses de 1938 la casa levantada en el lote de terreno mencionado; para lo cual demolieron la casa de habitación provisional o mediagua que existía en el centro del lote. La escritura se registró el 22 de noviembre del año citado en el Libro segundo de este Circuito"

Y más adelante la parte motiva del fallo expresa:

"Las partes pretenden que cada una de ellas levantó la casa a sus expensas.

"Los Mendoza Vega afirman que la edificación se costeó con dinero de su difunta madre Agripina Vega y que fue levantada por el cónyuge sobreviviente Antonio Mendoza. Invocan la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá que da fe de que fueron registradas declaraciones en este sentido el 28 de septiembre de 1945. No se agregaron al proceso tales testimonios. La certificación aludida no demuestra, por sí sola, el hecho jurídico de la accesión. Obran otros elementos de convicción, a saber: Luis Eduardo Salcedo afirma "que Antonio Mendoza construyó una casa en el lote de terreno que era de él por ahí como en el año de 1933 que empezó la construcción, pero propiamente no sé con qué dinero ni de quién es que haya construído la casa". A Moisés Lisarazo le consta "que en el año de 1936 ya existía una edificación en el lote donde vivía Antonio Mendoza, Agripina Vega de Mendoza y sus tres hijos; todo el mundo decía que el matrimonio había construído la casa a que me refiero..." La Sección Municipal de Catastro certifica que "en el mes de julio de 1936 fue tomada e incorporada en el avalúo de dicho predio una edificación consistente en una sola planta, con cabida de 54,91 metros cuadrados, avaluada en $ 481,10". A su vez, la demandada María del Carmen confiesa en posiciones que a principios de 1938 ya existían tres piezas edificadas.

"Concatenando estos elementos se concluye que antes del fallecimiento de Agripina Vega, y sobre todo antes del 25 de noviembre de 1937 en que Antonio Mendoza contrajo matrimonio con María del Carmen Rodríguez, ya existía en el referido lote una edificación de 54,91 metros cuadrados.

"María del Carmen y su menor hijo Jorge Mendoza Rodríguez pretenden que la construcción se edificó en su totalidad durante la sociedad conyugal Mendoza-Rodríguez.

"Esta pretensión está descartada por las pruebas analizadas atrás. Pero si antes de la existencia de dicha sociedad conyugal existía una edificación de 54,91 metros cuadrados, es obvio que el resto de la construcción existente en la actualidad se hizo después de constituída la memorada sociedad conyugal.

"En suma: la sociedad conyugal Mendoza-Vega, por haber construído 54,91 metros cuadrados, es dueña de un crédito por este valor contra los dueños del terreno. Y la sociedad conyugal Mendoza-Rodríguez tiene otro crédito contra tales dueños por el resto de la edificación, puesto que no se ha establecido que la edificación se hubiera hecho con dineros de determinada persona, razón por la cual se presume pertenecer a la respectiva sociedad conyugal de acuerdo con la norma 1795 del Código Civil.

"El crédito por valor de los 54,91 metros cua-

drados pertenece a los Mendoza Vega y a Carlos Hernández García, pero únicamente en la mitad y en la proporción adjudicada en el juicio mortuorio de Agripina Vega viuda de Mendoza; la otra mitad pertenece a la sucesión de Antonio Mendoza.

"A su vez el crédito por el resto de la edificación existente pertenece: la mitad a la cónyuge María del Carmen Rodríguez viuda de Mendoza; y la otra mitad a la sucesión de Antonio Mendoza.

"Por manera que la nombrada sucesión tiene derecho a las dos mitades prealudidas; y en una y en otra tienen derecho, de acuerdo con su respectiva vocación hereditaria, los cuatro hijos de Antonio Mendoza. Por consiguiente Jorge Mendoza Rodríguez es dueño de una cuarta parte en cada una de las susodichas dos mitades.

"Cuál sea el monto del derecho de María del Carmen Rodríguez viuda de Mendoza, y cuál el de Jorge Mendoza Rodríguez, es cuestión que debe fijarse en el incidente de ejecución de la presente sentencia.

"De lo dicho se infiere que ha de decretarse la restitución del predio y edificación nombrados a favor de los demandantes Mendoza Vega, condenando a María del Carmen Rodríguez viuda de Mendoza a devolvérselo, ya que ésta acepta que lo está ocupando".

De la transcripción se desprende que el sentenciador, al decidir sobre las pretensiones encontradas de las partes acerca de la pertenencia de la edificación, apreció el acervo probatorio en el sentido de admitir que la casa existente se hizo en dos etapas: la primera, de 54,91 metros cuadrados, bajo la sociedad conyugal Mendoza-Vega; y la segunda, complementaria de la anterior, bajo la sociedad conyugal Mendoza-Rodríguez. Le atribuye pleno valor a las pruebas sobre la preexistencia de aquella edificación de 54,91 metros cuadrados, y deduce de allí que el resto se levantó por la sociedad conyugal Mendoza-Rodríguez.

Ha podido ser más detenido y más preciso el análisis de las pruebas aportadas al litigio, pero la acusación del fallo no demuestra el error manifiesto de hecho o el error de derecho en que incidiera el Tribunal cuando permitió que en su ánimo prevaleciera el mérito probatorio de los elementos de juicio que formaron su propia convicción según los párrafos trascritos, lo cual permanece entonces dentro del ámbito de los poderes de apreciación del juzgador en la instancia, sin que sea dable a la Corte reabrir el debate en el presente recurso.

Por cuanto a lo demás, el recurrente se limita a afirmar que el sentenciador confundió la acción de recobro con la reivindicatoria, pero no se ocupa en el estudio de los elementos indispensables para sustentar el cargo.

En realidad, la teoría jurídica atribuye a la acción de recobro características peculiares, desde luego que entonces el demandado, no obstante conservar el objeto en su poder, reconoce de antemano el dominio del demandante; se considera a sí mismo como simple tenedor, pero con derecho a que se le satisfagan determinadas prestaciones antes de la entrega. Sin embargo, es indispensable que con claridad aparezca en el ocupante la ausencia de ánimo posesorio, porque así lo indique su título desde el comienzo de la litis, puesto que de otro modo en la práctica estaría abierto el camino al poseedor para alegar en último trance que no lo es, que este elemento fundamental de la acción falta para la prosperidad del juicio reivindicatorio, y que se debe absolver porque se trataba simplemente de la acción de recobro.

Reconoció la demandada que el inmueble está en su poder; y si bien, tanto en el libelo inicial como en el fallo recurrido, pudieran acaso anotarse algunas deficiencias en materia de técnica jurídica, es lo cierto que no alcanzarían a incidir en la decisión de la instancia. No se ha sustentado el cargo, apenas se le insinúa, y en tales circunstancias no es viable en casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida con fecha 21 de marzo de 1952, materia del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — SOBERANIA DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA AL HACER LA REDUCCION PREVISTA POR EL ARTICULO 2357 DEL CODIGO CIVIL, POR CONCURRENCIA DE CULPAS

1—Cuando buena parte de la culpa en lo sucedido pesa sobre la propia víctima, sería aberrante la condena al pago de perjuicios morales.

2—En la reducción prevista por el artículo 2357 del Código Civil es soberano el Tribunal, como lo ha decidido la Corte en varias ocasiones.

Por consiguiente, este detalle no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas, como corresponde, según éste sea de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos.

3—En caso de transporte benévolo, el demandante debe probar la culpa del demandado, si aspira a obtener la indemnización de los perjuicios sufridos.

4—La incongruencia de un fallo no se refiere a los HECHOS sino a las PRETENSIONES de las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

El 22 de abril de 1950, el señor Servando Fonseca tuvo que trasladarse de Tunja a Bogotá, y como a la vez el señor Fabio A. Espinosa iba a hacer el mismo viaje en automóvil propio, el primero solicitó del segundo el favor de que lo transportara, "lo cual fue aceptado benévolamente, por este último" (hecho 4º de la demanda).

En el mismo automóvil, manejado por Espinosa, viajaban también a Bogotá, los señores Víctor Torres, Benjamín Restrepo, un muchacho de apellido Montaña, empleado del Banco de la República y un joven estudiante de apellido Gómez.

Antes de salir de Tunja los viajeros compraron, a prorrata, un litro de whisky para atender al señor Espinosa "en vista de la benevolencia del transporte".

El viaje se emprendió como a las seis y media de la tarde y transcurrió normalmente hasta Chocontá, donde se compró otro litro de whisky. De ahí en adelante Espinosa aceleró la velocidad, que no quiso moderar, no obstante los requerimientos que le hacían los pasajeros, y en el trayecto entre Chocontá y Tocancipá el automóvil se volcó, sufriendo Fonseca una grave lesión en la columna vertebral (ruptura de la sexta vértebra, según el lesionado).

El accidente, que al decir de Fonseca lo causó el estado de embriaguez en que ya se encontraba Espinosa, lo presenciaron el médico Dr. Carlos Molano Niño, su sobrino Jorge Peñuela y dos enfermeras que viajaban con ellos en otro automóvil.

Con base en los hechos que se acaban de relacionar en forma sintética, Fonseca propuso demanda ordinaria contra Espinosa, enderezada a obtener que el demandado le pague la indemnización por los perjuicios materiales y morales que se le causaron con motivo del accidente en referencia.

El Juez de Circuito falló en sentido totalmente absolutorio, pero el Tribunal Superior de Tunja finalizó la segunda instancia con providencia de 7 de febrero de 1953, cuya parte resolutiva dice:

"Revócase la sentencia objeto de la apelación y en su lugar se declara que el señor Fabio A. Espinosa, mayor de edad y de esta vecindad es civilmente responsable del accidente automovilario acaecido por su culpa en concurrencia con la del demandante, en la noche del 22 de abril de 1950, en las condiciones que se anotan en esta providencia, y en consecuencia se le CONDENA al pago de los perjuicios a que alude la parte motiva de este fallo, siendo exonerado del pago de ellos en una tercera parte.

"El monto de la indemnización por esos perjuicios se fijará de acuerdo con el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.

"No hay lugar a condenación en costas".

Ambas partes recurrieron en casación ante la Corte Suprema, y hoy se procede a decidir los recursos mediante las consideraciones que siguen:

Recurso del demandante

CAPITULO I

Principia el recurrente por formular la acusación, en general así:

"Con fundamento en el inciso 1º del art. 520 del C. J., acuso señor Magistrado la sentencia del Tribunal Superior de Tunja de siete de febrero de 1953 proferida en el juicio de indemnización de perjuicios de Servando Fonseca contra Fabio A. Espinosa por aplicación indebida a interpretación errónea de los arts. 63, 2341, 2345, 2357 y 1613 del C. C., como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas".

En seguida y concretando algo más, agrega:

Errores de hecho evidentes y de derecho al desatender totalmente y al desestimar en su alcance y mérito probatorio otras de las pruebas allegadas al proceso por el demandante y particularmente los testimonios de los médicos doctores Luis Felipe Rodríguez Pinzón y Guillermo Zubieta; los certificados médicos que se acompañaron a la demanda y que obran a folios 2 y 3 del cuaderno principal y las declaraciones de los señores Benjamín Restrepo Botero y Víctor Torres, Hipólito y Alfredo Ayure sobre la naturaleza, gravedad, número y consecuencias de las lesiones sufridas por Servando Fonseca y a consecuencia de los cuales errores violó el Tribunal por interpretación errónea los arts. 1.613 y 2341 del C. C., pues desestimó el daño y los perjuicios sufridos por el actor en su verdadero alcance o contenido".

Viene luego el examen de las pruebas aducidas para acreditar el perjuicio sufrido por Fonseca a causa del accidente, cuestión que la Corte contemplará a continuación, no dejando de observar que el orden lógico, contrariado por el recurrente, sería el de examinar primero el aspecto de la responsabilidad, que aquél trata en el capítulo II, pues el pago de los perjuicios depende, ante todo, de establecer si el demandado es o nó, y hasta dónde, responsable de lo sucedido.

Con todo, siguiendo el orden adoptado por el recurrente, éste se queja de que las declaraciones de los doctores Luis Felipe Rodríguez y Guillermo Zubieta, médicos que atendieron al demandante Fonseca fueron rechazadas por el Tribunal, "confundiendo la órbita de aplicación de los artículos 668 y 705 del Código Judicial, según norma de hermenéutica contenida en el art. 594 ibídem, **error de derecho** que llevó al Tribunal a violar los arts. 1613 y 2341 del Código Civil; error "de incidencia directa en la naturaleza del daño" sufrido por el demandante, daño consistente en la fractura de la sexta vértebra dorsal" con "incapacidad para trabajar por sesenta días". Que el Tribunal incurrió, además en "evidente error de hecho", por cuanto estimó que con esos testimonios "no se precisan la naturaleza de las lesiones, ni el lapso de incapacidad, ni la calidad intrínseca de ésta, ni perjuicios algunos concretamente".

Y porque, "aunque dichos documentos (certificados de los médicos) no fueron ratificados dentro del juicio", el Tribunal no podía desestimarlos en absoluto, sino que ha debido valorarlos en su alcance **indiciario**. (arts. 594 y 662 del C. J.) por hacer parte del proceso (art. 207 y 597 numeral 1º del C. J.).

Con respecto a las pruebas aludidas, véanse los siguientes pasajes del fallo acusado, contentivos de las apreciaciones que el recurrente impugna:

"Una **"lectura"** verificada por el Dr. Alfredo Gómez Hurtado sobre una presunta radiografía realizada en la persona del señor Servando Fonseca; esta pieza que reviste un carácter técnico no fue ratificada durante el juicio, ni se acompañó, como ha debido suceder, la radiografía que dió origen a la "lectura" que se apunta.

"2º—Un certificado expedido por el Dr. Luis F. Rodríguez Pinzón, quien según anotaciones procesales atendió en una clínica de la ciudad al señor Fonseca; en este concepto se establecen la calidad de lesiones sufridas por Fonseca, y se conceptúa sobre la incapacidad de trabajo y consecuencias de ellas; esta prueba tampoco fue ratificada en el curso del juicio, y de su lectura parece deducirse una clara contradicción con los conceptos del radiólogo en una cuestión esencial para determinar la calidad y naturaleza de las lesiones; este concepto clínico sin antecedentes radiográficos que lo fundamente, no puede ser tomado en el supuesto de haber sido producido legalmente, como fuente de certeza para determinar legalmente la lesión. Porque el actor en la demanda afirmó en el hecho noveno, que las le-

siones padecidas por Fonseca consistían en la fractura de la sexta vértebra dorsal, además de la conmoción y maltratamiento. De la existencia de estas lesiones de las cuales se infiere el daño y perjuicios consiguientes, debe hallarse en el proceso una prueba plena y completa como lo ordena el art. 593 del C. J., sin que valga la afirmación de que las pruebas presentadas con la demanda deben estimarse como tales por haberse acompañado al escrito de demanda como lo dice el art. 597 del C. J., por dos razones:

"a) Porque si ellas se estiman como declaraciones de los médicos, su ratificación era de urgencia legal para que la contraparte pudiera hacer uso del derecho que le confiere expresamente el art. 693 del C. J., por eso dice la Honorable Corte: El art. 597 del C. J., dice que para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso, y se llena esta formalidad, entre otros casos, cuando se han acompañado a los escritos de la demanda o de excepciones. No obstante esta disposición, cuando se trata de declaraciones de testigos, para poder apreciarlas se necesita que los testimonios o su ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba, según lo establece el art. 693 de la misma obra. (Sentencia Sala de Negocios Generales 26 de agosto de 1936). Careciendo del requisito de la ratificación la prueba allegada no puede aceptarse como tal sin grave detrimento del derecho de la defensa; y

"b)—Pero es que lo conceptuado por los médicos no puede ser materia de una prueba testimonial sino de un experticio producido con todas las solemnidades con que la ley procesal revista la aducción de esta prueba. Y dice la Corte: "La comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial". (Sentencia Sala de Negocios Generales 29 agosto de 1947.

"Por eso el art. 705 del C. J., establece que para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos, cuyo nombramiento, por regla general corresponde a las partes. Y como se trata de determinar una serie de cuestiones eminentemente técnicas como son la existencia del daño representado por fracturas óseas, la incapacidad producida por ellas, las diferencias o disminuciones de carácter permanente de la potencialidad y efectividad del trabajo, no era la prueba testimonial la pertinente sino la pericial que le diera luces al juzgador sobre temas científicos que no alcanza a dominar. Sobre este particular la doctrina se manifiesta en el mismo y unánime sentido. Las consideraciones anteriores determinan a la Sala a no aceptar como comprobadas las lesiones graves a que alude el hecho noveno del libelo".

Y más adelante:

"Dentro del juicio depusieron los doctores Luis Felipe Rodríguez y Guillermo Zubieta, quienes trataron al señor Fonseca.

"Dice el doctor Rodríguez: Me consta personalmente por haberlo tratado como médico en compañía del Dr. Guillermo Zubieta, que el señor Servando Fonseca sufrió un accidente automoviliario, y no recuerdo con precisión la fecha, que a consecuencia del accidente se le presentó al mencionado señor Fonseca una grave lesión en su columna vertebral". Ni se indica siquiera cuál fue la naturaleza de esa lesión. Continúa el Dr. Rodríguez: "En cuanto al pago de mis honorarios como médico... yo recibí de manos de Fonseca el valor de ellos. Me consta personalmente que el señor Servando Fonseca estuvo incapacitado para trabajar por motivo a las lesiones referidas, duró imposibilitado bastante tiempo". Me consta personalmente que las lesiones sufridas por Fonseca lo incapacitaron para el trabajo con sus naturales consecuencias "y que" sufrió perjuicios de orden material y moral con motivo de las lesiones; como claramente se ve no se precisa la naturaleza de las lesiones, ni el lapso de incapacidad, ni la calidad intrínseca de ésta, ni se precisan perjuicios algunos concretamente.

"El Dr. Zubieta, se limita a declarar que el Sr. Fonseca fue hospitalizado en la noche del 22 de abril de 1950 a la una de la madrugada y que "bajé a asistirlo por un dolor intenso que tenía como consecuencia de un traumatismo sufrido ese mismo día, según me dijeron en un accidente automoviliario"; afirma que el demandante le pagó la suma de ciento cincuenta pesos ($150.00) por honorarios médicos y que Fonseca tuvo una incapacidad por el término medio de tres meses". También dice: "Me consta que el Sr. Servando

Fonseca sufrió disminución de su capacidad física y moral, y que sufrió perjuicios de orden material", sin precisar la causa de la incapacidad ni de su disminución, ni de los perjuicios recibidos, ni la naturaleza de estos factores. Con estas demostraciones sería aventurado deducir que se halla comprobado la existencia de daño en la forma grave planteada en la demanda".

Se queja el recurrente de que si el Tribunal "hubiera colacionado" estos elementos (declaraciones) con los certificados médicos, cuyo valor como indicios desechó de plano, hubiera llegado al convencimiento de la realidad del daño.

Observa la Corte que por el aspecto de derecho el Tribunal no incurrió en error alguno. Apareció dictámenes y declaraciones de acuerdo con las normas legales sobre régimen probatorio, ciñéndose a lo preceptuado por las que el mismo recurrente invoca y por otras cuantas de aplicación ineludible y entendiéndolas en consonancia con claras doctrinas jurisprudenciales que no admiten rectificación ahora porque son incuestionablemente acertadas.

Y dándole a los elementos probatorios en referencia el tratamiento de indicios, como el Tribunal si los consideró a fondo, y en ese terreno es soberano, no es posible cambiar en este recurso dicha apreciación.

Ahora bien, por el aspecto de errores de hecho que el recurrente alega pero no concreta ni patentiza, la Corte no los descubre y mucho menos con el carácter de manifiestos o evidentes.

Otro tanto cabe observar respecto de las demás declaraciones de testigos profanos que hablan de la lesión sufrida por Fonseca. El recurrente le imputa al Tribunal errores de hecho y de derecho en la apreciación de los aludidos testimonios, pero la Corte no encuentra los supuestos errores de hecho, que no se ven, y menos como manifiestos o evidentes. Y tampoco se han acreditado errores de derecho. El Tribunal apreció acertadamente el dicho de los testigos en cuanto son estimables como deposiciones de tales y que muy poco dan a conocer, y con razón les desconoce todo mérito en la exposición conceptual sobre la lesión sufrida por el demandante, porque los deponentes no dan razón seria del parecer que emiten, ni son peritos.

Por lo que hace a las declaraciones de Hipólito y Alfredo Ayure, respecto de negocios de molinería, compra y venta de artículos los domingos y otros días feriados, el Tribunal no les reconoció mérito alguno para demostrar el perjuicio por lucro cesante, porque de aquellas declaraciones no se saca ningún dato concreto que sirva para acreditar con precisión los negocios, la utilidad que produjera, el lucro cesante, etc.

El Tribunal no incurrió aquí ni en error manifiesto de hecho ni en error de derecho.

Es verdad, por otro aspecto, que no fue apreciada una certificación expedida por el Gerente y el Secretario de la Sucursal del Banco de Bogotá en Tunja, pero seguramente el Tribunal no le prestó atención por razones que la Corte también encontraría para desestimar esa prueba: porque quienes la suscriben no son funcionarios públicos ni siquiera de un establecimiento semioficial, para que sus atestaciones se tengan judicialmente como prueba en esa forma de simples certificados, sin ratificación ante el juez y sin juramento; y porque aun otorgándole fuerza probatoria en juicio, lo único que de él aparece es que Fonseca devengaba como empleado del Banco un sueldo de $ 330 mensuales y que "durante el año de 1950 le fueron pagados dos (2) primas semestrales por un valor total de $ 740".

Esto quiere decir que devengó su sueldo durante todo el año. De lo contrario no habría recibido la prima de los dos semestres, lo cual indica que no sufrió lucro cesante por tal concepto.

Finalmente, se acusa el fallo por violación de los artículos 1613 y 2341, por no haber reconocido el Tribunal el derecho a cobrar indemnización por los perjuicios morales.

No señala el recurrente, en concreto y con la precisión requerida, el error de hecho que le imputa al Tribunal, error que, por lo demás, no sería manifiesto; y en cuanto a violación de los precitados artículos, no dice en qué concepto, en qué sentido, fueron quebrantados.

El Tribunal no halló más perjuicios comprobados o computables que los referentes a gastos médicos y de hospitalización y a eso se contrae el fallo, con toda justicia.

En cuanto a perjuicios morales, sería aberrante la condena en casos como el presente, en que buena parte de la culpa en lo sucedido pesa sobre la propia víctima, que contribuyó imprudentemente a que el conductor del automóvil ingiriera alcohol, hasta llevarlo a la temeraria aceleración de la velocidad, causa del accidente.

CAPITULO III

Ataca aquí el recurrente el fallo de que se trata, con la imputación que le hace al Tribunal de

haber incurrido en "Error de hecho evidente al considerar al actor como único principal responsable del riesgo creado por la compra de licor embriagante y al propio tiempo error de derecho al sobreestimar de grave el descuido leve que en su contra tuvo el actor al contribuír como sus restantes compañeros de viaje para la compra de whisky, y en razón de los cuales errores la sentencia infringió respectivamente por interpretación errónea y por aplicación indebida los artículos 63 y 2.357 del C. C.".

Este cargo lo apoya su autor en el reparo de que no fue Fonseca quien inició la compra de whisky, sino otro de los pasajeros.

En primer lugar, no es exacto que el Tribunal haya considerado al actor como "único principal responsable del riesgo creado por la compra del licor". Considera, con razón, que tuvo parte en la culpa causante del accidente, puesto que si no propuso que se comprara el whisky, sí convino en tal cosa y contribuyó a ella; y no solamente por una vez en Tunja, sino también en Chocontá, cuando ya todos habían observado la alteración sufrida por Espinosa por el alcohol ingerido, pues está demostrado que desde antes de llegar al sitio donde se compró el segundo litro de whisky, el conductor del automóvil estaba acelerando la velocidad.

Es verdad que hubo concurrencia de culpa de todos los pasajeros, pero a los demás, distintos de Fonseca, no se les puede deducir responsabilidad en este debate judicial, porque ellos no demandaron ni son demandados; pero esto no releva a Fonseca de su propia culpa que forzosamente debe tenerse en cuenta en el juicio propuesto por él.

Reconoce el recurrente que "todos en igual medida incurrieron en imprudencia" pero sin que en el dar, comprar, tomar u ofrecer whisky hubiera violado deber jurídico alguno". Claro que ese hecho, en sí mismo no es un delito, ni un pecado, pero sí una indudable imprudencia ofrecerle, y por repetidas veces, licor embriagante al conductor del automóvil.

Nadie niega la culpa de ese conductor; el Tribunal la reconoce, y en mayor grado que la del demandante, pero como no es posible negar la concurrencia de culpas en las dos partes, era de ineludible aplicación el art. 2357 del Código Civil, con la advertencia de que en la reducción allí prevista es soberano el Tribunal, como lo ha decidido la Corte en varias ocasiones. Así, en fallo de 30 de marzo de 1949 ("Gaceta Judicial Nº 2070, pag. 642), expresó: "basta decir que conforme a lo estatuído en el art. 2357 ibídem la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, y transcribir la siguiente doctrina de la Corte (Sentencia de 26 de octubre de 1939, G. J. Tomo XLVIII, Nº 1950, página 757), que es del todo pertinente al cargo propuesto: "La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el presente en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde, según éste sea de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos".

Lo expuesto es suficiente para rechazar, por falta de fundamento el cargo que se examina.

RECURSO DEL DEMANDADO

Cargos primero

Principia el recurrente demandado por imputarle al Tribunal errores evidentes de hecho en la interpretación de la demanda y en la apreciación de varias pruebas; y después de un examen y varios razonamientos sobre tales puntos llega a la conclusión de que la sentencia acusada violó los artículos 2341 y 2357 del Código Civil, por indebida aplicación, al deducir responsabilidad, deducida de esas normas, en contra del demandado

Los reparos fundamentales de la supuesta violación de las reglas citadas, consisten en lo siguiente:

Que no obstante reconocer el fallador que no se encuentra probado el estado de embriaguez que se le imputa a Espinosa en el momento del accidente, único hecho al cual se atribuye en la demanda el exceso de velocidad que ocasionó el accidente, el Tribunal agrega otras culpas no imputadas por el demandante al demandado: la falta de mayor cuidado sabiendo que el piso asfaltado de la carretera estaba húmedo y la reciente reparación a que se había sometido el carro, hechos que en concepto del recurrente "precisamente debían tenerse en cuenta como factores de exculpabilidad".

No. El Tribunal no adicionó la demanda con esos nuevos hechos culposos. Los consideró por-

que el demandado mismo los adujo "como factores de exculpabilidad", como todavía los invoca con tal carácter el recurrente. Pero es obvio que tales hechos agravan la culpa del demandado, pues él debía saber como hombre práctico en el manejo de automóvil que esa actividad se hace más peligrosa con la humedad del piso en la vía, y mucho más con el carro al cual se le había hecho una reparación provisional en un resorte, lo que por sí solo implicaba mayor peligro, como se lo manifestó expresamente uno de los operarios al mismo Espinosa.

Cómo puede entenderse que esas circunstancias disculparan al demandado? Al contrario, hacen más patente su descuido. Por tanto, el Tribunal no incurrió en error al apreciar los testimonios de los mecánicos que hicieron la reparación.

La falta de prueba de la completa embriaguez del conductor, no lo exculpa, porque no puede negarse que había ingerido bastante licor para alterar su control nervioso. Dos litros de whisky entre cinco personas, son 400 gramos por cabeza, más de media botella. El Señor Espinosa debe saber que conforme a las disposiciones sobre tránsito, le está prohibido al conductor de automóvil tomar un solo trago de licor embriagante.

En cuanto a los dictámenes de los peritos Berrío y Caicedo, que examinaron el sitio del suceso, tampoco favorecen al demandado, porque la falta de visibilidad a que ellos se refieren indica que precisamente eso determinaba mayor cuidado, que fue lo que le faltó al conductor.

En cuanto a la aplicación del art. 2341 del Código Civil, el Tribunal no incurrió en desacierto, porque no se puede negar que Espinosa incurrió en culpa que causó daño a Fonseca.

En ese caso de "transporte benévolo", el demandante debe probar la culpa del demandado; y en este litigio el Tribunal la encontró probada, como también la Corte, por el exceso de velocidad, provocado por la alteración nerviosa que en el conductor produjo la bebida de licor alcohólico.

Y es inadmisible la alegación de que no puede imputarse a Espinosa ninguna culpa grave, porque no mediando propiamente contrato de transporte, se trata de culpa extracontractual o aquiliana, en la que no juega graduación alguna, sino que se responde hasta de la levísima.

Así, la Corte, en fallo de 21 de febrero de 1938 —G. J. Nº 1932, pag. 58— dijo:

"Nadie ha dado una definición concreta de la culpa. Y esto es natural, porque dentro de la noción de culpa cabe, según el concepto más antiguo, una gama infinita de actos, desde el inspirado en la malevolencia, guiado por el solo y exclusivo propósito de inferir daño a otro, equivalente al dolo, el acto más reprobable de la culpa intencional, hasta el que es producto de móviles inocentes pero violatorio de las normas de previsión y de prudencia que todo hombre está obligado a observar en el trato con sus semejantes para evitar la ocasión de un perjuicio. La culpa aquiliana germinó a la vida del derecho presidida por la famosa fórmula romana, según la cual fuera de contrato la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima; fórmula que antes de haberse abatido por la impetuosa corriente del progreso jurídico, es la base fecunda de las más modernas concepciones de la responsabilidad, que la toman como punto de partida".

... ...

'Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aún más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño. La culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil en derecho común, pero se dan nuevos métodos para examinarla. La vieja máxima romana: **in lege aquil'a et culpa levissima venit,** con la cual la falta más ligera, el más pequeño descuido compromete la responsabilidad de su autor en el dominio delictual o cuasi-delictual, ha sido no solamente mantenido, sino desenvuelto por la jurisprudencia moderna con la aplicación de nuevas teorías tendientes a ensanchar y dar mayor contenido al concepto de culpa, en mira a convertir así la solidaridad social en una idea práctica y eficaz, dándole a cada cual mejor conciencia de su propio derecho y del ajeno, con el natural resultado entonces de un mayor equilibrio de las prerrogativas individuales".

Ahora, por el aspecto de la concurrencia de culpas, es inaceptable la pretensión del demandado recurrente de que se le exonere de toda responsabilidad. Con razón la Corte, en fallo de 24 de febrero de 1951 (G. J. Nº 2096, pag. 80) declaró:

"Hace ver el texto del artículo 2357 del C. C.,

cómo aún mediando hasta cierto punto la imprudencia de la víctima, no queda sin embargo exonerada de responsabilidad la persona que debe prestar las obligaciones consecuentes a la culpa. Subsistiendo entonces la obligación de indemnizar los perjuicios, la ley permite que se reduzca equitativamente el QUANTUN de. la indemnización. La ley deja al criterio del juzgador la apreciación de tales circunstancias para reducir el monto de la indemnización, según los antecedentes y pruebas del hecho que da lugar a indemnizar".

Esta doctrina, respaldada en la de 30 de marzo de 1949, transcrita al finalizar el examen del recurso del demandante, destruye el cargo de violación del art. 2357 del C. Civil, y reafirma el concepto de que en la reducción de la responsabilidad el Tribunal es soberano.

Cargo segundo

Se queja el recurrente de que no habiendo prueba del perjuicio patrimonial sufrido por el demandante, el Tribunal condenó al demandado al pago de las dos terceras partes de los gastos ocasionados por hospitalización y servicios médicos.

En opinión de la Corte, era a lo menos a que podía reducirse la condena, porque esas erogaciones sí son innegables pues en ninguna clínica particular dan hospitalización y atenciones de valde ni los médicos prestan servicios gratuitamente. Ellos, en el caso presente, declaran que se les pagaron honorarios pero como no existen pruebas del cuantum de todos esos gastos, la condena se hizo en abstracto, para acreditar su monto mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J.

No se violaron en consecuencia los arts. 2341 y 2357 del Código Civil, que el recurrente señala como quebrantados por el Tribunal.

Cargo tercero

Por último, el demandado recurrente acusa la sentencia así:

"Además de la impugnación fundada en la causal primera, que queda expuesta en los dos anteriores capítulos, acuso la sentencia con base en la causal segunda del art. 520 C. J., ya que dicha sentencia es inconsonante con las pretensiones deducidas por el actor. Esto se demuestra, conforme ya quedó expresado en los dos primeros cargos, porque en la demanda se atribuye como causa del accidente la embriaguez de mi representado, y el Tribunal imputa a éste culpabilidad por motivos distintos a los presentados por el actor del libelo; y también porque aunque el Tribunal reconoce que no se demostró plenamente el perjuicio, sin embargo formuló sentencia condenatoria".

Este cargo carece no sólo de razón sino de seriedad. La incongruencia de un fallo no se refiere a los hechos sino a las pretensiones de las partes Aquí el demandante ha pretendido determinadas prestaciones por concepto de indemnización de perjuicios por los daños causados por el accidente automoviliario. La pretensión del demandado es la de que se le absuelva por no considerarse responsable. Sobre todo eso, ni más ni menos, falló el Tribunal en determinado sentido. No dejó de fallar, sobre lo pedido, no falló en más de lo pedido ni en menos de lo pedido, luego su fallo es congruente. Las glosas hechas a la sentencia por otros aspectos, se referían a otros motivos de casación diferentes de la causal 2ª y ya fueron examinados, luego el último cargo carece de base y es inadmisible.

Por todo 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 acusada, proferida por el Tribunal Superior de Tunja con fecha 7 de febrero de 1953, en el juicio ordinario de Servando Fonseca contra Fabio A. Espinosa

Sin costas, por haber recurrido ambas partes y no haber prosperado ninguno de los recursos.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase en oportunidad Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



REQUISITOS PARA QUE PUEDA CONSIDERARSE DEMOSTRADA EN JUICIO LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO.— CUANDO PUEDE VARIARSE EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO

1—Según la tradición constante seguida por la Corte y que domina el recurso de casación, mientras no se acredite la EVIDENCIA de un error de hecho o de uno de derecho por parte del Tribunal sentenciador, no procede la queja contra lo violación de un texto legal, nacida de error de hecho o de derecho en la apreciación de tal o cual prueba.

2—Para que pueda tenerse como demostrada la existencia de una sociedad de hecho, es menester que se acrediten aquellos elementos sin los cuales no se configura una sociedad, es a saber: aportes consistentes en bienes o en industrias, participación en las ganancias y en las pérdidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.— Bogotá, a treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Entre el Municipio de Bogotá y el Ingeniero Civil Guillermo Urrego Bernal, se hicieron dos contratos para la construcción de sendos alcantarillados por el segundo para el primero, en calles aledañas al Hospital de San Juan de Dios (vulgo La Hortúa): el uno marcado con el número 358, fechado el 7 de junio de 1948, y, el otro, con el número 592, que lleva la fecha 30 de septiembre del mismo año y que fue aprobado el 3 de noviembre siguiente (C. 2º, ff. 30, ss.).

Posteriormente a la celebración del contrato número 358, Urrego Bernal celebró uno privado con nAlejandro E. Santamaría, como aquél, Ingeniero Civil, por el que se asociaron para ejecutar las obras allí pactadas, aportando sus industrias respectivas e iguales cantidades de dinero para repartirse luégo, por mitad, las utilidades que se obtuvieron (C. 2º, f. 1º).

Este contrato terminó con la ejecución de las obras y el consiguiente reparto de utilidades.

Cuanto al contrato número 592 celebrado entre el Municipio y Urrego Bernal, sostiene Santamaría que en su ejecución y reparto de utilidades se acordó que se seguirían las mismas normas establecidas para las obras relativas al contrato número 358.

Urrego Bernal, por el contrario, afirma que su contrato con Santamaría se limitó a la ejecución del marcado con el número 358 que él celebró con el Municipio, y que en el marcado con el número 592 nada tiene que ver Santamaría, aunque en algunas ocasiones transitorias, por la vecindad de las dos obras, hubiera ocurrido a éste, era para determinadas operaciones transitorias, era para que le supliera en determinada ausencia.

De ahí se siguió que el Ingeniero Santamaría estableciese demanda contra su colega Urrego Bernal, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.** Que la sociedad de hecho que existió entre los doctores Alejandro E. Santamaría y Guillermo Urrego Bernal, éste como socio gestor, para la construcción de dos tramos del alcantarillado del llamado 'Colector de la Hortúa' en esta ciudad, en la forma y términos descritos en los contratos distinguidos con los números 358 de siete de junio de 1948 y 592 de treinta de septiembre del mismo año, celebrados entre Guillermo Urrego Bernal y el Municipio de Bogotá, está disuelta por la finalización de dichos trabajos que era el objeto de ella.

"**Segunda.** Que, en consecuencia, debe procederse a la liquidación de la referida sociedad sobre la base de que cada uno de los socios retire el valor de su aporte y luego se distribuirán por

partes iguales las utilidades que dicha sociedad produjo.

"Tercera. Que si el demandado se opone sea condenado en las costas del juicio" (C. 1º, f. 3).

El demandado se abstuvo de contestar el libelo enderezado contra él; y, seguido el juicio en primera instancia, el Juez de la causa, que lo fue el Séptimo del Circuito de Bogotá, lo falló de esta manera:

"Primero. Declárase que la sociedad de hecho que existió entre los doctores Alejandro E. Santamaría y Guillermo Urrego Bernal, éste como socio gestor, para la construcción del tramo del alcantarillado del llamado 'Colector de la Hortúa' en esta ciudad, en la forma y términos descritos en el contrato distinguido con el número 592 de treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, celebrado entre Guillermo Urrego Bernal y el Municipio de Bogotá, está disuelta por la finalización de dichos trabajos que era el objeto de ella.

"Segundo. Procédase a la liquidación de la referida sociedad en relación con el contrato número 592 de treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, retiran de (sic) cada socio lo que hubiere aportado a dicha sociedad, y las ganancias, si las hubiere, serán repartidas por partes iguales entre los socios.

"Tercero. Niégase la liquidación de la sociedad en cuanto se relaciona con el contrato número 358 de fecha siete de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, por haber sido ya liquidada dicha sociedad en lo que se refiere a este contrato.

"Cuarto. No se hace condenación en costas" (C. 1º, ff. 36 v., y 37).

Apelado este fallo, luégo de tramitada la segunda instancia del proceso, el Tribunal Superior de Bogotá desató así la controversia:

"1º) Revócanse los numerales 1º y 2º de la sentencia pronunciada el 23 de julio de 1952 por el señor Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar niégase la liquidación de la sociedad de hecho para la construcción del llamado 'Colector de La Hortúa' en el trayecto que va por la transversal 18 entre la Calle 1ª C., y la Avenida 6ª;

"2º) El numeral 3º resolutivo se mantiene; y

"3º) Revócase el numeral 4º, disponiendo en cambio la condena al demandante en las costas causadas en ambas instancias. Tásense" (C. 5º, f. 24 v.).

La sentencia acusada

Esta pieza judicial, que denota el acierto con el cual se examina el problema planteado por las partes en la litis contestatio, pone de presente que —así como aparece celebrado entre los dos ingenieros una compañía para ejecutar las obras contratadas por Urrego Bernal con el Municipio en el contrato 358— no ofrece el proceso material que pueda servir de fundamento para admitir que entre éste y Santamaría se hubiera formado sociedad de hecho para explotar en interés de ambos el contrato 592 celebrado exclusivamente entre el primero y el Municipio, concepto que Santamaría no logró destruír con su armazón probatoria.

Considera el Tribunal sentenciador que el demandante Santamaría no trajo al proceso prueba alguna suficiente para demostrar que entre éste y Urrego Bernal hubiera existido siquiera sociedad de hecho par explotar, si se permite la expresión, el contrato 592, pues la única probanza traída a los autos consistente en un "subcontrato" para la ejecución de alguna de las obras a que se refiere el mencionado contrato 592, consta en un documento firmado por los dos Ingenieros con Julio Jiménez y Luis Rojas Bernal, contrato que tiene algunas irregularidades en las que no ahinca, y que por sí solo no demuestra la existencia de compañías de hecho entre dichos profesionales, dado que en la ejecución de tal "subcontrato" no figuró Santamaría para nada, sino el sólo Urrego Bernal, y en parte alguna se registra siquiera un rastro de aportes en dinero.

De ahí la emisión de estos conceptos por el Tribunal en su fallo:

"Así la versión de lo acaecido en el desarrollo del convenio entre los profesionales Urrego y Santamaría y los señores Jiménez y Rojas, queda definido que todos los pagos semanales y el saldo fueron atendidos por el Dr. Urrego Bernal, y, como al tenor de las cláusulas 4ª y 5ª debía hacerse por ambos ingenieros, se ha evidenciado que el doctor Santamaría no dio cabal cumplimiento a todas las obligaciones por él contraídas, pues no ha acreditado que entregó dinero a Urrego para que atendiera tales gastos, ni que intervino en la excavación, nivelación de la cinta de fondo y tapada del colector.

"Entre las varias consignaciones en la cuenta corriente del reo en el Banco de Colombia hay una de A. E. Santamaría el 22 de junio de 1949 por $ 31.862,50, emanada de un cheque a nombre de Guillermo Urrego Bernal contra el Banco Francés e Italiano, girado por el Fondo Rotatorio de Alcantarillado y Pavimentación de Bogotá con las firmas del Tesorero y Auditor, según conceptúan los expertos al fl. 60 del C. Nº 3, es decir, no fue una cantidad de su peculio particular que consignó el actor" (C. 5°, f. 21 v.).

En seguida, luégo de examinar lo relativo al aporte de $ 5.000 hecho por Santamaría, expresa esto:

".... tal cifra mal puede creerse como aporte para los dos grandes sectores de alcantarillado, sino únicamente para el referido en el contrato Nº 358. Recálcase que ni en el libelo ni en ninguno de los escritos del mandatario del actor siquiera se ha mencionado la cuantía de la aportación en numerario del Dr. Santamaría para el convenio Nº 592" (Ibídem, f. 22 v.).

Y luégo, a vuelta de citar a varios expositores acerca de las condiciones para que surja una sociedad de hecho, añade:

"... nuestra Corte Suprema de Justicia exige una serie coordinada de actividades y el equilibrio en la acción paralela y simultánea de los presuntos asociados. Lógico es, que esos principios jurídicos han de aplicarse a las características especiales de cada debate, encaminándolos sabiamente para lograr el predominio de la justicia, y, si los hechos sucedidos durante un lapso de tiempo no indican una aportación igual pecuniaria en las personas ni una proporcionada gestión en los trabajos, la pretendida igualdad se halla ausente y los lazos de unión entre esos seres carecen de las modalidades propias a una compañía irregular.

"El demandante no ha allegado probanza alguna demostrativa de la suma de dinero aportada para la iniciación del segundo sector del colector, indicando el contrato Nº 592 la necesidad de hacer erogaciones entre tanto el Municipio iba verificando las cancelaciones parciales, habiéndose visto que el reo efectuaba los pagos de obreros y materiales. Luego no pudo nacer una igualdad en el aspecto monetario, de importancia vital en las circunstancias analizadas, y, rota esa plataforma indispensable, el equilibrio económico desaparece, porque el Ingeniero Urrego invertía sus haberes y tenía que esperar a que el Municipio cubriera la cuenta de cobro, al paso que Santamaría nada arriesgaba, encontrándose en inactividad ese dinero del reo mientras el demandante no se afectaba en su peculio, observándose además que Urrego corría las contingencias de una posible pérdida (naturalmente en el evento de que la hubiera) y Santamaría en esa posibilidad ningún menoscabo patrimonial vendría a sufrir. No se vislumbra la creación de un patrimonio social ni el sometimiento a idénticos riesgos en ambos profesionales.

"El **animus contrahendi societatis** está sin determinar de manera fehaciente, pues la simple aquiescencia del demandado para que el doctor Santamaría le hiciera unos pagos en breves ocasiones no es demostración de su voluntad de asociarse..." (Ibídem, ff. 23, s.).

La casación

El recurrente acusa el fallo únicamente en el concepto de haberse violado por éste el artículo 2.083 del Código Civil, debido a no haberse aplicado al caso del pleito, ello por tres extremos que, con sobriedad y concisión, analiza en su libelo, pieza modelo en su género, como lo es la de su contradictor que aúna saben lo que es alegar en casación, algo distinto de lo que muchos ignoran alegando en ésta cual si se tratara de hacerlo en las instancias del juicio.

Primer extremo

Se formula así por el recurrente:

"Acuso la sentencia por error de hecho en la apreciación del documento que obra al folio 9º del Cuaderno número 2, que le condujo a violar por falta de aplicación el artículo 2.083 del Código Civil".

Tal documento es uno del cual aparece que Urrego y Santamaría "subcontrataron" con Julio Jiménez y Luis Rojas Bernal la construcción de unos tramos del alcantarillado a que se refiere el contrato 592.

Funda el recurrente su queja en que tal documento constituye una plena prueba, puesto que aparece firmado por Urrego Bernal quien no lo ha redargüído de falso, porque acredita la existencia de la sociedad de hecho invocada en la demanda en relación con las obras atinentes al contrato 592 y porque demuestra que se ejerció una acción paralela simultánea entre los dos profesionales tendiente a la obtención de beneficios y en un pie de igualdad, de todo lo cual aparece

que hubo entre demandante y demandado una sociedad de hecho para la realización de las obras, tantas veces mencionadas, ya que se reúnen los requisitos necesarios para que se configure una sociedad de hecho.

Ese documento no acredita la existencia de una sociedad, siquiera de hecho, entre los profesionales para explotar por entero dicho contrato 592. A lo más pudiérasele tomar como un indicio de la existencia de la pretendida asociación, indicio que fue apreciado por el Tribunal sentenciador como carente de la vehemencia necesaria para tenérsele como prueba, y tal apreciación es una ley para la Corte, según la tradición constante seguida por ella y que domina la institución del recurso de casación, conforme a la cual mientras no se acredite la evidencia de un error de hecho o de uno de derecho por parte del Tribunal sentenciador, no procede la queja contra la violación de un texto legal, nacida de error de hecho o de derecho en la apreciación de tal o cual prueba.

Fuera de esto, cumple observar que para que haya sociedad de hecho es menester que se acrediten no solamente lo que expresa el documento, sino aquellos elementos sin los cuales no se configura una sociedad, es a saber: aportes consistentes o en bienes o en industria, participación en las ganancias y en las pérdidas. Y es obvio que el solo documento presentado no demuestra ni remotamente la existencia de esos elementos, y el demandante no suministró ni siquiera un principio de prueba sobre aportes y sólo nuestra aspiración al reparto de utilidades.

De que se sigue que el Tribunal no quebrantó el artículo 2.083 del Código Civil como consecuencia de un error en la apreciación de la prueba consistente en el citado documento.

De ahí que, con razón, diga esto el apoderado de la parte opositora en su respuesta a la demanda de casación:

"Y es que, como lo tiene dicho mi distinguido antecesor en este pleito, la manera como se planteó el debate en el libelo de demanda no permitió discutir si existía o no sociedad, porque la parte petitoria de la demanda omitió lo referente a la existencia de la sociedad. Suponiendo el demandante que la sociedad de hecho existe pidió su liquidación, pero precisamente la cuestión por debatir es si existe o no existe la sociedad entre Urrego y Santamaría. Esta cuestión es esencialmente jurídica; no es un hecho. Omitir en la parte petitoria de la demanda en que se pretende demostrar que hay una sociedad el capítulo concerniente a esa pretensión, o sea el de que se declara que entre el demandante y el demandado existió una sociedad, es tratar de amanecer antes de la aurora, para no usar un tropo menos fino usado por el vulgo" (f. 12).

Segundo extremo

Por este otro extremo se produce así el recurrente:

"Acuso la sentencia por error de hecho en la interpretación de la demanda, que lo condujo a violar el Art. 2.083 del C. C., por falta de aplicación.

"... ... ...

"Y como la demanda se planteó sobre la base de una sociedad de hecho para las obras tanto del contrato Nº 592 como del Nº 358 de 1948, celebrados entre Guillermo Urrego Bernal y el Municipio de Bogotá allí se afirmó la existencia de una sola sociedad de hecho, como el propio apoderado de la parte demandante lo dice con toda claridad en sus alegaciones ante el Tribunal cuando expresa: 'el actor pidió la liquidación de una sola sociedad de hecho, que según él, tuvo por objeto la ejecución de los contratos 358 y 592. El juzgado de instancia cambió la causa petendi y reconoció dos sociedades: una para la ejecución del contrato 358... y respecto de ella negó la liquidación por estar ya liquidadas. Y reconoció una segunda sociedad, sin declarar su existencia, también de hecho pero de aquéllas de consentimiento implícito, para la ejecución del contrato 592, y ordena su liquidación En esta forma interpretó la demanda cambiándole la causa petendi y en tal modo, que hace nacer relaciones jurídicas diferentes a las solicitadas por el actor. Porque el dilema es claro: o era una sola sociedad de hecho que cobijaba con sus estipulaciones la ejecución de los contratos 358 y 592, y entonces no ha debido negar la liquidación cuanto al primero de ellos, pues en las sociedades los actos son continuos y forman una unidad, en forma que una sociedad no se puede liquidar dos veces....; o se trata de dos sociedades de hecho, una para cada una de las ejecuciones de los dos contratos citados, y entonces ha variado la causa petendi, pues tal cosa no pidió el actor' (Cdno. 5, fols. 4 v., y 5).

"Es decir, que el mismo apoderado del demandado admite que se pidió la liquidación de una sociedad de hecho y le inculpa a la sentencia de primera instancia haber entendido que se trataba de dos sociedades, cargo que es infundado,

pues la sentencia referida no dice tal cosa, como adelante lo expondré.

"La interpretación del Tribunal a la demanda conduce a dar por sentado que se pidió la liquidación de dos sociedades de hecho, cuando el libelo es nítido en el sentido de que era una sola la sociedad que debía liquidarse, y que para dicha sociedad aportó Santamaría no solo dinero, sino también trabajo personal, de manera que al decir el fallo que no se planteó lo referente al último, incurre en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, que lo condujo a desconocer la existencia de la sociedad, y, por tanto, a no aplicar el Art. 2.083 del C. C." (ff. 6 v. y 7).

No hay tal interpretación errónea de la demanda, como lo pretende el recurrente. En ésta se pidió la declaración de que debía procederse a la liquidación de una sociedad que se había celebrado entre los referidos profesionales para la ejecución de las obras a que se refieren los contratos 358 y 592, pactados entre el Municipio y Urrego Bernal; al paso que en la sentencia se dice que tal sociedad entre los profesionales se refiere al solo contrato 358.

Lo cual indica, no que fue mal interpretada la demanda, sino que por ésta se pidió que el demandante tenía participación, no sólo por la ejecución de las obras a que se refiere el contrato 358 sino también por la de aquéllas de que trata el contrato 592, pretensión que el Tribunal desechó con fundamentos incontrovertibles como la falta de prueba para poder sostener la existencia de una sociedad distinta de la pactada exclusivamente para la ejecución del contrato número 358.

El cargo, por tanto, carece de asiento.

Tercer extremo

Formúlase así este último cargo contra el fallo recurrido:

"Acuso la sentencia por error de hecho en la apreciación de las declaraciones de los testigos Eduardo Galindo Martínez, Policarpo Ospina, David Rodríguez, que obran en el Cuaderno de pruebas de la parte demandante en la primera instancia y de los documentos del folio 14 del Cdno. Nº 3 que contiene cuentas pasadas por Alejandro Santamaría a cargo del Colector de La Hortúa, que la condujeron a violar por falta de aplicación del Art. 2.083 del C. C.

"En efecto, el Dr. Galindo Martínez que era Interventor Municipal para la época de las obras del Colector dice, por haberlo visto y presenciado, que en los dos tramos de dicho Colector, 'el Dr. Alejandro E. Santamaría intervino directamente y dirigió las obras', lo que le consta por la visita que hacía a ésta en su carácter de Jefe de Interventores del Municipio.

'El Sr. Rodríguez informa que por aquella época dirigía la construcción de varias casas en aquel sector y por esta causa presenció en repetidas ocasiones que el Dr. Santamaría hacía las nivelaciones del terreno en las obras del Colector; que discutía con varios proveedores de materiales sobre precios y conveniencias de pagos; que muchas veces dirigía los trabajos, y que los subcontratistas Luis Rojas y Julio Jiménez le contaron en repetidas ocasiones que Santamaría era su Jefe.

"Por último, el señor Ospina expresa como subcontratista del Colector de La Hortúa en los años de 1948 y 1949 que pudo apreciar directamente que quien dirigía la ejecución de las obras en ambos sectores era el Dr. Santamaría, cosa en que se reafirma por haber él prestado herramientas para dichas obras y conocer varios de los oficiales que participaban en ella.

"Y la cuenta citada anteriormente llevada al juicio por el Dr. Urrego Bernal dice en forma expresa que el pago correspondiente debía hacerlo el Colector de La Hortúa y no personalmente al Dr. Guillermo Urrego Bernal, todo lo cual puede verificarse en el citado documento" (ff. 8 y 8 v.).

Sobre lo cual cabe decir:

1º Que si de tales declaraciones aparece que el Ingeniero Santamaría intervenía en la construcción del sector correspondiente al contrato 592, ello por sí solo no muestra que fuera socio del otro profesional.

2º Que tal intervención pudiera acaso tomarse como un indicio de interés que en la obra tuviera dicho Ingeniero u ocasionales intervenciones entre colegas a cuyo cargo corrían dos obras contiguas.

3º Que los pagos a la peonada y a los proveedores de materiales para la obra aparecen hechos por el Ingeniero Urrego Bernal.

4º Que hay otros testimonios que el Tribunal sentenciador resume así:

"Más explícito es Rojas, diciendo: 'No me consta que se haya hecho tales contratos, con testigos, ni me consta que haya sido personalmente por el Dr. Alejandro E. Santamaría, recibíamos las órdenes del Dr. Urrego, porque a última hora, se nos habló (sic) el Dr. Urrego, de que no debía-

mos de recibirle órdenes al Dr. Santamaría, porque él era el responsable al Municipio, y que teníamos que hacer lo que él dijera o que si no nó se hiciera nada. Además, allí se nos daba la plata semanalmente, por mano del señor Eladio Rincón, que era qu'en tenía de encargado del trabajo el Dr. Urrego, es decir, como sobrestante controlando todo. Cuando nosotros necesitábamos un punto de nivel el señor Rincón nivelaba con el teodolito y de ahí luego se nos daba planilla para nosotros proceder al trabajo. Será tan cierto eso de que el señor Rincón era quien se venía todos los sábados a la oficina del Dr. Urrego y a mí me pedían datos de la planilla del personal que tenía a mi cargo del contrato y luego yo firmaba un recibo en que iba pues la firma del Dr. Urrego. Luego yo terminando el trabajo que fue recibido por los ingenieros del Municipio, y entregado al Dr. Urrego, que era el que yo había contratado y el que me daba la plata para pagar obreros semanalmente era el Dr. Urrego. Terminado dicho contrato me acerqué a la oficina del Dr. Urrego, allí se me liquidó y se me dio a mí y al compañero de mi contrato el saldo que quedó, fue recibido por manos del Dr. Urrego...'. 'Me consta que el Dr. Guillermo Urrego Bernal, fue quien hizo el contrato para la construcción de dicho alcantarillado, en el sector comprendido entre la calle 1ª-C., y el empalme con el Colector San Juanito, en la Avenida 6ª, por la transversal 18. Además, me consta porque yo mismo desbaraté eso por orden del Dr. Guillermo Urrego Bernal, y que ante mí le dijo al Dr. Santamaría, que no se metiera en eso porque lo estaba haciendo quedar mal con el Municipio; no sé si ambos hubieran sido contratistas al (sic) Municipio. Además, el doctor Guillermo Urrego Bernal, nos dijo que debíamos atender únicamente las órdenes que él nos diera sobre la manera como debía ejecutar el trabajo. También me consta que el doctor Urrego, era el único responsable al Municipio, advirtiéndonos también que bajo ningún aspecto teníamos que atender insinuaciones del Dr. Alejandro E. Santamaría, lo que el Dr. Urrego ordenaba no más. También recibíamos la plata para pagar jornales de manos del doctor Guillermo Urrego Bernal, según recibos firmados por Julio Jiménez y yo como sub-contratistas, del Dr. Urrego Bernal, recuerdo también una o dos veces, que nos llevó la plata para pagar obreros el Dr. Santamaría, pero según entiendo lo mandaba el Dr. Urrego. También me consta que el Dr. Urrego tenía un encargado que era un señor Eladio Rincón, si existe o no, y también reconozco que lo tenía como encargado del trabajo el Dr. Urrego, y de todo el personal; y él nos tomaba a nosotros datos de planillas semanales según las órdenes que le daba el Dr. Urrego. Cuando nosotros los sub-contratistas con el Dr. Urrego necesitábamos un préstamo de algunos centavos y era quien nos los prestaba. Aún terminado el trabajo, y recibido por los ingenieros del Municipio y que el Dr. Urrego les entregó a los señores del Municipio dicha obra, nos acercamos los dos sub-contratistas a la Oficina del Dr. Urrego, y ahí se nos liquidó el trabajo que hicimos y fue quien nos dio el total de los centavos que quedaron de dicho trabajo..." (C. 5º, ff. 20 v., ss.).

De todo lo cual se desprende cuan infundado es el cargo.

En vista 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 acusada.

Las costas corren a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

POR LA SOLA ENAJENACION DE UNA PROPIEDAD QUE ES RIBERANA DE UN RIO, NO SE ENAJENAN TAMBIEN LAS ISLAS QUE SE HAYAN ADQUIRIDO POR ACCEDER A DICHA FINCA, SINO SE REQUIERE QUE SE EXPRESE CLARAMENTE QUE ASIMISMO SE ENAJENAN TALES ISLAS

1—Para decidir a quién pertenece por accesión una isla que se forma en el cauce de un río, la línea media del río, de que habla la ley, no se determina por el "tha'weg" o vaguada (línea por donde va la corriente principal del río), como en derecho internacional público, sino por una línea imaginaria, equidistante de las riberas, que divide el río en dos partes iguales.

2—Al formarse una isla que accede a una de las heredades riberanas, se constituye una propiedad independiente en favor del dueño o dueños de los predios respectivos. Por el modo de la accesión se adquiere la propiedad de la isla. Esta puede ser enajenada por sus adquirentes junto con el predio a que accedió o en forma separada. Pero razones elementales de lógica y de precaución en la publicidad de las transmisiones de la propiedad inmueble, exigen que al enajenarse el predio junto con la isla adquirida por accesión, se mencione expresamente la enajenación de la isla.

No es cierto que cuando la finca limita con un río, debe entenderse que el lindero se prolonga por toda la línea media del río abarcando por tal razón las islas que se encuentren dentro de la zona que se extiende desde las riberas de la heredad hasta aquella línea imaginaria y, en consecuencia, dentro de la enajenación de la finca quedan comprendidas también esas islas, aunque no se diga expresamente. El límite del inmueble es la ribera, o sea, la línea extrema hasta donde llegan las aguas ordinariamente.

3—No basta que esté demostrado error de hecho en la apreciación de las pruebas, para que prospere la casación; se requiere, además, que ese error, que debe ser evidente, incida en la parte resolutiva del fallo.

4—El sentenciador de instancia tiene soberanía para estimar la mayor o menor fuerza de convicción de los testigos, según las reglas de la sana crítica, y este juicio no puede variarse en casación sino en el caso de que se demuestre un evidente y flagrante error de hecho.

5—En juicio reivindicatorio, la presunción de dominio en favor del poseedor desaparece sólo en presencia de un título anterior que contrarreste la posesión material del demandado, y entonces éste quede en la obligación de exhibir otro título que acredite derecho igual o mejor que el del actor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1.954).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

I — Antecedentes:

El señor Adán Charry promovió en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva juicio de dominio contra la señora Saturia Alvarez v. de García, para obtener la restitución de la isla "Vega de San Juan de Dios", ubicada en jurisdicción del municipio de Aipe (Huila) y demarcada especialmente así: "desde la orilla izquierda del río Magdalena, frente a la punta del cerco que deslinda los globos de 'San Juan de Dios', del demandante señor Charry, del de 'Chicayá', de propiedad de la señora demandada, se sigue el mismo río por sus mayores aguas arriba, hasta enfrentar con la prolongación de la línea que deslinda el lote de "San Juan de Dios", hoy de propiedad del Dr. César García Alvarez, del lote del mismo nombre perteneciente al demandante señor Charry; siguiendo esta misma línea, en una dirección aproximada de Sur a Norte, hasta el brazuelo que pasa recostado al mismo "San Juan de Dios"; y por este brazuelo abajo hasta la punta del cerco que se citó como primer lindero". Dentro de esta demarcación se excluyen las dos islas más próximas a la margen derecha del brazuelo occidental, o de "San Juan de Dios", de las cuales se encuentra en posesión el demandante".

Como hechos fundamentales de la demanda expuso el actor los siguientes:

1º—Por escritura Nº 81, de 5 de febrero de 1947, de la Notaría Segunda del Circuito de Neiva, Aurelia Manchola de Azuero vendió a Adán Charry la finca "San Juan de Dios", ubicada en jurisdicción del municipio de Aipe y alindada como allí se indica;

2—Dentro de la demarcación dada a la finca determinada en el hecho anterior se comprende la isla materia de la acción reivindicatoria;

3º—Dicha isla, que ha venido formándose lentamente en el transcurso de varios años, se ha considerado siempre como parte integrante del predio de "San Juan de Dios", y de allí el que se le haya conocido desde entonces hasta hoy con el nombre de "Isla de San Juan de Dios".

4—Además de que el demandante es poseedor regular de la expresada isla de 'San Juan de Dios", de acuerdo con el título de adquisición expresado en el hecho 1º de esta demanda, puede alegar y alega en su favor el título de la accesión, una vez que toda la isla está más cerca al predio de "San Juan de Dios", de mi poderdante, que al de "Bateas", de propiedad de la señora demandada.

5º—Hace unos treinta años se celebró un arreglo amigable entre don Aureliano Manchola y la señora Saturia Alvarez de García, en virtud del cual convinieron en trazar una línea que deslindara el predio de "San Juan de Dios" y el de "Bateas", y que fue la siguiente: la que partiendo de un árbol cachimbo frente a los peñones de "Morocho" y siguiendo la dirección Sur, terminaba en el peñón de "La Sucia", de la hacienda de "Bateas".

6º—Desde entonces hasta hace unos ocho o nueve años, tanto don Aureliano Manchola como sus sucesores en el dominio de la finca de "San Juan de Dios", poseyeron en forma tranquila, pacífica y no interrumpida la isla materia de esta demanda, sin que la señora propietaria de 'Bateas' les desconociese su derecho sobre la misma isla.

7º—Pero desde hace unos ocho o nueve años, la señora demandada se halla en posesión de un lote de la isla de que se trata, dado en arrendamiento al señor Juan Perdomo, lote que se halla encerrado por cercos de madera y alambre y dentro del cual dicho arrendatario tiene sementeras de plátano, yuca y caña y un rancho de palma.

8º—Posteriormente, a principios de este año, la Gobernación del Departamento amparó a la señora demandada en la posesión no sólo del lote que tiene encerrado el arrendatario Perdomo, sino también en el resto de la misma isla que se halla en soltura y con franco acceso a los terrenos del demandante, de los cuales sólo la separa el pequeño brazo occidental del río Magdalena.

9º—En el juicio de mensura y partición del globo de "San Juan de Dios", los peritos señores Abelardo García, Enrique Z. González y Jeremías Repizo hicieron el avalúo y clasificación del terreno y conceptuaron como de primera clase el primer lote "o sea el de Vega sobre el río Magdalena, abajo la siguiente alinderación: "De la línea sur del terreno en donde está la palma real, y sobre la línea lindero del globo, se miden veinticinco (25) metros de la orilla del río Magdalena a la sabana, prolongando esta faja de terreno para abajo, a la misma anchura de veinticinco (25) metros, hasta donde corta el filo de peñón negro más alto denominado "El Lindo"; de aquí en dirección Norte, a otro mojón que se colocó en un filo negro alto peñoso donde hay un árbol de caucho; de aquí, línea recta, en la misma dirección, hasta dar un matorro de tatamacho que está sobre una loma alta, sabanosa llamada El Balso; de este punto en dirección Noroeste, línea recta hasta un árbol Obo (sic) grande el más alto que se halla dentro de un tabloncito de caña; de aquí línea recta, en dirección Norte, a un mojón de piedras que se puso en el bordo Oriental de la loma de Los Aguacates; de aquí, en la misma dirección, línea recta, a la cabecera de la mata de guadua que se halla a orillas de la Zanja Honda; por esta misma zanja abajo, hasta el brazuelo seco de Chicayá, brazuelo arriba, hasta dar con el río Magdalena; y Magdalena arriba, hasta dar con la línea Sur donde está la palma, primer lindero". "En esta alinderación quedan incluídas dos islitas que están al frente de la vega o lote deslindado".

10º—De las dos islas de que se habla en el hecho anterior correspondió al señor Aureliano Manchola la inmediata a la desembocadura de la Zanja Honda en el brazuelo de Chicayá, a la cual ha accedido también la isla cuya reivindicación se demanda.

11º—La demandada carece de justo título sobre el inmueble materia de la presente acción y en cuanto al pago de los frutos debe condenársele al tenor de lo dispuesto por el artículo 964 del Código Civil.

Al descorrer el traslado de la demanda, la demandada por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones del actor. Negó en su mayor parte los hechos fundamentales de la demanda.

La demandada en su oposición hace las siguientes declaraciones: a) que la isla de que se trata no quedó comprendida dentro de lo vendido por Aurelia Manchola v. de Azuero al Sr. Adán Charry; b) que la isla materia del pleito no hace parte del globo de terreno "San Juan de Dios"; c) que dicha isla es de reciente formación; d) que la posesión material de la isla la ha tenido siempre la demandada por medio de sus representantes y además colinda con la isla "Chicayá" que es también propiedad de la demandada; e) que es cierto que la Gobernación del Departamento amparó a la demandada en la posesión material de la isla.

Por sentencia proferida el 15 de marzo de 1951 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, se negaron las súplicas de la demandada. El Juzgado consideró que no se hallaba acreditado el dominio del actor sobre el inmueble materia de la reivindicación.

Apelado este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Neiva en sentencia del 18 de agosto de 1952.

III — Sentencia acusada

Contra la sentencia de segunda instancia la la parte actora interpuso recurso de casación, correspondiendo a la Corte decidir sobre su mérito después de haberse agotado el trámite correspondiente.

El Tribunal considera que el demandante no logró demostrar, durante el juicio, ser dueño de la isla poseída por la demandada.

El sentenciador examinó ampliamente el acervo probatorio allegado a los autos, contemplando los dos extremos planteados en la demanda, a saber:

1º—Si el actor era dueño de la isla por haberla adquirido en virtud de la venta que le hizo la señora Aurelia Manchola de Azuero, según escritura Nº 81 de 5 de febrero de 1947 de la Notaría Segunda del Circuito de Neiva, habiendo pertenecido el inmueble a los antecesores de la vendedora; o

2º—Si el señor Charry adquirió por accesión la dicha isla, por ser de reciente formación y hallarse más cercana a la heredad riberana de su propiedad "San Juan de Dios".

El Tribunal estudió el contenido de la citada escritura Nº 81 de 5 de febrero de 1947 y la cadena de títulos de los antecesores en la propiedad de la señora Manchola v. de Azuero, tomados hacia atrás hasta la escritura Nº 111 de 30 de marzo de 1912 de la Notaría 1ª del Circuito de Neiva, por la cual se protocolizó el juicio divisorio del globo común de tierras denominado "Capellanía de la Manga" o "San Juan de Dios".

El Tribunal anotó que ni en el título actual de adquisición que ostenta el actor, ni en los títulos posteriores al citado acto de partición se menciona la existencia de islas dentro del predio que hoy es propiedad del señor Charry. Sólo en la referida escritura Nº 111 de 30 de marzo de 1912 aparece que dentro de los terrenos que componían el globo común estaban comprendidas "dos islitas que están al frente de la vega o lote deslindado".

El Tribunal, después de examinar los títulos y los dictámenes periciales de primera y segunda instancia, concluye que la isla de "El Remolino" o "San Juan de Dios" de cuya reivindicación se trata, no es una de las dos islitas a que se refiere la escritura Nº 111 de 30 de marzo de 1912.

El Tribunal además expuso al respecto las siguientes apreciaciones sobre la prueba producida en el juicio:

a)—el río Magdalena, frente a las fincas de "San Juan de Dios" y "Bateas", no ha tenido un cauce definido y estable, pues unas veces corre recostándose al primero predio, ubicado en la margen derecha, como sucede en la actualidad, y otras recostándose al segundo predio, que queda ubicado en la margen izquierda, lo que hace muy difícil la identificación precisa de la línea divisoria de los dos predios.

b)—Los peritos ingenieros doctores Ismael Cabrera G. y Gustavo Rojas, quienes actuaron en segunda instancia, presentaron un plano de la gran zona del río Magdalena donde se halla ubicada la isla del pleito, superponiéndolo al plano de la partición de la comunidad de "San Juan de Dios". Los peritos conceptuaron que toda la zona comprendida entre las tierras firmes de "Bateas" y "San Juan de Dios" denota que ha sido inundada en distintas ocasiones por el río Magdalena, con excepción de unas tres hectáreas de la isla del pleito, cuya vegetación acusa antigüedad mayor de treinta años;

d)—Los mismos peritos conceptuaron que según el cauce principal del río Magdalena a la época en que se hizo la partición, la citada isla quedaría perteneciendo a la hacienda de "Bateas";

d)—Los mismos expertos dictaminaron que la isla de la litis no aparece dibujada en el plano de la partición de la comunidad de "San Juan

de Dios", lo que quiere decir que dicha isla, caso de existir entonces, era considerada como perteneciente al predio ribereno de la margen derecha del río, es decir, a "Bateas";

e)—El título de dominio del demandante tiene su origen en la adjudicación que se hizo al señor Aureliano Manchola en la mencionada partición de "San Juan de Dios" y en dicha partición no se le adjudicaron las islitas que se mencionan en la partición, las que además se encuentran ubicadas frente al lote adjudicado a las comuneras señoras Inés y Verónica Charry, según el dictamen de los peritos;

f)—Si la isla materia de la litis no figura en el plano de mensura y partición de la comunidad de "San Juan de Dios", mal puede pertenecer a los tradentes del demandante y a éste, como dueños del lote adjudicado a don Aureliano Manchola en la citada partición.

De las anteriores consideraciones el Tribunal concluyó que el actor carece de título que lo acredite dueño de la isla cuya reivindicación ha demandado.

Por otra parte, el Tribunal examinó la prueba aducida por el actor para demostrar que don Aureliano Manchola y sus sucesores ejercieron posesión sobre la isla objeto de la litis. Al efecto, estudió las declaraciones de Lucio Lasso, Telésforo Dussán, Daniel Charry, Arcadio Villarreal, Julián Vargas, Angel María Perdomo, Clemente Tovar y Rosendo Quiroga, quienes se refieren a un arreglo celebrado entre don Aureliano Manchola, don Abelardo García y la señora Saturia Alvarez de García para deslindar las islas de "Chicayá" y "San Juan de Dios". El Tribunal asevera que ese posible arreglo constituye apenas un indicio de que por el señor Manchola se ejerció posesión en la isla.

El Tribunal también estimó los testimonios de Pedro Perdomo R., Nazario Cruz y Leocadio Olaya, antiguos bogas en la navegación por champanes en el río Magdalena, quienes afirman que hace aproximadamente treinta y cinco años en una gran creciente del río, las isla de "El Remolino" que pertenecía a la hacienda de "Bateas", quedó dividida en dos, tomando el río dos cauces o brazos, uno de los cuales se cargó sobre dicha hacienda. De donde infirió el Tribunal que la demandada ha ejercido posesión desde entonces sobre la mencionada isla.

En un último capítulo de la sentencia, el Tribunal rechazó la pretendida accesión invocada por el demandante como origen de su dominio en la isla. El sentenciador, con base en las pruebas allegadas a los autos, concluye que la accesión demostraría más bien el dominio de la demandada sobre el inmueble disputado. Dice el fallo:

"Con los testimonios de Pedro Perdomo R., Nazario Cruz y Leocadio Olaya presentados por la parte demandada, se tiene que les consta por haberlo visto que hace unos treinta y cinco años más o menos el río Magdalena, en una de sus grandes avenidas, se dividió en dos cauces o brazos cargándose uno sobre la hacienda de Bateas y el otro dividiendo la isla del Remolino en dos; y con lo expuesto por los señores peritos que actuaron en la segunda instancia y que corre escrito al folio 46 vuelto del cuaderno Nº 5, cuando afirman al contestar los puntos e) y f) del interrogatorio formulado por la parte demandante los cuales dicen en su orden lo siguiente: "No podemos asegurar que el río Magdalena haya tenido en los últimos treinta años su cauce principal por donde corre actualmente pues tanto la naturaleza del terreno como la vegetación indican que la zona comprendida entre las tierras firmes de Bateas y San Juan de Dios han sido ocupadas por el río en épocas recientes, con excepción de unas tres hectáreas de la isla del Remolino o Vega de San Juan de Dios, cuya vegetación acusa mayor antigüedad"; y al f): "En nuestro concepto, todo el terreno ocupado por las tres islas que se denominan El Remolino o Vega de San Juan de Dios, tiene una formación de aluvión. En la isla de Remolino o sea la que es objeto del litigio, hay un sector que contiene aproximadamente tres hectáreas, cuya formación revela una antigüedad mayor de treinta años. El resto de esta isla y la totalidad de las otras dos son de formación más reciente y fluctúa entre dos y diez años. La distancia del centro de la isla de Remolino a las tierras firmes de Bateas y San Juan de Dios es de doscientos sesenta y trescientos metros respectivamente", queda plenamente establecido que si hubiera existido tal isla cuando se hizo a partición en 1.911, tales terrenos pertenecerían no a los riberanos del lado izquierdo del río Magdalena sino a los del lado derecho por ser los más contiguos a dicha isla".

III — Demanda de casación

El recurrente invoca la causal primera de casación y con base en ella formula dos cargos por violación indirecta de la ley sustantiva a causa

de errónea apreciación y falta de apreciación de pruebas.

En resumen, los cargos están expuestos así

"Primer cargo.—Apreciación errónea de las escrituras públicas números 111 de 1912, 492 de 1912, 510 de 1914, 45 de 1915, 86 de 1917, 12 de 1923, 634 de 1923, 742 de 1925, 396 de 1939, 311 de 1945, 37 de 1947 y 81 de 1947 (obran en los cuadernos 1 y 5) y de las declaraciones de Pedro Perdomo, Nazario Cruz y Leocadio Olaya, y por falta de apreciación de los testimonios de Lucio Lasso, Telésforo Dussán, Daniel Charry, Arcadio Villarreal, Julián Vargas, Rosendo Quiroga, Angel María Perdomo, Clemente Tovar, Alejo Valenzuela Ramírez, Manuel Felipe Trujillo Díaz y dictámenes periciales de primera y segunda instancia, que llevaron al Tribunal a infringir por error de derecho, los artículos 630, 697, 698, 722 del código judicial y como consecuencia de este error, a quebrantar de hecho los artículos 745, 756, 762, 764, 765, 768, 778, 785, 789 inciso 2º, 946, 950, 951 y 952 del código; pues, por no atender el Tribunal el valor probatorio de las pruebas llevadas al proceso, negó al demandante tanto la posesión anterior, como la titularidad del dominio sobre las islas de San Juan de Dios, materia de la litis".

"Segundo cargo.—Haberse violado con la sentencia, por apreciación errónea de los testimonios de Pedro Perdomo, Nazario Cruz, Leocadio Olaya y de la prueba de los expertos dada en la segunda instancia (fl. 46 v., C. 5) y por falta de apreciación del primer dictamen pericial, por error de hecho, los artículos 713, 724, 726, ordinal 3º, 764, 765, 768, 946 y 950 del código civil, lo que llevó al Tribunal a negar que la isla perteneciera por accesión a la finca de San Juan de Dios".

IV — Examen de los cargos

Como aparece claramente en la relación de los antecedentes del presente negocio, la litis ha versado sobre la reivindicación de la isla "Vega de San Juan de Dios" o "El Remolino", situado en el río Magdalena, en medio de la finca "San Juan de Dios", de propiedad del señor Adán Charry en la margen izquierda del tal río, y de la finca "Bateas" de propiedad de la demandada señora Saturia Alvarez v. de García, en la margen derecha del mismo.

En relación con las condiciones axiológicas de la acción reivindicatoria no se ha discutido por las partes sobre la calidad de poseedora en la demandada, ni sobre la identidad del inmueble cuya restitución se demanda.

El debate se ha contraído a la prueba del dominio que el actor alega sobre la mencionada isla.

Antes de entrar en el examen concreto de los cargos, la Sala expone la doctrina consagrada en nuestra ley civil sobre la propiedad de las islas que aparezcan o se formen en los ríos o lagos de uso público.

La ley prevé la adquisición de las islas, por los dueños de los predios riberanos como un caso de accesión del suelo.

El Código Civil hace diferencia entre islas que pertenecen al dominio privado del Estado e islas de propiedad particular.

Las primeras son las islas que aparezcan o se formen en el mar territorial, o en ríos y lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas de desplazamiento. Ellas pertenecen a la reserva territorial del Estado y no les es aplicable la accesión. (C. C. art. 726; C. F., artículos 45 y 107).

En el artículo 726 se establecen seis normas que reglamentan lo relativo a la formación de islas de propiedad particular.

Primera regla.—"La nueva isla se mirará como parte del cauce o lecho mientras fuere ocupada o desocupada alternativamente por las aguas en sus creces y bajas periódicas, y no accederá entretanto a las heredadas riberanas".

Es una disposición igual a la consagrada por el art. 720, inciso 2º, respecto al terreno de aluvión, que no puede estimarse como tál mientras es ocupado y desocupado alternauvamente por las aguas.

La isla puede formarse en el cauce del río o en el lecho del lago, bien cuando las aguas dejan en seco parte del alveo separándola de las riberas, o bien cuando acumulándose en ciertas partes materiales arrastrados en su corriente, sobresale encima de las aguas un terreno aumentado por los aluviones. Mientras las aguas en sus crecientes cubren estos depósitos o partes del cauce del río o lecho del lago, no existe la isla. Sólo empezará a existir cuando las aguas, en las épocas acostumbradas, dejen de ocuparla. Es necesario, pues, que se haya cumplido realmente la formación de la isla de manera visible y permanente.

Segunda regla.—"La nueva isla formada por un río que se abre en dos brazos que vuelven a juntarse, no altera el dominio de los terrenos ocu-

pados por ella". Pero el terreno que quede descubierto por el río, accederá a las propiedades riberanas como en el caso de cauce abandonado.

Contempla el caso de que las aguas en una creciente excesiva han abierto un nuevo cauce en los terrenos de una de sus riberas, uniéndose más abajo con las aguas de su cauce acostumbrado. Se forma así una isla, pero este hecho no podrá alterar el dominio existente en los terrenos.

Tercera regla.—"La nueva isla que se forme en el cauce de un río accederá a las heredades de aquella de las dos riberas a que estuviere más cercana toda la isla; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella.

"Si toda la isla no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra, accederá a las heredades 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.

"Las partes de la isla que en virtud de estas disposiciones correspondieren a dos o más heredades, se devidirán en parte iguales entre las heredades comuneras".

De acuerdo con esta regla hay que distinguir dos casos:

a)—Si la isla toda ella está más cercana de una de las riberas que de la otra, accederá a las heredades contiguas de aquella ribera. Para determinar la cercanía se fija la línea media del río, porque, según el precepto legal, toda la isla, y no una parte, deberá estar más próxima a una de las riberas para que los ríos riberanos de la margen opuesta carezcan de derecho en ella. Se supone así el río dividido imaginariamente en dos mitades, por una línea que corre equidistante a las dos riberas. Para que tenga aplicación la regla es necesario que la totalidad de la isla se encuentre entre una de las riberas y aquella línea imaginaria.

Debe advertirse que la línea media del río no se determina por el thalweg o vaguada (línea por donde va la corriente principal del río), como en derecho internacional público, sino por una línea imaginaria, equidistante de las riberas, que divide el río en dos partes iguales.

Si son varias las heredades riberanas a que accede la isla, debe dividirse entre éstas, correspondiendo a cada una la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre su superficie. La repartición se hace así, como en el caso de aluvión, y en el caso de cruce de las líneas deben aplicarse por analogía las mismas normas. (C. C., artículos 720 y 721).

b)—Si la isla toda ella no está más cercana a una de las riberas, sino que es cortada por la línea imaginaria que se supone trazada en la mitad del río, accederá a las heredades de ambas riberas, correspondiendo a cada una la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta la isla y sobre su superficie.

En este punto el código chileno se apartó del derecho romano; de la antigua ley española y del código francés, pues de acuerdo con estas legislaciones la isla accede a los predios riberanos de uno y otro lado, a partir de la línea imaginaria que se supone trazada en medio del río.

Según el Código chileno —igual al nuestro en este punto—, en cuanto a la repartición de la isla no se hace diferencia entre los riberanos, según el lugar que ocupe en el alveo. De tal manera que al prolongarse directamente las líneas de demarcación de los predios de ambas riberas sobre la superficie de la isla, una misma parte de la isla quedará comprendida dentro de las propiedades de una y otra ribera, y entonces habrá que distribuír esas porciones en partes iguales entre las heredades que resulten comuneras.

Como observa el tratadista chileno Luis Claro Solar, "en el sistema adoptado por el Código, los propietarios de la ribera a cuyo lado la superficie de la isla se extiende menos, tienen así un derecho igual al de los propietarios de la ribera a que la isla se aproxima más; pues no es la superficie de la isla la que es dividida en dos porciones trazando sobre ella la línea imaginaria que indique la mitad del río, para dividir cada una de esas dos porciones entre los propietarios de la ribera que enfrentan, sino que las líneas de demarcación de las heredades de ambas riberas, frente a las cuales se ha formado la isla, se prolongan sobre toda la superficie de la isla y lo que se divide por partes iguales entre las dos o más propiedades son las partes de isla que quedan comprendidas al mismo tiempo dentro de sus líneas de demarcación". (Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", T. VII, Nº 657, pág. 192).

Cuarta regla.—"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 propiedades riberanas, como si ella sólo existiere".

De tal manera que si con posterioridad a la formación de una isla, aparece otra entre ésta y una de las riberas, la accesión se cumple siempre respecto de los predios riberanos y no respecto de la isla primitiva.

Quinta regla.—"Los dueños de una isla formada por el río, adquieren el dominio de todo lo que por aluvión acceda a ella, cualquiera que sea la ribera de que diste, menos el nuevo terreno abandonado por las aguas".

Esta regla no es sino una aplicación de los principios consagrados respecto del aluvión.

Desde el momento en que la nueva isla forma una propiedad independiente, queda sometida a las reglas jurídicas del dominio. Por eso el terreno de aluvón accederá única y exclusivamente a la isla, sin tener en cuenta la mayor o menor distancia del terreno abandonado por las aguas, respecto de las riberas. Así, si una isla ha accedido a una heredad riberana por hallarse más cercana a ésta, aunque por los aumentos que por aluvión reciba, llegue a pasar la línea media del río, los dueños de la heredad riberana opuesta no tienen derecho sobre la isla, pues tales aumentos acceden a los propietarios de la isla que ya la habían adquirido desde su formación. Es ésta una consecuencia del principio de que la isla, una vez formada, constituye una propiedad independiente. (Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H., "Curso de Derecho Civil", Tomo II, Nº 542, página 308).

Sexta regla.—"A la nueva isla que se forma en un lago se aplicará el inciso 2º de la regla tercera precedente; pero no tendrán parte en la división del terreno formado por las aguas las heredades cuya menor distancia de la isla exceda a la mitad del diámetro de ésta, medido en la dirección de esa misma distancia".

La isla formada en un lago se distribuye entre las heredades riberanas, prolongando sus líneas de demarcación directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella, y dividiendo por partes iguales entre las respectivas heredades las porciones de la isla comprendidas dentro de las líneas de demarcación de dos o más propiedades. Pero si la distancia de la isla a la parte más próxima de una o más de las heredades excede a la mitad del diámetro de la isla, medido en la dirección de esa menor distancia, tales heredades no participan en la división. Se trata en verdad de una norma artificiosa cuyo objeto es evitar el excesivo fraccionamiento de una isla muy pequeña.

El recurrente ataca la sentencia del Tribunal de Neiva, por violación de la ley sustantiva como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas. En la demanda se afirma que el sentenciador por errónea apreciación de varias pruebas o por falta de apreciación de otras, infringió tanto las disposiciones que regulan el valor de tales medios probatorios como las normas sustantivas que el recurrente cita en su libelo. Aunque la demanda adolece de cierta vaguedad al respecto, porque parece a primera vista que también se refiera a error de derecho en la apreciación de las pruebas, el verdadero alcance del recurso es atacar la sentencia en los dos cargos expuestos, por error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

Conviene advertir ante todo, que, como lo ha venido repitiendo esta Sala, "el error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste 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 lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber 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. (Casación, marzo 23 de 1954, G. J., T. LXXVII, página 119).

Se examinan en seguida las acusaciones del recurrente expuestas en el primer cargo, por supuestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas:

Según el recurrente el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al no considerar demostrado con la titulación presentada por el actor y con los dictámenes periciales de primera y segunda instancia, el siguiente hecho: Que la isla objeto de la reivindicación estaba comprendi-

da dentro de los linderos del predio "San Juan de Dios" de propiedad del demandante.

El recurrente razona así:

"Se trata, señores Magistrados, de las haciendas San Juan de Dios y Bateas, situadas una frente a otra y separadas por el caudaloso río Magdalena, que les sirve de lindero común, por lo cual imaginariamente sus límites en el río se prolongan hasta la mitad de éste, donde se encuentran, a efecto de (pescar islas) determinar de acuerdo con nuestras leyes el dominio de las islas existentes y de las que se formen. Tanto los títulos de propiedad de San Juan de Dios, como los de Bateas, dan al río Magdalena como lindero oriental-occidental, respectivamente, y sobre este aspecto no hay discrepancia.

"Que en las escrituras de propiedad de San Juan de Dios no se hable de las islas materia del pleito, es muy natural, porque estando dentro de sus linderos, es innecesario referirse a ellas por separado. En sentido contrario, es como si yo propietario de un predio donde hay una laguna, al venderlo haga mención especial de la laguna, estando dentro de los linderos de la finca que vendo. La mención se justificaría, pero si excluyera la laguna de la venta.

"Con todo, los distinguidos abogados de don Adán Charry anticipándose a la sugerencia del Tribunal y a su duda, de si estaría o nó dentro de los linderos de San Juan de Dios la discutida isla, solicitaron que expertos colaboraran al juez en el despejamiento de este punto y dictaminaron con los títulos en la mano, en los siguientes términos: "Conceptuamos que tanto la isla de "El Remolino" o "San Juan de Dios", como las otras dos, sí están comprendidas dentro de la alinderación de la escritura 81 del 5 de febrero de 1947 otorgada por la señora Aurelia Manchola v. de Azuero a señor Adán Charry.... fl. 62, C. 1). "Tal como el río está corriendo en la actualidad (hace más de 30 años también) o sea recostado a la tierra firme de Bateas, la isla del Remolino o Vega de San Juan de Dios queda comprendida dentro de los linderos de la hacienda de San Juan de Dios, consignados en la escritura a que se hizo referencia" (Fl. 46 v., C. 5).

"Queda confirmado que en las escrituras de San Juan de Dios están incluídas las islas del litigio y que el Tribunal de Neiva por no examinar la prueba pericial que he transcrito, practicada en las dos instancias, desestimó el valor probatorio que como escrituras públicas tienen los títulos llevados al proceso, que debidamente registrados como aparecen, cumplen la función de transmitir legalmente el dominio (arts. 745, 756 y 785 C. C.) de los bienes contenidos en sus linderos".

La Sala considera:

Lo que es evidente es que la isla de "El Remolino" o "Vega de San Juan de Dios" no aparece mencionada en los títulos presentados por el actor. Ni la escritura de venta de la señora Aurelia Manchola v. de Azuero al señor Adán Charry, ni en los títulos de los antecesores de la vendedora en el dominio del predio "San Juan de Dios" aparece la isla como parte integrante de la finca.

El recurrente considera que hallándose la isla en frente de tal predio, al prolongarse sus líneas de demarcación hasta la mitad del río Magdalena, la isla queda comprendida dentro de la alinderación de "San Juan de Dios", y en consecuencia debe concluírse que la mencionada isla quedó incluída en las transferencias de propiedad del citado predio.

Pero a esta consideración del recurrente se oponen las conclusiones que el Tribunal expuso en el fallo recurrido, basado principalmente en los mismos dictámenes periciales, a saber: que la isla "El Remolino" no está comprendida en el trabajo de partición de la comunidad "San Juan de Dios", de donde dimana el título de propiedad del actor; que según el cauce principal del río Magdalena a la época en que se hizo tal partición, la isla accedía a la hacienda de "Bateas"; que el río Magdalena en aquel sitio ha tenido un cauce variable al través de los años.

El Tribunal, teniendo en cuenta las apreciaciones de los peritos, dedujo que la isla no estaba incluída implícitamente en las transmisiones de propiedad del predio "San Juan de Dios". Y esta deducción no aparece como contraria a la evidencia.

La Sala observa que al formarse una isla que accede a una de las heredades ribereñas, se constituye una propiedad independiente en favor del dueño o dueños de los predios respectivos. Por el modo de la accesión se adquiere la propiedad de la isla. Esta puede ser enajenada por sus adquirentes junto con el predio a que accedió o en forma separada. Pero razones elementales de lógica y de precaución en la publicidad de las transmisiones de la propiedad inmueble, exigen que al enajenarse el predio junto con la isla adquirida por accesión, se mencione expresamente la enajenación de la isla.

El recurrente no está en lo cierto cuando afirma que por la circunstancia de limitar la finca del actor con el río Magdalena, debe entenderse que el lindero se prolonga por toda la línea media del río abarcando por tal razón las islas que se encuentren dentro de las zona que se extiende desde las riberas de la heredad hasta aquella línea imaginaria. Esta idea sobre la comprensión espacial de la heredad riberana es completamente equivocada. El límite del inmueble es la ribera, o sea, la línea extrema hasta donde llegan las aguas ordinariamente.

Los cauces de los ríos, como las aguas que por ellos corren, son bienes nacionales de uso público. No pertenece a los predios riberanos el lecho del río, sino al Estado. Otra cosa es que por accesión el dueño de la heredad riberana adquiera los aumentos aluviales en la ribera, o participe en la mitad del cauce abandonado, o en las islas que se formen cercanas a ella. Si los riberanos fueran dueños de los cauces de los ríos sobrarían las normas sobre accesión consagradas en el Capítulo 2º del Título 5º del Libro 2º del Código Civil.

Auncuando no hay en nuestra ley disposición expresa que señale la propiedad de los cauces de las corrientes de uso público, es indudable que ellos pertenecen al Estado. Los ríos y su lecho o cauce forman un solo todo mientras las aguas corren por él. No se pueden separar ni jurídica ni físicamente. "El cauce en sí mismo no tiene existencia independiente del río y si las aguas desaparecen, no hay ya cauce, sino el terreno de las heredades riberanas que las aguas habían ocupado y abandonan". (V. Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo VI, Nº 236, pág. 257; Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", T. III, Nº 491, páginas 418 y 419).

Por otra parte el recurrente afirma que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al dejar de apreciar los testimonios de Lucio Lasso, Telésforo Dussán, Daniel Charry y Arcadio Villarreal, quienes afirman que el señor Aureliano Manchola, antecesor en el dominio del predio "San Juan de Dios", ejerció actos de posesión en la isla de "El Remolino".

En sentir del recurrente, a causa de no haberse tenido en cuenta esta prueba, el Tribunal violó el artículo 951 del C. C., según el cual se concede acción reivindicatoria, aunque no se prueba dominio, al que ha perdido posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

La Sala considera:

Es cierto que el Tribunal omitió examinar en su fallo los testimonios mencionados como prueba de la posesión. Pero tal omisión no tendría incidencia ninguna en el fallo, por las siguientes razones:

a) Porque don Aureliano Manchola dejó de ser dueño del predio "San Juan de Dios" por haberlo transferido según escritura Nº 742 de 4 de noviembre de 1925,, como lo observó el Tribunal en la sentencia recurrida;

b) Porque no hay prueba de que sus sucesores en el dominio del predio conservaran la posesión de la isla;

c) Porque los testigos no deponen sobre el tiempo durante el cual el señor Manchola tuviera la posesión de la isla.

Mal puede decirse que esta prueba demuestre evidentemente que la isla "El Remolino" perteneció al señor Manchola y a sus sucesores en el dominio del predio "San Juan de Dios".

El recurrente ataca también la sentencia del Tribunal por errónea apreciación de los testimonios de Rosendo Quiroga, Lucio Lasso, Arcadio Villarreal, Julián Vargas y Angel María Perdomo, quienes se refieren a un arreglo celebrado entre don Aureliano Manchola, don Abelardo García y la señora Saturia Alvarez v. de García para deslindar las islas "Chicayá" y "San Juan de Dios".

El recurrente estima que hallándose plenamente demostrado tal arreglo, aparece acreditado también el reconocimiento que hizo la dueña de "Bateas" sobre el dominio que asiste al dueño de "San Juan de Dios" respecto de la isla disputada .

La Sala considera:

El Tribunal sí examinó esa prueba testimonial. Rechazó los testimonios de Lucio Lasso, Arcadio Villarreal, Julián Vargas y Angel María Perdomo, porque se limitaron a declarar lo que habían sabido de oídas. Y en cuanto al resto de los declarantes observó:

'Los testigos Clemente Tovar y Rosendo Quiroga sí afirman en forma categórica que le consta por haberlo presenciado que entre don Aureliano Manchola, don Abelardo García y la señora Saturia Alvarez de García se llevó a efecto un arreglo amigable para deslindar la isla de Chicayá de la de San Juan de Dios; mas ese posible arreglo de que nos hablan estos testigos constituyó simplemente un indicio de que por

parte de don Aureliano Manchola se ejerció posesión en la isla materia de la disputa, si en cuenta se tienen que el simple hecho de fijar una línea divisoria no es demostrativo de posesión, toda vez que aún en los juicios de deslinde cuando no se está en posesión del predio deslindado hay necesidad de reivindicarlo, cuando no hay entrega.

"Ahora bien: aceptado en gracia de discusión que tal arreglo existió, dicho arreglo tuvo que haber sido necesariamente antes de 1925, porque en ese año don Aureliano Manchola dejó de ser dueño en virtud de haber transferido sus bienes por escritura Nº 742 de 4 de noviembre de 1925,, lo cual indica no solo que de esa época para acá dejó de poseer sino también que los testigos Tovar y Quiroga se refieren a una posesión que se ejercitó 24 años antes de rendir ellos su declaración (sic) en 1949".

Además el Tribunal advirtió con razón que no se había allegado al juicio el documento contentivo del supuesto arreglo.

También ataca el recurrente la sentencia del Tribunal a causa de haberse omitido el examen de los testigos de los doctores Alejo Valenzuela y Manuel Felipe Trujillo, quienes declararon que al irse a practicar la diligencia de inspección ocular en la primera instancia de este pleito, presenciaron que el doctor César García Alvarez, hijo de la señora demandada, expresó al señor Adán Charry su deseo de comprarle la isla discutida.

Este hecho, en sentir del recurrente, viene a reforzar la prueba de la propiedad y la posesión de los dueños de "San Juan de Dios" sobre la isla disputada.

La Sala considera:

Es cierto que el Tribunal no tuvo en cuenta esta prueba testimonial. Pero esta omisión no incide en el fallo.

No aparece que el doctor César García Alvarez fuera apoderado de su señora madre doña Saturia Alvarez v. de García. Pero ni aunque tuviera tal carácter su intervención ante el señor Charry sobre una posible negociación de sus derechos en la isla disputada, tendría otro sentido distinto del de una mera propuesta de arreglo amigable del litigio, como aparece claramente de los testimonios invocados.

Por último, como remate del primer cargo, el recurrente censura la apreciación del Tribunal respecto de los testimonios de Pedro Perdomo, Nazario Cruz y Leocadio Olaya, quienes declararon sobre circunstancias relacionadas con la formación de la isla "El Remolino" y sobre la posesión de la demandada.

La Sala considera:

De la apreciación que hizo el Tribunal no aparece un error evidente de hecho. El sentenciador de instancia tiene soberanía para estimar la mayor o menor fuerza de convicción de los testigos, según las reglas de la sana crítica, y este juicio no puede variarse en casación sino en el caso de que se demuestre un evidente y flagrante error de hecho.

En el segundo cargo el recurrente acusa la sentencia por infracción indirecta de los artículos 713, 724, 726 ord. 3º—, 764, 768, 946 y 950 del C. C., a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba que llevaron al Tribunal a negar que la isla pertenecía por accesión a la finca de "San Juan de Dios" y desestimar por ende la acción reivindicatoria.

En concepto del recurrente, el Tribunal apreció erróneamente los testimonios de Pedro Perdomo, y Nazario Cruz y Leocadio Olaya, y el dictamen pericial de segunda instancia, porque el sentenciador dedujo de estas pruebas: a) que si la isla hubiera existido en el año de 1911, cuando se dividió la comunidad de "San Juan de Dios", ella pertenecería a la hacienda de "Bateas" y no a la hacienda del demandante; b) que en la actualidad, hallándose la isla más cercana a la hacienda de "Bateas", ella pertenece a la demandada señora Saturia Alvarez v. de García.

Por otra parte, en concepto del recurrente, el Tribunal dejó de apreciar el dictamen pericial de primera instancia, con el cual se prueba que la isla disputada se halla más cercana a la hacienda de "San Juan de Dios", perteneciendo en consecuencia al demandante señor Adán Charry.

El recurrente endereza sus razonamientos contra el dictamen pericial de segunda instancia, que el Tribunal acogió. Este dictamen es calificado de contradictorio, equivocado y antitécnico, enfrentándolo al experticio de primera instancia, que el recurrente pondera de bien fundado y concluyente. Según aquél dictamen, la isla estaría más cercana a "San Juan de Dios", porque "la distancia del centro de la isla a tierras firmes de "Bateas" y "San Juan de Dios" es de 260 y 300 metros", en tanto que según el otro dictamen "la isla está más cerca de "San Juan de Dios" que de "Bateas", porque de la primera dis-

ta sólo 40 metros, mientras que de la segunda dista 100 metros, que son las menores anchuras de las aguas que las separan".

En esta forma el recurrente alega que el Tribunal ha debido acoger las conclusiones de los expertos que actuaron en primera instancia para dar por establecido que la isla accedió al predio de "San Juan de Dios".

El recurrente también ataca la apreciación que el Tribunal hizo respecto de los testimonios de Perdomo, Cruz y Olaya, según los cuales el río Magdalena se dividió en dos brazos, uno de los cuales se recargó al lado de "Bateas" y el otro dividió la isla litigiosa en dos, de donde el sentenciador concluye que la isla pertenece a "Bateas", por aplicación de la regla segunda del art. 726 del C. C. De tales testimonios no aparece que el río se abriera en dos brazos formando la isla, sino que simplemente movilizó sus aguas sobre el costado oriental y sobre la isla disputada.

La Sala considera:

Hallándose demostrada plenamente la posesión de la demandada sobre la isla objeto de la reivindicación, correspondía al actor acreditar su dominio mediante título anterior a tal posesión. En los juicios de dominio ésta es una consecuencia de la presunción de propiedad que ampara al poseedor (C. C., art. 762, inc. 2º). La presunción de dominio desaparece sólo en presencia de un título anterior que contrarresta la posesión material del demandado, y entonces éste queda en la obligación de exhibir otro título que acredite derecho igual o mejor que el del actor.

El actor ha pretendido en el presente juicio acreditar su propiedad sobre la isla materia de la reivindicación, invocando la compra hecha a la señora Aurelia Manchola de Azuero en el año de 1947, bajo el supuesto de que la isla quedó implícitamente comprendida dentro de la adquisición del predio de "San Juan de Dios", e invocando también la accesión de la mencionada isla por hallarse ésta más cercana a tal predio.

Las razones expuestas por el recurrente en el segundo cargo, se dirigen a sustentar la tesis de la accesión que el Tribunal ha debido aceptar mediante la correcta apreciación de las pruebas.

No hay para qué entrar a analizar las críticas que el recurrente formula a las conclusiones del Tribunal, y a las exposiciones de los peritos, críticas propias más bien de una alegación en instancia en que las pruebas se comparan y se balancean dentro de un ámbito de soberana apreciación.

Para efectos del recurso, la cuestión debe plantearse de esta manera:

¿De las pruebas aducidas por el recurrente aparecen, de manera evidente y palmaria, los hechos que conforme a la ley, configuran la accesión de la isla disputada en favor del predio del demandante?

Atrás se ha expuesto ampliamente la doctrina de nuestro Código Civil en materia de adquisición privada de las islas formadas en ríos y lagos de uso público.

Es evidente que la isla objeto de la reivindicación no se formó con posterioridad a la compra que el señor Charry hizo a la señora Manchola de Azuero del predio de "San Juan de Dios", por escritura Nº 81 de 5 de febrero de 1947 de la Notaría Segunda del Circuito de Neiva. Demandante y demandada han estado de acuerdo en considerar que la isla existe hace más de treinta años, y todo el acervo probatorio confluye a patentizar este hecho.

Lo que el recurrente sostiene es que por haber accedido esta isla al predio de "San Juan de Dios", en época anterior, la propiedad de ella se ha venido transmitiendo implícitamente como parte integrante del mismo predio en los antecesores del señor Charry.

Prescindiendo ahora de considerar el aspecto relativo a si en las transmisiones de dominio del predio de "San Juan de Dios" quedó comprendida o nó la isla objeto de la litis, la Sala advierte la carencia de pruebas que acrediten en forma indubitable las circunstancias que permitan atribuír la propiedad de la isla, por accesión, a uno de los predios riberanos cuyos dueños se la disputan.

En efecto:

1º—Se calcula conjeturalmente que la isla se formó hace más de 30 años antes de iniciarse el presente litigio. Pero se ignora en qué época precisa apareció como propiedad independiente, con las condiciones de firmeza y estabilidad que la hicieron viable a la accesión.

2º—Teniendo en cuenta que el cauce del río Magdalena frente a los predios de "Bateas" y "San Juan de Dios" ha sido variable en los últimos lustros, tampoco hay certeza sobre la situación de las riberas a la época en que apareció la isla.

3ºTampoco hay certeza sobre la situación en que se hallara la isla respecto de las heredades

riberanas y de la línea media del río al tiempo de su aparición.

4º—Aunque los peritos de segunda instancia afirman que sólo unas tres hectáreas de la isla son de antigua formación (anterior en 30 años) y que el resto ha sido formado por aluviones, no se sabe en qué forma estos aumentos aluviales hayan extendido la superficie de la isla;

5—También se ignora la época en que haya habido los cambios de cauce del río, a que se refieren peritos y testigos.

Existiendo como existe esta imprecisión y vaguedad en las pruebas, mal puede hablarse de evidencia sobre circunstancias tales, que sí darían la clave para atribuir el dominio de la isla por accesión a uno de los predios riberanos.

El recurrente ha creído equivocadamente que basta aceptar que en la actualidad la isla disputada se halla más cercana al predio de "San Juan de Dios", acogiéndose el dictamen de los peritos de primera instancia, para atribuir su propiedad por accesión a tal predio.

Y aún prescindiendo de las circunstancias cuya incertidumbre se deja expuesta, el juzgador de instancia no podría pronunciarse por la accesión de la isla predio riberano de "San Juan de Dios", porque ni en los dictámenes periciales ni en la inspección ocular se determinó la línea media del río Magdalena, factor decisivo para saber si toda la isla se hallaba más cercana a dicho predio y accedía totalmente a éste. Pues bastaría que parte de la isla se hallara al oriente de la línea media del río, para que el predio de "Bateas" tuviera participación en la mitad de la isla.

Por último, debe observarse que la sentencia recurrida niega el dominio del actor sobre la isla objeto de la reivindicación, pero no declara, ni hubiera podido hacerlo, la propiedad en favor del demandado.

Las razones expuestas su suficientes para declarar infundados los cargos.

V—Resolución:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Resuelve:

NO SE CASA la sentencia proferida el 18 de agosto de 1952 por el Tribunal Superior de Neiva, objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL PROPIETARIO DE UNA CASA, CON LA CONSTRUCCION DE UN EDIFICIO EN EL TERRENO COLINDANTE.-RELACIONES DE VECINDAD

La responsabilidad resultante de la imposición y el ejercicio de las relaciones de vecindad, reales y específicas, o sean las servidumbres, responsabilidad entre los dueños de los predios dominantes y los titulares de los fundos sirvientes, en lo que concierne a las servidumbres naturales y a las legales, de carácter civil, está señalada en el Título 11 del Libro 2º del C. C., que las establece, y en el Título 34 del Libro 4º de la misma obra, sobre responsabilidad extracontractual.

De la misma manera, si se trata de servidumbres voluntarias adquiridas por prescripción o destinación del padre de familia; pero, si de voluntarias adquiridas por título, la responsabilidad debe someterse a las estipulaciones del contrato o las normas de la ley sobre servidumbres, y de consiguiente, a las reglas de la culpa contractual o extracontractual, según los casos.

Cuanto a las relaciones de vecindad concernientes al ejercicio del derecho de propiedad inmueble, con daño de los vecinos, éste debe enjuiciarse ante la teoría del abuso, con el criterio técnico, o sea el de la culpa.

Respecto al goce anormal o daño excesivo, por fuera de las servidumbres y del ámbito del abuso del derecho, no se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma, sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo causalidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponnete: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 10 de octubre de 1952 y proferida en juicio ordinario promovido por la señorita Alicia Perdomo Escobar contra el señor Santiago Peña Sánchez.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—En 1948 Alicia Perdomo Escobar edificó una casa residencial, estilo moderno, de dos plantas, en cemento y ladrillo, cuya puerta de entrada está marcada con el Nº 17-26 de la calle 73 de la ciudad de Bogotá.

2.—En 1950 construyó Santiago Peña Sánchez, en terreno contiguo, un edificio de tres plantas, distinguido con los Nos. 17-44 y 17-52 de la misma calle 73,

3.—Posteriormente Alicia Perdomo Escobar demandó a Peña Sánchez para que, en una palabra, le indemnizara los daños que le ha causado en su predio el edificio del demandado.

4.—La sentencia de primera instancia condenó a pagar a la actora los perjuicios demandados, así: $ 6.000.00, como daño emergente, e intereses legales desde el 1º de diciembre de 1950, y además, las costas del juicio.

5.—Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Bogotá, lo revocó, absolvió al demandado y condenó en las costas del juicio a la parte actora, según sentencia de 10 de octubre de 1952, que fue recurrida en casación por la misma parte.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: causal y cargo

I

Formula el recurrente un solo cargo, consistente en infracción directa de los artículos 2347 y 2349 del C. C.

Fundamenta así el cargo:

"El Tribunal está en lo cierto, que la demanda de responsabilidad civil extracontractual (Título 34, Libro 4º C. C.) contra el señor Peña Sánchez, no se endereza por un acto personal y de actividad peligrosa de él (artículo 2356 c. c.); como tampoco por ruina de la construcción (arts. 2350 y 2351 c. c.) puesto que su edificio no se ha caído, causando los daños que la actora reclama. No.

"La demanda, como claramente lo expresa su primera petición de derecho (fl. 18, C. 1) hace civilmente responsable al señor Peña de los gravísimos daños sufridos por la demandante en su casa "con motivo de la construcción" levantada por aquél sobre el costado occidental de la propiedad averiada. Desde luego, como el señor Peña, que es capitalista y comerciante, no podía por sí solo construír un edificio haciendo de obrero, de plomero, de carpintero, de latonero, de herramientero, de sobreetante de maestro de obra y de arquitecto es lógico deducir que su responsabilidad extracontractual invocada en el libelo, es la del patrono que en concordancia con los artículos 2347 y 2349 c. c., responde de los actos de todos y cada uno de los trabajadores o empleados de que se sirvió en la obra.

"La razón de principios para exonerar al actor de la prueba de la culpa, en los casos como el presente, consiste y radica en la imposibilidad del damnificado de presentar pruebas sobre hechos ejecutados por individuos que han estado bajo el control de otra persona, que jamás ha visto y sobre quienes carece de todo conocimiento sobre su conducta, su capacidad de trabajo, su especialización en el oficio que desempeña y en general, sobre cómo se comportaban con su patrono en el trabajo, si eran diligentes, cuidadosos, etc.

"Es ésta la razón, para que cuando se demanda a una persona por los actos de sus agentes o empleados, que se han traducido en perjuicio para otra, al damnificado no se le pide la prueba de la culpa; o sea, del acto impropio, negligente, descuidado o de impericia que motivó el daño; como tampoco se le exije al patrono. A éste únicamente le pide la ley que demuestre su conducta diligente en evitar el daño, vigilando a sus empleados y seleccionándolos por sus condiciones de técnica, capacidad y labor cuidadosa".

II

La sentencia considera que en el caso de autos se requiere la prueba del daño, de la culpa y de la relación de causalidad:

"El artículo 2356 del C. C., establece una presunción a cargo del autor del daño, cuando se trata del ejercicio de actividades peligrosas, y en este caso, la presunción anotada obliga al demandado a hacerla desaparecer mediante la comprobación plena de que el hecho se realizó a virtud de caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

"Pero cuando las actividades de donde se pretende deducir el daño no son de la naturaleza de las anotadas en el aparte anterior, se impone para el actor la demostración plena, de los tres elementos esenciales y necesarios para la prosperidad de su acción, porque en este caso de acuerdo con el sistema de responsabilidad que establece el Código Civil, la víctima de un delito o cuasi delito, para poder obtener la indemnización del daño que se le ha inferido, debe probar el daño o la culpa del autor del ilícito como fuente de la obligación demandada".

El Tribunal estudia la prueba aducida por la demandante y encuentra que sólo está probado el primer elemento, o sea, el daño. No así la culpa y la causalidad, y por ello revoca la providencia de primer grado.

Algunos aspectos del recurso obligan a la Sala a referirse al tema de las "relaciones de vecindad".

CAPITULO TERCERO

Las relaciones de vecindad

1º—Lo que comprenden.

1.—En la expresión "relaciones de vecindad" se comprenden no sólo aquellas vinculaciones reales, estructuradas en el molde de las servidumbres, sino también otras, extrañas a ese molde, y no previstas, por tanto, específicamente en la ley. Entre estas últimas algunas atañen al deber legal en que el propietario se encuentra de gozar de su derecho inmueble, sin abusar de él, esto es, sin dañar a otro propietario de predio de vecino; mas en este campo del abuso del derecho se requiere la culpa del agente, ya que el criterio más acogido por la doctrina —incluída la de esta Corte— para saber dónde hay abuso, es el técnico, cuya esencia está en la culpa del autor del daño. Otras de esas relaciones no responden a la noción de servidumbre, ni caen en el dominio de la culpa, porque no la hay, según la tendencia doctrinaria más acusada en estos días, puesto que el propietario ejerce su derecho lici-

lamente, sin intención de perjudicar y sin negligencia o imprudencia, y sin embargo se puede producir un daño reparable. Por ello, algunos pugnan por sustraer del campo de la responsabilidad extracontractual estas últimas relaciones, alegando que en donde no hay culpa no hay propiamente responsabilidad, la responsabilidad extracontractal, cuyo tradicional fundamento es la culpa aquiliana.

2.—La vecindad, concepto objetivo de orden material, comprende un conjunto de factores de poderoso influjo en la elaboración de los ordenamientos jurídicos concernientes a este tema, para crear, en primer lugar, las llamadas servidumbres, unas naturales, impuestas por la situación de los terrenos y fundos, y otras, legales, impuestas por la ley, y todas con el objeto de facilitar al propietario el goce adecuado de los bienes raíces; y en segundo lugar, para dar origen a deberes no específicos ni catalogados en la ley, no sólo con aquel fin sino también con el de lograr entre los hombres un entendimiento leal y generoso en sus relaciones cuando media la proximidad de sus fundos, vale decir, en el ejercicio del derecho de propiedad, sobre el suelo y cuanto éste pueda llegar a contener o soportar.

3.—Tanto los textos legales que consagran expresamente esas cargas precisas, como la orientación doctrinaria que ha venido estructurando aquellos deberes, han sido el resultado del triple influjo de los antecedentes o 'don nées' real, ideal e histórico —empleando la expresión y la clasificación de Geny— que concurren a elaborar la norma legal. El primero, que ahora nos interesa, comprende, entre otros factores, el hecho físico de la vecindad —a veces contigüidad— de los fundos, cuyo contacto o proximidad se proyecta en distintos y no pocos nexos, entre los cuales se destacan las limitaciones reales de la propiedad inmueble; la continuidad del suelo, sobre el cual se levanta todo género de edificaciones, obras, urbes y poblados, continuidad propicia a la transmisión de diversos fenómenos que provenientes de un predio pueden repercutir en otros, como la humedad, la trepidación, el fuego, el calor, el peso de los edificios; la unidad atmosférica, también portadora de sustancias, vibraciones, sonidos, emanaciones, que pueden afectar, en mayor o menor escala el bienestar de los moradores de los fundos vecinos; y la variada destinación de los inmuebles, que determina en mucha parte la índole de los trastornos y perturbaciones que pueden producir sobre los demás terrenos, casas o heredades circunvecinos.

Sobre estos hechos se han configurado los gravámenes reales y las obligaciones genéricas de vecindad, aquéllos en textos expresos y éstas en principios y direcciones generales. Unos y otras son limitaciones de la propiedad raíz. Así llama a las servidumbres el artículo 793, ordinal 3º del C. C., y en cuanto a las obligaciones, la teoría del abuso del derecho y la del daño "anormal",es la herramienta con que la ley frena al propietario para que no dañe al vecino en el ejercicio o goce de su derecho.

4.—La teoría del abuso de los derechos, ya consagrada no sólo en la doctrina universal sino también en no pocas legislaciones, sirve para medir esas obligaciones del propietario, si bien no con toda la amplitud requerida, ya que aplicada mediante el criterio técnico —que es el adoptado por la doctrina jurisprudencial colombiana— no puede comprender sino los casos en que concurra culpa del titular del derecho.

De allí la necesidad de un instrumento que dejando a un lado la culpa como fuerza generadora de responsabilidad extracontractual, sancione, sin embargo, los actos humanos que perjudiquen al vecino, con la obligación de resarcir. No importa que no se trate de actividades peligrosas, pues en tratándose de ellas, el artículo 2356 del C. C., las sanciona con las presunciones de culpa allí establecidas. Mas, no tratándose de tales actividades, con mayor razón se impone la necesidad de ese instrumento en las relaciones de vecindad. Tal instrumento reposa en un factor objetivo, de apreciación en cada caso, cual es el daño "anormal" que en dichas relaciones se produzca, y que, por lo mismo, no puede pesar razonablemente, en quienes han venido a quedar colocados por lo general al acaso, en una cierta zona de suelo, subsuelo y sobresuelo, dominada por el hecho social de la convivencia de los hombres en ella. Con bastante razón Pothier englobaba estas relaciones en la noción de cuasicontrato, llamado "de vecindad", con apoyo en el hecho lícito de los vecinos.

5.—Las relaciones de vecindad se pueden distribuír en tres grupos:

1º—El de las servidumbres;

2º—El de las relaciones no previstas especialmente, tocantes al goce de la propiedad inmueble y sancionadas por la teoría del abuso del derecho, con base en la culpa; y

3º—El de las relaciones tampoco previstas es-

pecificamente en la ley y que no sanciona dicha teoría, por no concurrir en el propietario, autor del perjuicio, el cual debe ser reparado en cuanto sobrepase los límites de lo normal u ordinario.

Las relaciones del primer grupo están establecidas en el Título 11 del Libro 2º del C. C.; pero, tratan de ellas también los Códigos de Minas y de Petróleos, sin mencionar algunas leyes dispersas y los reglamentos de policía, a los cuales compete velar por el desarrollo regular e inmediato de aquellas relaciones. Las del segundo grupo, en la dicha teoría del abuso de los derechos, aplicada especialmente al de propiedad inmobiliaria, que consagra el artículo 21 de la ley 200 de 1936 y aplican algunos preceptos legales aislados. Las del tercero, especialmente en la doctrina.

6.—Es interesante observar cómo los autores y la jurisprudencia clasifican paralelamente a aquella división de los nexos vecinales, los actos con que el propietario de un inmueble puede comprometer su responsabilidad:

a) Actos ilegales, o sean los ejecutados en violación de un precepto legal, v. gr., la negativa a demarcar o cerrar el fundo, el embarazo al ejercicio de una servidumbre de acueducto, de tránsito, etc.

b) Actos abusivos, o sean aquéllos intrínsecamente irreprochables, pero subjetivamente ilícitos, por razón de los móviles que los inspiran: son los ejecutados abusando del derecho, esto es, incurriendo en culpa. Y

c) Los excesivos, esto es, los ejecutados sin torcida intención, ni siquiera con descuido, pero que, sin embargo, causan daño al vecino. Estos últimos atañen a una responsabilidad exenta de culpa, más claro, ajena a la culpa. "No creo —dice Bonfante— que se pueda excluír la obligación de resarcimiento, por el hecho de que el ejercicio de la industria sea de tal naturaleza que aún con las mayores precauciones fatalmente hayan de producirse de vez en cuando efectos perniciosos para los vecinos". (V. Josserand "De l'esprit des Droits" Nº 26 y "Cours" Tº 10. Nº 1503).

II.—Peculiaridades de las relaciones del tercer grupo

7.—Por los rasgos de las relaciones tocantes al tercer grupo, por la gradación que admiten las perturbaciones y que lleva a que unas sean reparadas y otras no, y sobre todo por la circunstancia de que no juega en ellas la acción de culpa, estas relaciones asumen caracteres propios que las separan bastante de las demás.

La reciente e importante obra del Dr. René Chapus, Profesor de la Facultad de Derecho de París, titulada "Responsabilité Public et Responsabilité Privé' (1954) contiene este importante concepto:

"La responsabilidad, en esta materia, tiene caracteres que la distinguen de otros tipos de responsabilidad. No se trata de casos de responsabilidad en que un propietario usa su bien sin tomar las precauciones necesarias para impedir todo daño, ni de los casos en que se sirve del bien para perjudicar a sus vecinos. En estas hipótesis, la responsabilidad tiende a la culpa (cuasidelito o delito), cometido por el propietario o por aquellos que de él dependen. Tampoco se trata de casos en que el daño es causado por la ruina, total o parcial, de un edificio sobre un inmueble vecino: la responsabilidad sería ubicada en el artículo 1386 del C. C., con base en la existencia de una culpa; en derecho privado como en derecho público. Por último, no se trata de hipótesis en que se pueda decir que el daño ha sido causado por el hecho de una cosa". (Nº 317).

Refiriéndose al mismo tema ya había dicho Josserand:

"Independientemente y por encima de las servidumbres verdaderas y de las limitaciones precisas que la ley establece en materia de propiedad raíz, nuestra jurisprudencia reconoce la existencia de directivas generales en que ella se inspira constantemente para ejercer sobre el derecho de propiedad inmueble una fuerza complementaria de las precedentes". (Cours de Droit Civil" to. 1º Nº 1498).

III.—Caracteres de las relaciones del tercer grupo

8.—La doctrina y la jurisprudencia piden, para que esta responsabilidad exista, que la perturbación sea "anormal".

Se entiende por perturbación "anormal", la que traspasa los límites de la tolerancia que es natural y de rigor entre individuos de la especie humana, a quienes la contigüidad o proximidad de sus predios ha acercado fatalmente. Como se trata del ejercicio lícito de la propiedad, la doctrina enseña que las perturbaciones, mientras no excedan de lo ordinario, de lo prudente, deben ser toleradas, sin lugar a resarcimientos; no así cuando sobrepasan ese límite. Las vibra-

ciones o ruidos que a la casa vecina transmiten las máquinas de una fábrica, siempre que no pasen de incomodar ligeramente a los habitantes; las inmisiones por humedad o calor sin trascendencia; las hendeduras de poca monta en los muros y las pequeñas desnivelaciones motivadas por el peso del nuevo edificio, no obstante haberse tomado todas las medidas aconsejables por la prudencia, la diligencia y la técnica, son consecuencias naturales, ordinarias, normales, del ejercicio de la propiedad raíz, cuya ocurrencia no puede atribuírse a malos propósitos, ni siquiera a descuido, ni aun a desdén o indiferencia hacia el hecho de tener en las inmediaciones a otros seres humanos que obligan nuestra consideración, nuestra indulgencia y conformidad.

René Savatier, Profesor de la Universidad de Poitiers, dice: "En toda sociedad es indispensable que los hombres soporten a los que viven cerca de ellos; las relaciones de vecindad pueden nacer en un vagón de ferrocarril o en los asientos de una sala de espectáculos, y se presentan entre arrendatarios y usufructuarios vecinos, exactamente como entre propietarios. Las dificultades de la vecindad se hacen más durables y más agudas por la posesión y el uso de los inmuebles vecinos". (Traité de la Responsabilité Civil". (10º ed. 1951 to. 1º Nº 70). El Profesor Pedro Bonfante, de la Universidad de Roma, dice que "en cuanto a los límites de la tolerancia, nuestros tribunales los fijan atendiendo con sentido práctico, a la contraposición entre uso fundado y uso industrial, entre incomodidades simples y daños sensibles, o bien entre perturbaciones, molestias e inconvenientes y daños verdaderos y propios. A veces se insiste sobre el carácter grave, excesivo, insoportable de la molestia o incomodidad, sobre la circunstancia de que excede de lo tolerable por una persona sana y normal. Precisamente para fijar estos límites de tolerancia es para lo que deben invocarse las necesidades de la existencia social..." ("Las Relaciones de Vecindad", 1ª ed. 1932. Trad. de Alfonso García Valdecasas p. 82).

El Profesor Chapus, ya citado, dice que "en tratándose de la responsabilidad por molestias de vecindad, el daño debe presentar un carácter suplementario propio de esta responsabilidad y que constituye su originalidad: debe ser anormal en sí mismo, esto es, por su extensión, su gravedad, o debe proceder de una actividad o de un trabajo anormal, especialmente por los medios puestos en práctica. Así, la responsabilidad existirá, según las hipótesis, sea porque el daño es anormal, sea porque la actividad de la cual proviene, es anormal... La jurisprudencia administrativa y judicial están de acuerdo en que la responsabilidad por perturbaciones vecinales no puede comprometerse sino cuando el perjuicio **excede la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, o las cargas normales resultantes de la vecindad.** (Ob. cit. Nº 318 y 320).

Además, se aceptan como factores de la **anormalidad** en el daño: a) la **duración, la permanencia,** la **continuidad** de los trastornos; b) la **gravedad e intensidad** de los mismos, en que influye el primer factor; c) las condiciones personales de los vecinos, de mucha influencia en cada caso. Al Juez corresponde apreciar cada situación.

IV.—La culpa, factor extraño

9.—La doctrina se ha debatido entre dos extremos: el de la **necesidad** o el de la **inutilidad** o **inexistencia** del factor culpa en la responsabilidad producida por las molestias, trastornos y perturbaciones tocantes a las relaciones del tercer grupo. Henry y León Mazeaud plantean la primera tesis:

"Se puede molestar en cierta medida a los vecinos; una tolerancia es necesaria de parte de quienes viven en sociedad. Pero, hay un límite que no debe traspasarse. Un individuo prudente no lo traspasa. Sin duda el propietario que no obra con la intención de perjudicar obra en su interés propio; pero comete una culpa, en el desarrollo de su actividad, obligando a los vecinos a soportar más de lo que es soportable. La culpa no existe en tanto que el perjuicio no revista cierta importancia; más, desde que el daño excede este límite, hay culpa". (Traité Théorique et Practique de la Responsabilité Civil". To. 1° Nº 620).

Otros autores igualmente notables siguen acogiéndose a la culpa como única fuente de responsabilidad extracontractual, sin excluír la relativa a estas relaciones que no tocan ni con los gravámenes reales ni con el perjuicio originado del abuso del derecho.

10.—En el otro extremo, o sea el de la inexistencia de la culpa, están, entre otros, Josserand ("De l'esprit de Droit et de leur Relativité". Nº 26 y "Cours" To. 1º Nº 1502 y ss.); Pedro Bonfante ("Las Relaciones de Vecindad" p. 73 René Chapus (Responsabilité Public et Responsabilité Privé" 1950 Nº 331); Enneccerus, Kipp y

Wolf ("Tratado de Derecho Civil-Cosas vol. 1º 53. II. 3); René Savatier la admite "excepcionalmente" ("Traite de Resonsabilité Civil" 1951 to. 1º Nº 71). Bonfante afirma que "la responsabilidad sin culpa es una aspiración de la doctrina moderna".

Josserand expone así su concepto:

"Ausencia de culpa.—Estos diferentes propietarios no han cometido ninguna falta característica; ellos han ejercido las prerrogativas que les pertenecen indiscutiblemente, y además, ellos se s túan dentro del espíritu de la institución lejos la intención de dañar a nadie, ellos ejecutan actos de propietario, intensamente.

"Es verdad que su conducta es irreprochable, que han podido obtener, por otra parte, una autorización de los poderes públicos para la apertura de un establecimiento peligroso, incómodo o insalubre; a pesar de la visa administrativa, pueden ser el objeto de un recurso por parte de los propietarios vecinos, perjudicados por el funcionamiento de la empresa; la autorización no fue dada sino bajo reserva de los derechos de terceros.

"Es más: la merced de una concesión no hará desaparecer la responsabilidad eventual del jefe de la empresa por los daños causados a terceros, por su funcionamiento.

"Es necesario renunciar, se ha visto, a la idea de culpa: el propietario o el director del establecimiento son responsables no obstante que su conducta sea irreprochable, aunque no hayan cometido ninguna culpa, ninguna imprudencia y aún en el caso de tratarse de un servicio público organizado en interés de la colectividad.

"Se ha recurrido, para explicar esta responsabilidad a hacer intervenir el concepto de abuso del derecho: el propietario que causa un daño a sus vecinos hace de su derecho un uso abusivo. Pero, esto es desconocer el sentido y el fundamento de la teoría del abuso de los derechos, la cual se refiere a una desviación de éstos, que no concurre en los casos precitados; ello no es abusar de un derecho s'no explotar un establecimiento comercial o industrial, un sanatorio, una mina o una línea férrea. Por otra parte, el abuso consiste en una culpa, en la cual se buscará en vano los distintivos de aquella responsabilidad. El director del establecimiento ejecuta actos de propietario, intensamente; él permanece dentro del espíritu de la función, en el campo de la institución". (Ob. cit. to. 1º Nº 502).

René Chapus:

"Un individuo prudente no comete más culpa cuando causa un perjuicio excesivo a sus vecinos que cuando lo causa leve: un individuo comete una culpa cuando, no habiendo tomado las precauciones necesarias o convenientes, causa un daño, y su culpa existe sea que el daño, revista importancia o nó. No se puede deducir la existencia de la culpa de la importancia del perjuicio, s'no del perjuicio mismo". (Ob. cit. Nº 332).

Bonfante dice así:

"Mas la responsabilidad por daños exige además, en general, una condición subjetiva, la culpa; exige que el acto pueda ser imputado a mi voluntad libre y consciente. Ese era el principio de la ley Aquilia en el Derecho Romano, y ese es el principio sancionado por nuestro Código Civil en sus artículos 1.151-1.152 (art. 1.902, Código Civil Español). (2.341 del Colombiano). Basta con que haya una culpa levísima, una "negligencia o imprudencia cualquiera; no es preciso que sea un acto de aquellos cuyas consecuencias todos (omnes in civitate) hubieran sabido prever; pero es preciso que el acto haya sido ejecutado por una persona consciente y que haya un nexo causal indudable entre el acto y sus consecuencias.

"Con todo, en nuestra opinión, ya lo hemos dicho, se equivocaría quien pensara que, a menos de admitir una responsabilidad sin culpa, el riesgo de una industria determinada elimina en absoluto la obligación de resarcir. No creo que se pueda excluír la obligación de resarcimiento (verificado el daño, no en circunstancias extraordinarias sino en condiciones ordinarias) por el hecho de que el ejercicio de la industria sea de la naturaleza que aún con las mayores precauciones, fatalmente hayan de producirse de vez en cuando efectos perniciosos para los vecinos. Por fuerza en tal caso tiene que haber una conciencia general de que el daño es posible". (Ob. cit., pgs. 72 y 73).

A este paso la doctrina jurisprudencial tiende también a una responsabilidad sin culpa. A pesar de que la jurisprudencia francesa, sobre reparación del daño provocado por los actos excesivos, se ha venido fundando en el artículo 1382 del C. C., que consagra la responsabilidad por culpa del agente, ha pronunciado decisiones en que no la exige. Una del Tribunal Civil de Lyon, de 17 de junio de 1950 declara que la turbación inferida al fundo vecino "existe necesariamente y a despecho de todas las medidas posibles", y antes otros Tribunales sostuvieron la obligación de resarcir "a pesar de que todas las precaucio-

nes se tomaron para prevenir los inconvenientes del establecimiento". La Corte de Casación declaró igualmente en cuanto a daños producidos por la explotación de las minas: "El concesionario es responsable por los perjuicios que cause a los vecinos con motivo de los trabajos que ejecute, sin que haya lugar a exigir prueba de imprudencia o de negligencia; que haya tomado o no todas las precauciones aconsejables, que haya o no cometido una culpa, debe en todo caso reparar el perjuicio". (V. Chapus ob. cit. Nº 333).

V.—Fundamento de una responsabilidad sin culpa

12.—La existencia de una responsabilidad sin culpa, no repugna a los principios. La tendencia, como lo anota Bonfante, se dirige hacia allá. Las perturbaciones son fruto, por lo general, del ejercicio o goce de la propiedad, sin que en muchos casos pueda hablarse de abuso del derecho, basado en la culpa. Pueden tomarse todas las precauciones que aconseja la ciencia o el arte, y sin embargo puede producirse el daño. Hay factores que escapan no sólo a la prudencia, a la diligencia, sino también a las reglas de determinada técnica.

Para Josserand, se justifica tal carga de reparar, por la **igualdad** llamada a regular las relaciones de los propietarios vecinos, por la **correlación** de las cargas y derechos entre ellos y la **necesidad** de que un trastorno o turbación por fuera de lo ordinario, tenga un contrapeso ("De l' esprit de Droit..." Nº 16, "Cours" To. 1º Nº 1.946). Chapus señala la **equidad**: "Una situación dada es inevitable y ordinariamente la fuente de las perturbaciones que se originan en la vecindad: la indemnización debida por quien se ha aprovechado de esta situación se justifica por el sacrificio que se ha impuesto al vecino; es el precio del ejercicio de una actividad o de la existencia de un estado de cosas lícitas; no compensa un daño sino una carga, y no debe ser analizada como el resultado de la ejecución de una obligación, como sería la fundada en cualquiera obligación de reparar". (Ob. cit. Nº 336).

Para algunos autores, los vínculos y cargas vecinales tienen su origen en un **cuasicontrato**, el de vecindad. Pothier orientó esta tesis. Pero hoy parece que con el cuasicontrato, el "monstruo legendario", esa tesis ha fenecido también. (V. Colin y Capitant "Cours" 7ª ed. to. 1º Nº 743). Para Planiol, Ripert y Boulanger" se debe admitir que la jurisprudencia ha aceptado, en las relaciones de vecindad, una reglamento particular de perjuicios. Los tribunales investigan si el daño excede del que resulta de las **obligaciones ordinarias de vecindad.** En este sentido la idea de Pothier no es falsa. Los propietarios vecinos forman una especie de comunidad y esta comunidad tiene sus leyes. Aquel que en su propiedad ha destruído el orden establecido por la costumbre debe reparar". (Traité Elémentaire de Droit Civil" 5ª ed. 1950, to. 1º Nº 3060).

13.—En síntesis, el daño puede producirse no obstante haber tomado el propietario todas las precauciones; luego no puede haber responsabilidad por culpa. No faltan casos en que sea del todo difícil o imposible probar que se tomaron, como en aquellos relacionados con las edificaciones ya concluídas y en cuya construcción no observó el vecino nada irregular que lo llevase a intentar acción policiva o posesoria; como en aquellos de ruidos o trepidaciones inevitables producidos por una industria, pero que por lo continuos y fuertes traspasan el campo de lo prudente, de lo ordinario, de lo razonable. La vecindad impone, ciertamente, cargas, pero no excesivas y si en gracia de solidaridad social estamos obligados a soportarlas, en razón de esa misma solidaridad no deben exceder de esa medida.

14.—El fundamento del deber general de resarcir el daño causado en el ámbito de las relaciones de vecindad, está, según sentencia de esta Sala, de 26 de noviembre de 1937 (VI 855 2ª). en la culpa, pues cita en su apoyo tanto los artículos 2341, 2356 y 2359 del C. C., como la teoría del abuso del derecho, aplicada por la Corte con el criterio técnico.

La Corte complementa y aclara la doctrina de dicho fallo, en cuanto atañe —sabrá decirlo— a las relaciones de vecindad:

, A) Respecto a la responsabilidad resultante de la imposición y el ejercicio de las relaciones de vecindad, reales y específicas, o sean las servidumbres, esa responsabilidad entre los dueños de los predios dominantes y los titulares de los fundos sirvientes, en lo que concierne a las servidumbres naturales y a las legales, de carácter civil, está señalada en el Título 11 del Libro 2º del C. C., que las establece, y en el Título 34 del Libro 4º de la misma obra, sobre responsabilidad extracontractual.

B) de la propia manera, si se trata de servidumbres voluntarias adquiridas por prescripción o destinación del padre de familia; pero, si de vo-

luntarias adquiridas por título, la responsabilidad debe someterse a las estipulaciones del contrato o a las normas de la ley sobre servidumbres, y de consiguiente, a las reglas de la culpa contractual o extracontractual, según los casos.

C) Cuanto a las relaciones de vecindad concernientes al ejercicio del derecho de propiedad inmueble, con daño de los vecinos, éste debe enjuiciarse ante la teoría del abuso, con el criterio técnico,o sea de la culpa.

D) Respecto al goce anormal o daño excesivo, por fuera de las servidumbres y del ámbito del abuso de derecho, no se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad.

15.—Esta última modalidad, conforme a qué textos? La acentuada corriente hacia la responsabilidad sin culpa, logra, por ejemplo, que la jurisprudencia francesa a pesar de apoyarse es el artículo 1382 del C. C., que trata de la responsabilidad por culpa, declare responsable a quien ha tomado todas las precauciones para evitar el daño, esto es, que ha obrado sin culpa (V. Chapus ob. cit. Nº 333).

En concepto de la Sala no se podría hallar en el artículo 2341 del C. C., la raíz de la responsabilidad por hechos excesivos. La noción de culpa que contiene cierra el camino. Mas los artículos 669 del C. C., y 30 de la Constitución Nacional le prestan suficiente apoyo.

El primero enseña que el dominio es derecho real para gozar y disponer de las cosas, no siendo contra ley o derecho ajeno. Motejada de individualista esta definición, conlleva sin embargo el germen de todas las transformaciones sociales en lo atinente al derecho de propiedad. Porque dos limitaciones, a cual más fuerte, establece a su ejercicio: la ley y el derecho ajeno. Conforme a la primera, la ley podrá siempre introducirle las restricciones que considere necesarias o convenientes al orden social, y así se ha visto limitado el dominio agrario por la carga de una explotación económica. De acuerdo con la segunda, los actos abusivos en general quebrantan abiertamente el derecho ajeno, sin lugar a duda, porque la culpa es la fuerza propulsora de tales actos; y también los excesivos, ejecutados en el goce del derecho de propiedad sobre los fundos, con perjuicio de los vecinos, cuando sin culpa se sobrepasa la natural tolerancia que impone la vida cuando los hombres tienen su morada, sus negocios o industrias en las heredades o predios del contorno. El derecho ajeno es en estos casos el poder de disfrutar de los bienes inmuebles sin mayores turbaciones, molestias o quebrantos, de manera que si impunemente pudiera excederse el propietario, el dominio no tendría la barrera del "derecho ajeno" que la definición señala a su ejercicio.

El artículo 30 de la Carta incorporó en nuestras instituciones la función social de la propiedad, que implica obligaciones. Con ello se puso el país a tono con la revaluación sufrida por el individualismo de 1.789, al influjo de las ideas sociales que se desarrollaron después. imprimiendo a los derechos del hombre y del ciudadano una finalidad social, desconocida por la Revolución. Esta fue la reacción del individuo contra el absolutismo de un régimen social y político de toda una época; pero, el individualismo que de ella surgió no podía resistir mucho tiempo el empuje de aquellas ideas que movieron a Comte y después a Duguit a pretender cambiar la naturaleza de los derechos humanos, en busca de un contenido que los sacara de los moldes de la Revolución, y más recientemente a Josserand para someterlos a un tratamiento opuesto de relatividad, atemperados por un objetivo social; a Hauriou para sostenerlos siempre como derechos subjetivos pero a la vez como instituciones objetivas sociales, y a Ripert para destacar en ellos un sentido democrático incontrastable.

Es verdad que el artículo 31 de la Constitución de 1886 reconoció la preeminencia del interés público sobre el interés privado, pero como aplicación primordial del principio de la irretroactividad de la ley, consagrado por el mismo texto en relación con los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles. El artículo 30 de la codificación constitucional vigente repite estos principios, y agrega uno nuevo: el de la función social de la propiedad o más exactamente, de los derechos patrimoniales, función que implica obligaciones para los titulares de éstos.

Este principio tiene una triple proyección: faculta al legislador para dictar las normas con que juzgue necesario introducir restricciones de carácter social al derecho de propiedad; enseña a los asociados que no deben hacer uso de sus derechos sin condiciones a los intereses de la comunidad y a los derechos ajenos; y a los jueces manda interpretar las leyes y resolver las disputas patrimoniales con mira a esa finalidad.

Ejemplo de lo primero es el artículo 1º de la ley 200 de 1936, que introdujo una nueva cálidad en la posesión, para que la propiedad de la tierra realice mejor su función social; el 6º de la misma ley, según el cual el dominio agrario revierte a la Nación si no se posee económicamente, y las disposiciones del derecho minero al estatuír la carga de trabajar las minas so pena de perderlas. De lo segundo, las teorías del abuso de los derechos, de la imprevisión y de la apariencia, entre otras; y de lo tercero, el artículo 21 de la citada ley, que ordena a los jueces fallar los negocios de orden agrario sin autorizar o estimular por ningún concepto el enriquecimiento sin causa ni el abuso de los derechos, y por extensión lógica todas las controversias que hayan de recibir el servicio de la Justicia.

La función social es limitación al contenido de la propiedad y de los demás derechos constitutivos del patrimonio. El texto habla del primero, pero, una conjugación armoniosa de los derechos subjetivos, propios del ser humano y de los fueros de la comunidad y del hombre mismo, conjugación que ha nacido de la inconformidad universal con el individualismo abrupto del siglo XVIII, debe comprender todos los poderes concernientes a las cosas.

Se comprende, por tanto, que una responsabilidad sin culpa, en los casos de perturbaciones o daños excesivos, tiene obvio sustento en los artículos 669 del C. C., que impone al titular de la propiedad el deber de respetar el derecho ajeno, y en el 30 de la Carta que limita el dominio, en este caso sobre los bienes raíces, con la función social que implica obligaciones.

CAPITULO CUARTO

El caso sub judice

I

Se ha demandado el resarcimiento de perjuicios causados por las grietas y otros deteriores sufridos por el inmueble de la parte actora, ocasionados por el nuevo edificio del demandado.

No se trata, por tanto, del primer grupo de relaciones entre vecinos, pues no es el caso de servidumbre. Tampoco del segundo, ya que no se configura un abuso del derecho. Se trata del tercero, por haberse causado, con motivo de la edificación levantada últimamente, un perjuicio excesivo, superior a la tolerancia a que estaba forzado el vecino, en razón de la contigüidad de los fundos, perjuicio resultante de las anchas y largas grietas permanentes y otras averías, siendo así que las relaciones de vecindad no podían exigir que la actora las sufriera resignada. De haber sido pequeñas ranuras o desperfectos de poca importancia, la demandante no habría podido quejarse, y no se habría quejado seguramente, por caer ellas en el campo de la tolerancia obligada entre propietarios inmediatos.

No tenía que acreditar la actora la culpa del demandado. Podía haber de hecho una culpa, pero jurídicamente no era menester que la hubiese para fundar la obligación de reparar. Debía haberla si el problema se hubiese planteado en el campo del abuso del derecho, pero no se alcanza a ver esta posibilidad en quien edifica en su terreno, sometiendo la construcción a las normas dadas por la Administración Pública, y podía haberla también si se tratase del ejercicio de una servidumbre. Pero ,en el dominio de los actos extraños a los gravámanes reales y al abuso del derecho, o sea el de lós actos excesivos ejecutados en el inmueble, el factor culpa es ajeno, es decir, no se necesita para fundar la obligación de reparar el daño.

La sentencia pidió la prueba de la culpa erróneamente, por haber aplicado el artículo 2341, considerando que se trata del daño imputable a malicia o negligencia del dueño de la edificación. Para la demanda se trata de una responsabilidad extracontractual a secas, que ubicó en el mismo texto y en los siguientes. El fallo se limitó a exigir la prueba de los tres elementos: daño, culpa y causalidad, de los cuales encontró probado el primero. La demanda de casación localiza el caso en los artículos 2347 y 2349, que consagran presunciones de culpa, por hechos de otros. En este caso, la tesis de la parte actora expuesta en la demanda de casación y la de esta sentencia conducen al mismo resultado práctico, de modo que la culpa presumida, de la tesis del recurrente, no habiendo sido desvirtuada la presunción, equivale a la intrascendencia o negación de la culpa en esta relación de vecindad, sostenida en el presente fallo.

No puede casarse el fallo, sin embargo y a pesar de haber admitido la sentencia que las perturbaciones están probadas, porque falta la prueba de la causalidad, comoquiera que la apreciación que hace el Tribunal de los elementos probatorios, no puede ser removida por la Corte, debido a que la sentencia no fue atacada en casa-

ción por este aspecto. La falta de esta prueba significa que acreditadas las perturbaciones, no proceden ellas del terreno ni del edificio contiguos.

II

La sentencia niega que esté probada la causalidad, como fruto del estudio que hace de las pruebas, especialmente la de inspección ocular efectuada y la de peritos rendida extrajuicio.

El recurrente ataca el fallo, en este particular, en la forma siguiente:

"Si la señorita Perdomo Escobar demuestra en el juicio, con los documentos reconocidos a folios 1 de los cuadernos 1 y 2, y con las declaraciones de los doctores Jorge Arango Sanín, quien dice: 'Es cierto y me consta por lo dicho anteriormente que antes de iniciarse la construcción del edificio que colinda con el costado occidental de la casa 17-26, ésta propiedad se hallaba en perfecto estado'. Benjamín Gutiérrez Jaramillo, quien expresa: 'por lo dicho anteriormente sé y me consta que la casa permaneció en perfecto buen estado hasta el día que comenzó la construcción de tres pisos situada en el costado occidental de dicha casa... Igualmente sé y me consta, por estar habitando la casa que fue con ocasión de la construcción del señor Santiago Peña, situada en el costado occidental de la casa de la señorita Perdomo, que se presentaron grietas, desniveles, goteras, etc., que hicieron inhabitable la casa referida, para los ocupantes'. Inés Arango de Gutiérrez, quien declara: "Es verdad y por las razones anteriormente anotadas, que la casa citada se encontraba en perfecto buen estado hasta cuando empezó la construcción de un edificio de tres pisos, situado en el costado occidental... Es verdad y me consta de manera directa y personal, teniendo en cuenta las razones que he anotado, esto es, la de estar habitando la casa de la señorita Perdomo situada en la calle 73 Nº 17-26 de esta ciudad, que los agrietamientos, desniveles, goteras, etc., se presentaron en la citada casa a consecuencia de la construcción del edificio en el costado occidental de la citada casa, y por tales circunstancias tuvimos que cambiarnos, pues ya estaba inhabitable la casa'. (folios 3v. a 6, C. 2); que su casa estaba en perfecto estado el día de comenzar el señor Peña su edificio y que necesariamente fue con ocasión de esa construcción que los daños se produjeron en la propiedad de mi poderdante, se tiene establecida la relación de causalidad en el presente juicio, aun siendo presunta la culpa de la persona obligada a reparar los perjuicios.

"Estamos en presencia de la más diáfana relación de causalidad: la casa de la actora hasta el día de iniciarse la construcción del señor Peña estaba en perfecto estado y algo más, sus cimientos, sus paredes, sus pisos, su construcción en general serían bien estudiados y terminados, que en dos años que llevaba de edificada, no había presentado el menor desperfecto. Esto lo dicen sus propios inquilinos, personas de insospechada honorabilidad, miembros distinguidos de la sociedad de Bogotá y alejados de todo interés en el pleito. Si los daños se presentaron a raíz de la construcción del edificio vecino, es natural concluír que esa fue su causa directa; es decir, que fue con ocasión o motivo de la construcción de Peña que la casa de la actora se vió casi destruída".

Se sigue de los motivos del sentenciador para negar que estuviese acreditado el elemento dicho y de las razones expuestas por el recurrente para probar la presencia de tal elemento, que se trata de asunto de pruebas, o mejor, de apreciación de las consistentes en el acta de inspección ocular, el dictamen de peritos y las declaraciones de Jorge Arango Sanín, Benjamín Gutiérrez Jaramillo e Inés Arango de Gutiérrez; mas, no habiéndose atacado el fallo por error de hecho o de derecho sufrido por el Tribunal en lo tocante a esas probanzas, no puede variarse la estimación que hizo de ellas.

Por tanto, no se acoge el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Alicia Perdomo Escobar contra Santiago Peña Sánchez.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.— REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION CUANDO SE ACUSA POR ERRONEA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL JUICIO. — CUANDO ES POSIBLE VARIAR EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO EN ESAS PRUEBAS

1—No es aceptable en casación hablar de los testimonios del actor o del demandado, o de todos los testimonios de uno u otro, o de la prueba testimonial de tal o cual parte, o de las declaraciones sobre tal hecho Hay que precisar los testimonios, y en éstos destacar los pasajes cuya apreciación no se hizo o se hizo erróneamente.

2—La autonomía del juzgador de instancia en lo tocante a la tarea estimativa de las pruebas, es tal que sus conclusiones no pueden caer sino cuando el sentido o valor que se alega por el recurrente es el único que admiten las pruebas, como manifiesto, y el atribuído por el Tribunal es el único que no reúne esas condiciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte falla sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada con fecha 10 de octubre de 1952 en el juicio ordinario de Custodio Galarza y Evangelina Galarza Beltrán contra Graciliana González de Galarza, Pedro Beltrán Benavides, Reyes Melo, Antonio Melo y Nicolás Rivera.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

I

1.—Por medio de escritura pública Nº 35, de 4 de febrero de 1918, de la Notaría de Nocaima, fue protocolizado el juicio de partición material de los terrenos de "Chontocito" ubicados en el Municipio de Vergara en el Departamento de Cundinamarca.

2º—A Custodio Galarza, Evangelina Galarza Beltrán, Benito Antonio Galarza Beltrán y Parmenio Galarza Beltrán, los tres últimos hijos del primero, les fueron adjudicadas sendas cuotas en parte de los nombrados terrenos de "Chontocito", parte alinderada como aparece en la primera petición de la demanda.

3.—El Juez Municipal de Vergara entregó real y materialmente el 14 de octubre de 1914, la parte de "'Chontecito" que les fue adjudicada en proindiviso a los Galarza. Custodio Galarza la recibió en su nombre y en el de los demás comuneros, Evangelina, Parmenio y Benito Galarza Beltrán. Así consta en el citado instrumento público Nº 35, de 4 de febrero de 1918, de la Notaría de Nocaima.

4.—Después, el 22 de mayo de 1930, según escritura Nº 154, de la misma Notaría, el adjudicatario Parmenio Galarza Beltrán vendió su cuota al adjudicatario Benito Galarza Beltrán, de modo que en cabeza de éste continuaron de allí en adelante los dos derechos indivisos.

5.—Posteriormente murió este último y en su juicio mortuorio, abierto en el Juzgado del Circuito de Guaduas el 1º de diciembre de 1947, fue declarado heredero del causante su padre Custodio Galarza, también adjudicatario en aquella partición.

6.—La sucesión de Benito Antonio Galarza Beltrán no había sido liquidada a la fecha de la iniciación de este juicio; pero, no había duda entonces de que la propiedad indivisa recibida por los cuatro adjudicatarios, pertenecía: a Custodio Galarza, la cuota que le fue adjudicada; a la sucesión de Benito Galarza Beltrán, representada por Custodio, su padre legítimo, dos cuotas, o sean: la adjudicada a Benito y la adjudicada a Parmenio y que éste le vendió; y a Evangelina Galarza Beltrán la que le fue adjudicada en la misma división de "Chontecito".

7.—Así las cosas, y alegando que Graciliana González de Galarza, Pedro Beltrán Benavides, Reyes Melo de Rojas, Antonio Melo y Nicolás Ri-

vera se habían apoderado en forma irregular de los terrenos en referencia, Custodio Galarza y Evangelina Galarza Beltrán los demandaron en reivindicación, para que se les condenara a restituírles tales terrenos, a ellos o a la comunidad fundada por ellos y la sucesión de Benito Antonio Galarza, "íntegramente o en las cuotas que les corresponda"; o en subsidio, que a cada uno de los demandados se le condenase a restituir en particular un determinado cuerpo cierto; y se hiciesen declaraciones y condenas tocantes a la calidad de la posesión de los demandados, a la restitución de frutos y al pago de perjuicios y costas.

8.—Graciliana González de Galarza, Pedro Beltrán Benavides y Reyes Melo, se opusieron a la demanda y formularon las excepciones de inepta demanda, por indebida acumulación de acciones, de prescripción adquisitiva extraordinaria y la genérica del artículo 329 del C. J.

9.—En cambio, el demandado Nicolás Rivera dijo ser mero tenedor, como arrendatario de Macedonio Beltrán o Galarza; y el demandado Antonio Melo negó ser poseedor de porción alguna de los terrenos comprendidos en la reivindicación.

10.—Oportunamente la demandada Graciliana González de Galarza demandó en reconvención a Custodio Galarza, para que se declarase que es simulada, nula o inexistente la venta que mediante escritura número 154, de 22 de mayo de 1930, de al Notaría de Nocaima, hiciera Parmenio Galarza Beltrán a Benito Antonio Galarza Beltrán, de la cuota que al primero correspondió en la referida partición material.

11.—La sentencia del Juez del Circuito de Guaduas absolvió a Nicolás Rivera y Antonio Melo, por no hallarse obligados para con los demandantes, en cuanto a la reivindicación promovida; declaró que Graciliana González de Galarza y Reyes Melo de Rojas habían ganado por prescripción sendos fundos dentro del indiviso de "Chontecito", y que Pedro Beltrán Benavides había prescrito derechos o cuotas en cuatro lotes de terreno, también parte del fundo nombrado; negó lo pedido en la contrademanda y condenó en costas a la parte actora.

II

12.—Apelada esta sentencia el Tribunal Superior de Bogotá la revocó y dispuso en su lugar:

"**Primero.**—Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio opuesta por los demandados Graciliana González v. de Galarza, Pedro Beltrán Benavides y Reyes Melo, respecto de los predios determinados en los numerales a), b), c) y e) de la petición segunda de la demanda que sirve de base al presente juicio.

"En consecuencia se niega la demanda de restitución y demás consecuenciales incoadas en contra de dichos demandados.

"**Segundo.**—Por falta de prueba de los elementos estructurales de la acción niégase igualmente le demanda de reivindicación intentada contra Antonio Melo respecto del predio individualizado en el punto d) de la petición en referencia.

"**Tercero.**—Niéganse las declaraciones y condenas impetradas en la demanda de reconvención.

"**Cuarto.**—Condénase en las costas del juicio a los demandantes Custodio y Evangelina Galarza y Graciliana González v. de Galarza, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia'.

Recurrido en casación este fallo por l aparte demandante la Corte procede a desatar el recurso.

CAPITULO SEGUNDO

La casación. Causales y cargos

Como la sentencia declaró probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, propuesta por los demandados Graciliana González de Galarza, Pedro Beltrán Benavides y Reyes Melo, el recurrente, apoyado en la causal primera de casación, formula dos cargos semejantes en relación con la parte resolutiva concerniente a cada uno de aquellos demandados.

I

Relación con la demandada Graciliana González de Galarza

La sentencia declaró probada la excepción de prescripción adqisitiva del dominio, propuesta por la demandada González de Galarza, en relación con el fundo determinado bajo la letra a) de la petición segunda de la demanda.

Primer cargo

Se acusa el fallo por infracción directa de los

artículos 946, 947, 950 y 961 del C. C., y se apoya la acusación en dos argumentos:

1º—Hallándose probados los elementos de la acción reivindicatoria y de manera particular el derecho de dominio de la parte actora, al negarla el Tribunal quebrantó aquellas disposiciones. Y

2º—Habiendo dejado de apreciar el fallador "la prueba proveniente del contrato de compraventa celebrada entre Parmenio Galarza y Benito Antonio Galarza, mediante la escritura Nº 154 de 22 de mayo de 1930 de la Notaría de Nocaima, por la cual vendió a éste su derecho de dominio en el terreno de "Chontecito", así como la prueba del matrimonio entre el vendedor Parmenio Galarza y Graciliana González, la demandada, dejó de aplicar e infringió, por lo tanto, los citados artículos 946, 947, 950 y 961 del Código Civil. En realidad, estimada aquella prueba, junto con la que se desprende del acta matrimonial, ningún derecho puede asistir a la demandada Graciliana González v. de Galarza para oponerse, por sí ni como representante de sus hijos, al reconocimiento y eficacia del derecho de dominio reclamado por la parte actora sobre el terreno que posee y menos cuando ella misma ha afirmado que esa posesión corresponde, como se transcribió atrás, al derecho que Parmenio Galarza transfirió a Benito Antonio Galarza, venta que la demandada pretendió nula o simulada y que no fue declarada con vicio alguno. Por lo tanto, ha debido apreciarse la prueba que de tal contrato se desprende para reconocer el derecho del actor en el caso especial contra la demandada Graciliana González v. de Galarza, máxime cuando ésta se ha pretendido continuadora de la persona del vendedor Galarza, alegando para éste y para ella una prescripción adquisitiva de dominio que no existe".

La Sala se refiere a cada una de estas razones:

1ª—Al declarar la sentencia que se ha probado la excepción de prescripción, es que ésta se ha consumado como modo de adquirir la propiedad Entonces se ha extinguido en el derecho de los titulares en contra de quienes se cumplió la prescripción. En estas circunstancias carece de sentido afirmar que la acción propuesta reúne sus elementos constitutivos, pues uno de ellos —el más importante— que es el derecho en quien la intenta, no existe ya.

Ante la usucapión todo título caduca. Es el modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales en general, que no deja nada atrás, que cierra una historia pra abrir otra. Por eso se le sigue considerando como forma constitutiva de adquirir. Dá el derecho que no se tiene; sanea la propiedad de todo vicio, constituye la mejor prueba del derecho y lleva seguridad y sosiego a los hombres. No hay medio adquisitivo de más altos, eficaces y múltiples fines. Puede decirse de ella que cumple en el derecho privado una función social inmensa, incomparable.

De esta suerte, ante la prescripción adquisitiva del dominio, lograda como lo mandan las normas objetivas, los títulos anteriores, por completos que sean, por largo que sea el tiempo que cubran y por riguroso que sea el encadenamiento de las inscripciones, habrán perdido toda eficacia.

2.—No obstante que el recurrente, después de decir que el cargo consiste en "infracción directa y por no haber aplicado los citados textos", en el aparte b) de este primer cargo insinúa el de error en la apreciación de las pruebas, por haber dejado de considerar la escritura Nº 154 de 1930 (venta de Parmenio Galarza Beltrán a Benito Antonio, su hermano, y la partida de matrimonio del primero con Graciliana González).

Como infracción directa o falta de aplicación de la ley, tal como fue formulado el cargo, es improcedente alegar que se ha dejado de estimar ésta o aquélla prueba, porque la acusación es de violación directa de la ley y no a través de las pruebas.

Si el cargo envuelve ambas cosas, es de observar que no califica el recurrente esa falta de apreciación, de error de hecho o de derecho, como es de rigor en casación.

Mas, si se tiene por error de hecho, juzgando con amplitud la acusación, en ningún caso podría dar lugar a infirmar la sentencia, puesto que la apreciación de los diversos testimonios que el Tribunal tuvo en cuenta para llegar a la conclusión de que la demandada Graciliana González de Galarza había probado la excepción de prescripción, en nada se quebranta por no haber considerado y valorado aquellos instrumentos.

La venta de Parmenio Galarza Beltrán a Benito Antonio, su hermano, efectuada en 1930, nada prueba contra la posesión de Graciliana, puesto que uno es el campo de los actos jurídicos, de los títulos y de las inscripciones, y otro el de la posesión material, que se realiza directamente sobre las cosas, por medio de actos materiales de goce y transformación. Parmenio vendió su cuota a Benito Antonio; pero como la transferencia del derecho indiviso se efectúa por la inscripción, que es formalidad que se cumple sobre los libros del Registro, ello no afecta la posesión material

que sobre el terreno estuviere ejerciendo a la sazón otra persona. Dicho título, como los demás invocados por la parte actora, carecen de mérito para acreditar el dominio o el condominio adquirido antes de la posesión de la demandada Graciliana, a causa de la usucapión que ella consumó sobre un cuerpo cierto.

No se acoge, por tanto, el cargo.

Segundo cargo

Este cargo ataca la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas de la posesión, base de la usucapión.

Dice el recurrente que "absolutamente todos los testigos que rinden declaración sobre la pretendida posesión por parte de la demandada Graciliana González, en relación con el inmueble que de ella se reclama, afirman que quien poseyó materialmente ese terreno hasta su fallecimiento fue Parmenio Galarza".

En primer lugar, no es aceptable en casación hablar de los testimonios del actor o del demandado, o de todos los testimonios de uno u otro, o de la prueba testimonial de tal o cual parte, o de las declaraciones sobre tal hecho. Hay que precisar los testimonios, y en éstos destacar los pasajes cuya apreciación no se hizo, o se hizo erróneamente. Es sistema muy cómodo acusar la tarea del sentenciador en esa forma global e indeterminada, pero es ineficaz en este recurso.

En segundo lugar, los testigos de que se trata, como puede verse en el cuaderno 2º, no dicen que quien poseyera el fundo hasta su muerte, fuera Parmenio Galarza Beltrán, sino la demandada Graciliana, quien después siguió poseyéndolo con sus hijos, los mismos de aquél. De esta suerte, carece de todo apoyo en los autos el cargo formulado. Es más: es posible que algunos pasajes de las declaraciones referidas puedan excitar el sentido crítico del intérprete y que la crítica llegue a tener un fundamento; pero de allí a que el sentenciador haya incurrido en error de hecho al apreciarlas, tal como el error debe ser en este recurso, es decir, evidente, manifiesto, cierto, vale decir, que la única valuación posible sea la de la crítica formulada, por ser la que reúne aquellas calidades de verdad incontrastable, hay un abismo, y por esta causa la apreciación hecha en el fallo ha de permanecer en pie. La autonomía del juzgador de instancia, en lo tocante a la tarea estimativa de las pruebas, es tal que sus conclusiones no pueden caer sino cuando el sentido o valor que se alega por el recurrente es el único que admiten las pruebas, como manifiesto, y el atribuído por el Tribunal es el único que no reúne esas condiciones.

La Sala, empero, se refiere brevemente a algunas de las razones con que el recurrente sustenta el cargo:

a) No era óbice para que Graciliana poseyese el terreno, el que a Parmenio se le hubiere hecho adjudicación de su parte en la división que fue protocolizada por medio de la escritura Nº 35, de 4 de febrero de 1918, de la Notaría de Nocaima, porque una cosa es ser titular de una cuota en heredad común, y otra es poseer, no la cuota, sino la tierra mediante hechos positivos y materiales, de inequívoca significación posesoria.

b) Tampoco era impedimento, se repite, para poseer un predio materialmente el hecho de que el dominio de ese predio y con mayor razón una cuota indivisa, se hubiese enajenado a otro, aquí Benito Antonio Galarza Beltrán, comprador de Parmenio, según escritura Nº 154, de 22 de mayo de 1930, de la citada Notaría, porque a espaldas de las inscripciones en el Registro Público marcha con frecuencia la posesión material que pone al hombre en contacto con las cosas y que logra el milagro de sus vastos y profundos efectos.

c) La venta mencionada, de una cuota, no quiere decir necesariamente que Parmenio fuese el poseedor de un cuerpo cierto en el indiviso adjudicado a Custodio Galarza y a sus hijos; ni que por ello tuviese que concluír la posesión de Graciliana, pues, como antes se dijo, no siempre van de brazo las inscripciones y la posesión material.

En resumen: el cargo de error de hecho formulado a la estimación que hiciera el Tribunal de la prueba testimonial sobre la posesión de la demandada Graciliana González de Galarza, carece de fundamento, así como la infracción alegada de los artículos 778, 2512, 2521 y 2531 del C. C., y por tanto, es improcedente el recurso contra la sentencia en cuanto declaró acreditada la excepción propuesta por aquélla.

II

EN RELACION CON EL DEMANDADO PEDRO BELTRAN BENAVIDES

Primer cargo

El fallo declara probada la excepción de prescripción adquisitiva de tres lotes de terreno alin-

derados como aparece del aparte b) de la petición segunda de la demanda.

Al repetir el recurrente en este punto el primer cargo formulado en relación con la parte de la sentencia que toca con Graciliana González de Galarza, la Sala repite las consideraciones que expuso al respecto, para declararlo infundado. Los elementos de la acción reivindicatoria no pueden actuar cuando la posesión ha consumado una prescripción adquisitiva.

Segundo cargo

En relación con el segundo cargo, lo formula así el recurrente:

"Y el segundo cargo comprende el mismo error de hecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto que no es posible sin incurrir en aquél, dar por establecida una continuidad en la posesión de un determinado causante, **Macedonio Beltrán**, sin que aparezca título o forma alguna de la trasmisión del derecho, en cuyo ejercicio se dice existe la continuidad. Los testimonios dicen relación a Macedonio Beltrán, en cuanto a determinada posesión, pero esos testimonios no pueden ser apreciados ni en cuanto al vínculo sucesoral del demandado Pedro Beltrán Benavides, ni en cuanto a la trasmisión a éste del derecho mismo de continuar la posesión de aquél. Por este error de hecho se llegó, por lo tanto, a la violación, en este caso, de los artículos 2512 y 2531, 778 y 2521 del Código Civil, por haber declarado en favor de Pedro Beltrán Benavides la prescripción, siendo así que no está demostrada la posesión continua por él, ni la trasmisión de quien la pretende, por el lapso de treinta años, requerido para tal prescripción".

1.—En lo que respecta a la prueba de la posesión, ejercida ésta, primero por Macedonio Beltrán o Galarza, hijo natural de Sagrario Beltrán, y después por Pedro Beltrán Benavides, hijo de Macedonio, el sentenciador no incurrió en error de hecho evidente en los autos, porque los testigos declaran sobre los hechos constitutivos de esa posesión, ejecutados por un espacio mayor de treinta años. La Sala repite aquí las razones por las cuales no aceptó el cargo de error de hecho en la estimación de las pruebas de la posesión de Graciliana de Galarza, que se sintetizan en la imposibilidad de que se configure en la estimación de esas pruebas, un error de hecho tan manifiesto y deslumbrante, que la conclusión contraria sea la única posible y se imponga a la mente del juez con fuerza incontrastable.

2.—En lo tocante al hecho de haber poseído primero Macedonio Beltrán o Galarza, hijo natural de Sagrario Beltrán, y después Pedro Beltrán Benavides, hijo de Macedonio (desde la muerte de éste acaecida en 1940), completando entre los dos lapsos la época requerida por la usucapión extraordinaria, el cargo no podía ser de error de hecho en la estimación del haz probatorio concerniente a la posesión, sino por infracción directa por no haberlos aplicado al caso, de los artículos 778 y 2521 del C. C., que consagran el fenómeno conocido con el nombre de adición o accesión de posesiones. La posesión a lo largo del término legal, está probada, y el cargo de error de hecho manifiesto, contra la valoración de los testimonios, carece de soporte en el recurso. Mas no así la conexión entre las dos épocas posesorias, que debió ajustarse a las formas regulares de la sucesión por acto entre vivos o por causa de muerte, a título universal o singular, según reiterada doctrina de la Corte, conexión que en autos no aparece, ciertamente. Pero, se repite, el cargo no podía proponerse por error de hecho, ni siquiera por error de derecho en la apreciación de las declaraciones de testigos sobre el hecho de la posesión, sino por violación directa de aquellos textos.

IIII

En relación con la demandada Reyes Melo

En relación con el primer cargo, que es el mismo de las acusaciones anteriores, la Sala reproduce lo expuesto.

En cuanto, al segundo, que se refiere igualmente a la prueba de la posesión, y que consiste en errores de hecho, manifiestos y evidentes en autos, en la estimación de las pruebas aducidas para acreditar el hecho de la posesión treintenaria alegada por la demandada Reyes Melo, no cometió el sentenciador error alguno de esta especie. Los testigos declaran sobre los hechos posesorios ejecutados por ella y su marido, primero, y luego por ella exclusivamente, durante el tiempo requerido para prescribir con prescripción extraordinaria, en la estimación de tales testimonios no hay duda de que el sentenciador no incurrió en error de esta especie.

La circunstancia de haber poseído el bien la demandada, en un tiempo, en asocio de su mari-

do, no le quita fuerza a su pretensión, pues el único efecto que tal hecho podría producir sería el de una prescripción en común, punto que no fue materia del pleito por la razón, entre otras, de no existir quien esté interesado en una declaración semejante.

No proceden tampoco, en consecuencia, los cargos contra este aspecto de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Custodio Galarza y otro contra Graciliana González v. de Galarza y otros.

Las costas del recurso a cargo de los demandantes.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

LISTA DE CONJUECES ELEGIDOS POR ACUERDO Nº 13 DE LA SALA PENAL DE LA CORTE, DE FECHA 10 DE LOS CORRIENTES PARA EL RESTO DEL PERIODO LEGAL EN CURSO:

1—Carlos Arango Vélez

2—Jorge Gutiérrez Gómez

3—Jorge E. Gutiérrez Anzola

4—Carlos Arturo Díaz

5—Octavio Laserna Villegas

6—Rafael Quiñones Neira

7—Pedro Arturo Sanabria

8—Alejandro Camacho Latorre.

Bogotá, 12 de agosto de 1.954.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO

La respuesta del jurado: "Sí es responsable, de homicidio involuntario", traducida al lenguaje jurídico, no puede convertirse necesariamente en un homicidio ultraintencional, porque ello equivaldría a sostener que cada vez que se asevera la involuntariedad de aquel delito significa que el ejecutor debe responder por lesiones. Lo cual no es así. Es verdad que al negar el propósito de matar en quien da muerte a otro se puede estar afirmando en forma implícita que la intención fue distinta. Entonces, lo aconsejable es interpretar el pensamiento del jurado repasando los medios persuasivos de que él dispuso para conocer el fondo de su determinación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia del dieciseis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, reformatoria de la del Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, fechada el dieciocho de agosto del año que se acaba de citar, le impuso —de conformidad con el artículo 365 del Código Penal— cinco años de presidio a Roberto Arias, como autor de la muerte de Jesús A. Bejarano, ocurrida en la cantina de Pedro Acuña, en Toca, en la noche del veintiuno de julio del año anterior, creyendo en esa forma interpretar legalmente el veredicto que el Jurado, a continuación de las audiencias públicas celebradas en los días dieciocho, dieecinueve y veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, pronunció unánimemente, declarando responsable al procesado de "homicidio involuntario".

La demanda

Conoce de este fallo la Sala Penal de la Corte con motivo del recurso de casación interpuesto por el defensor de Roberto Arias, doctor Jacinto Rodríguez Suárez, quien invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y las sustenta alterando el orden en que se acaban de enunciar, pues principia él por la tercera, que es en realidad la base de la imputación.

Dice, con referencia a ella, que si al Jurado no se le interrogó sobre la figura jurídica denominada homicidio preterintencional y su respuesta envuelve esa infracción la sentencia se puso en desacuerdo con el veredicto y, por consiguiente, debe absolverse a su patrocinado o, en subsidio, declararlo incurso en culpa, porque así queda mejor traducida al lenguaje forense la contestación de los jueces de conciencia.

Esto lo deduce no sólo del término "involuntario" que aparece en el veredicto, sino del modo como se realizó el hecho: un ebrio que tenía por constumbre disparar su revólver cuando se encontraba en ese estado y que en la noche de autos, al repetir sus peligrosos alardes, tuvo la mala suerte de que uno de los proyectiles disparados sin propósito de matar ni de herir alcanzara a un buen amigo suyo, quien, además, se encontraba en ese momento conversando con la esposa del infractor. Razón que añade para relievar la indeterminación del procesado y la ausencia de todo deseo de causar daño cierto a persona alguna.

Concluye este capítulo, después de extensa exposición sobre las funciones del Juez de Derecho, que no van hasta introducirle al veredicto modificaciones sobre la responsabilidad, pues todo lo que se relacione con este punto queda al arbitrio del Juri y no sometido —fuera de la declaración de contraevidencia— a desconocimiento del sentenciador, a quien sólo le corresponde ajustar a la ley la determinación de aquél y graduar la pena— en consonancia con las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que se hayan comprobado, solicitando que se declare

probada esta causal, puesto que la sentencia se halla en desacuerdo con el querer del Jurado, que es el motivo de la acusación.

CAUSAL PRIMERA

Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por error de interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Sostiene el recurrente que el fallo acusado viola los artículos 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal. El primero porque dicho fallo no se dictó de acuerdo con la calificación que el Juri les dió a los hechos; y el segundo porque en los juicios surtidos mediante debate público al Juez de Derecho no le corresponde sino apreciar y calificar las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, siempre que no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

Agrega que también se violó el artículo 365 del estatuto punitivo, porque para condenar a Arias se acudió a una disposición inaplicable, habida cuenta del contenido sustancial del veredicto.

CAUSAL SEGUNDA

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Asevera el recurrente que para optar el fenómeno de la preterintención se sacrificó en la sentencia el verdadero valor de los hechos, haciéndolos aparecer como encaminados hacia un determinado fin, el de herir, lo que no se deduce en buena lógica ni de los términos del veredicto ni de ninguno de los elementos del proceso.

Concepto del Ministerio Público

En forma no menos extensa a la usada por el demandante se ocupa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los diversos aspectos de la cuestión planteada en el escrito acusatorio. Será, por lo tanto, necesario intentar también el resumen de sus argumentos.

Prolijamente estudia él las bases de la causal tercera, sobre la cual vuelve a cada paso, lo que es muy explicable, puesto que ella, no obstante haber sido presentada en asocio de otras dos, constituye la esencia del problema motivo del recurso, y dice en concreto que "al afirmar el Juri la responsabilidad del encausado Arias por homicidio involuntario, ciertamente desalojó toda posibilidad de entrar a considerar el dolo". De donde resulta inadmisible —continúa— aplicarle al delincuente la sanción prevista para un delito (el contemplado en el artículo 365 del Código Penal) no considerado en la respuesta del tribunal popular o solución acomodaticia que lleva a solicitar que se case la sentencia por estar probada la causal de que se ha hecho mérito, en su segunda parte, o sea por hallarse aquélla en desacuerdo con el veredicto.

Al formular esta solicitud no llega, sin embargo, hasta el límite en que el demandante —en su primer intento sitúa el caso (absolución del acusado), pues encuentra más acorde con el pronunciamiento de la voluntad del Juri sancionar a Arias como autor de un homicidio culposo, para lo cual hay base cierta, no sólo por las modalidades del hecho, de por sí indicativas de los elementos integrantes de dicha figura delictuosa, sino también porque en los debates se aludió a aquella posibilidad; y así, el Jurado, al declarar a Arias responsable de "homicidio involuntario", claramente se determinó por tal forma de delito.

También, en su concepto, prospera subsidiariamente la causal primera, "pero únicamente en cuanto a los cargos que se concretan a la violación de los artículos 365 y 12 del C. P., 1º de la Ley 164 de 1938, 480, 499 del C. de P. P.".

Termina proponiendo, para reemplazar la del fallo acusado, la sanción impuesta en la primera instancia, o sea un año de prisión como principal y como accesorias las fijadas en la misma sentencia.

El homicidio preterintencional

Como se desprende de su misma etimología, en el homicidio preterintencional el resultado va más allá del fin que se propuso el infractor, superando su propósito, consistente apenas en causar un mal menos grave que el de la muerte. Y este propósito se descubre, más que por la desnuda afirmación del agente del delito, por los medios de que se valió para perpetrarlo. Así, por ejemplo, en el acto de quien de un puñetazo suprime la vida de otro no se revela —por el desacuerdo entre el medio y el hecho ocasionado —el deseo de matar, salvo que se demuestre, por antecedentes análogos, que los puños del agresor eran de tal manera destructores que él sabía de antemano la naturaleza del daño que al usarlos iban a producir. En cambio, muy otro sería el supuesto si la lesión se causó con arma de fuego, un revólver, verbi gracia, disparado a cualquier parte vital del cuerpo humano.

Pero lo importante para el caso que se estudia

no está en distinguir los elementos constitutivos del homicidio preterintencional, puesto que no se trata de establecer diferencias entre dos hechos juzgados en un mismo proceso. Lo que interesa es dejar completamente esclarecido que siempre en esta clase de ilícitos hay un propósito definido y un resultado imprevisto. De ahí que algunos autores —Irureta Goyena entre otros— hayan dicho que el homicidio preterintencional es una mezcla de dolo y de culpa: dolo respecto de la lesión y culpa respecto de la muerte.

Consecuente con este concepto, el Código Penal indica, en su artículo 365, una sanción disminuída de una tercera parte a la mitad con respecto del delito contemplado en el artículo 362 ibidem, para el que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro. Aquí el dolo no es eventual, y por eso no se puede admitir la tesis de que ultraintención y dolo eventual sean lo mismo. Actitudes sí habrá en que la eventualidad del dolo se aprecie con más o menos precisión, como sería la de quien hiciera fuego sobre una multitud, puesto que si eventual es lo incierto, lo contingente, de esa naturaleza quizá sería la que se cita como ejemplo. Mas, se repite, la ley penal colombiana requiere que siendo manifiesto el propósito de lesionar se cause, sin embargo, la muerte.

El veredicto

El Jurado, al que se le interrogó acerca de si Roberto Arias Avila era responsable de haber dado muerte intencionalmente a Jesús A. Bejarano Jaramillo, "por medio de una herida causada con arma de fuego de corto alcance", contestó así: "Sí es responsable, de homicidio involuntario".

Traducida esta fórmula al lenguaje jurídico, no puede convertirse necesariamente en un homicidio preterintencional, porque ello equivaldría a sostener que cada vez que se asevera la involuntariedad de aquel delito significa que el ejecutor debe responder por lesiones. Lo cual no es así. Es verdad que al negar el propósito de matar en quien da muerte a otro se puede estar afirmando en forma implícita que la intención fue distinta. Entonces, lo aconsejable es interpretar el pensamiento del Jurado repasando los medios persuasivos de que él dispuso para conocer el fondo de su determinación.

En el homicidio de propósito la acción está dirigida por la voluntad hacia un determinado fin; en el preterintencional el resultado no correspondió a ese fin. Lo cual quiere decir que debía ser otro y no uno cualquiera, como el de amenazar, atemorizar, sorprender, etc. sino precisamente uno concreto: el de lesionar.

La expresión "homicidio involuntario" que empleó el Tribunal popular es precisa y concreta en cuanto a un delito contra la vida. Arias Avila mató involuntariamente a Bejarano Jaramillo. Esa fué la respuesta. De allí no debe deducirse categóricamente que apenas quiso herirlo, porque ni hay elemento de juicio que respalda ese supuesto, ni en la contestación se deja lugar apreciable para el desplazamiento que el sentenciador de segunda instancia realizó acogiéndose a la hipótesis no solamente menos favorable, sino la menos indicada.

Si la culpa es el extremo opuesto a un intento definido, negado éste y no por simple substración sino en virtud de reconocimiento expreso de la figura contraria, mas cabe considerar aquel fenómeno que acudir a otro que surge más forzadamente del contenido sustancial del veredicto. Y por ello procede condenar, no absolver, como lo quiere el autor de la demanda, porque la responsabilidad está afirmada y no aparece la excusa justificativa correspondiente, pues si la excusa opera como inhibidora de la responsabilidad, debe también declararse por qué se excusa o se justifica el delito.

Es claro que —jurídicamente—, no todo lo involuntario es por fuerza culposo. Porque si la culpa indica negligencia, que es una forma de imprevisión pasiva, o imprudencia, que es una forma de imprevisión activa, en donde la voluntad no se exterioriza en ningún sentido no cabe hablar con propiedad de imprudencia o de negligencia. Pero esto es en términos jurídicos. En el lenguaje del Jurado, al que no sólo no obliga el uso de términos técnicos, sino que deben estar proscritos de su función de auxiliar de la justicia, porque de otra manera se desnaturalizaría y perdería gran parte del valor que a ella se le concede cuando se procura apartarla de la atribuída a los Jueces de Derecho, siempre se ha entendido que un homicidio ocasionado, v. g., en accidente de automóvil contra los reglamentos de tránsito equivale a uno involuntario, y ante la justicia a un homicidio culposo. Y lo mismo puede decirse del imputado a Arias, pues al disparar su revólver en sitio concurrido, aún sin dirigirlo contra nadie, reveló la ausencia de aquellas cualidades de previsión que regulan la conducta humana.

De conformidad con lo que sobre el problema

se ha expresado muy concisamente, tratando de evitar razones o argumentos que lo extiendan innecesariamente, hay que convenir en que prospera la causal tercera invocada y sustentada en la demanda y, por consiguiente, debe invalidarse el fallo acusado y reemplazarlo por otro, pues ésta es la consecuencia del reconocimiento de dicha causal.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que se adopte el pronunciado por el Juez de primer grado. Pero ocurre que este funcionario partió de una base equivocada para graduar la pena imponible. En efecto, él tuvo en cuenta el artículo 370 del Código Penal, que está reformado por el artículo 1º de la Ley 164 de 1938. En aquella disposición (artículo 370) la pena mínima es de un año de prisión, mientras que en la segunda (artículo 1º, Ley 164 de 1938) es de seis meses, la cual no se le debe imponer a Arias por sus antecedentes penales, pues hay constancia de que ha sido sumariado por otros delitos (lesiones, tentativa de homicidio, robo (folios 67, 73 75 y 78, cuaderno 1º) y porque concurre en el hecho ejecutado por él la característica muy adecuada del numeral 14 del artículo 37 del estatuto punitivo, o sea "haberse ocasionado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible".

La Sala considera entonces que debe fijarse a Arias una pena de diez meses de prisión como privativa de la libertad.

CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA

Ha dicho la Corte que el error en la sanción que es el caso más claro y frecuente de aplicar en forma indebida la ley penal —depende de diversas causas previstas como motivos de casación, las cuales repercuten en la causal primera o se reflejan en ella. Así, pues, en el presente caso, habiendo prosperado la tercera, de hecho queda la primera demostrada, sin necesidad de estudio. Y otro tanto puede decirse de la segunda, que, además, no es pertinente en los juicios en que interviene el Jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en el fondo con el parecer del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º—INVALIDASE la sentencia del dieciseis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en la que se condenó a Roberto Arias Avila a la sanción principal de cinco años de presidio y a las accesorias complementarias pertinentes, como responsable de la muerte de Jesús A. Bejarano Jaramillo, hecho ocurrido en la población de Toca en la noche del veintiuno de julio de mil novecientos cincuenta y uno; y

2º—CONDENASE a dicho procesado a **diez (10) meses de prisión** y a las accesorias contenidas en el fallo del Juez Tercero Superior de la ciudad nombrada, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones es también por el término de diez meses.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Carlos Arango Vélez.— Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello R. Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD.— PREVARICATO

1—Parece que el juicio especial de alimentos regulado por el estatuto de menores, es una decisión provisional y no definitiva, pues los derechos de las partes —se repite— quedan a salvo para hacerlos valer dentro de un juicio contradictorio, y nó en éste especial, en el cual, únicamente, se busca una medida rápida y efectiva para que los padres que descuidan sus deberes, los cumplan mediante actos provisionales emanados de la Justicia de Menores.

2—Los cargos de concusión y cohecho, como los de prevaricato y abuso de autoridad, cuando se trata de INTERPRETAR LA LEY con un sentido de responsabilidad y de buena fe, con el afán de buscar en su letra y en su espíritu el derecho que más se acomode a la realidad de los preceptos legales, son inexistentes. La discrepancia de criterios o la disconformidad de opiniones entre el juzgador y las partes sobre puntos de interpretación de la ley o aplicación de la misma en un caso determinado, no puede ser —en ningún caso—materia de delitos. Es el abuso de funciones y la conducta indebida del funcionario en el sentido de violar la ley bien sea en beneficio personal o en el de terceros, o el incumplimiento de sus deberes especiales, lo que en cada caso puede tipificar los delitos a que hace referencia la denuncia. La simple interpretación de un precepto legal sin intención dolosa, o el desacuerdo entre el Juzgador y las partes en la apreciación de un punto de derecho, no está erigido por la ley en hecho delictuoso.

..."No basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de instancia ni entre éstos y los litigantes —ha dicho la Corte—para deducir el abuso de autoridad, porque los Jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana".

"Ni basta tampoco el error de la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presupone, mayormente ha de supomerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciaciones ni el error, demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Sería necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la actuación criminosa en las actuaciones judiciales" (fallo de octubre 1º de 1943 Gacetas números 2064-2065).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Por consulta, la Corte revisa la providencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, de fecha febrero diez y nueve (19) de mil novecientos cincuenta y tres (1953), por la cual se pone fin a las presentes diligencias, mediante aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes:

Consuelo Díaz de Lozano, en representación de sus hijos menores Margarita y Osías Lozano, formuló demanda de alimentos ante el Juez de Menores de Quibdó contra el doctor Osías Lozano Quintana. El Juzgado de Menores admitió la demanda y ordenó se tramitara de acuerdo con lo dispuesto en la ley 83 de 1946, (orgánica de la Defensa del Niño).

Dentro del juicio, el demandado propuso excepciones y manifestó que se abstenía de contestar la demanda porque —en su concepto— el Juzgado no era competente para conocer del negocio; por consiguiente, el Juez había usurpado jurisdicción y estaba violando la ley. Las excepciones no fueron resueltas de acuerdo con la petición del demandado.

Este proceder —dice la denuncia— viola las disposiciones de los artículos 157, 165 en armo-

nía con el 168 y 171 del Código Penal "pues a sabiendas y en connivencia con la demandante, adelanta un proceso que está fuera de los lindes de su jurisdicción; un proceso civil desde luego".

En síntesis, en contra del doctor Rito Ricardo Beltrán Reyes, Juez de Menores en ese entonces —dice el denunciante— "cometió los delitos de concusión,— cohecho, prevaricato y abuso de autoridad".

Sentencia

Adelantada la correspondiente investigación y allegada la prueba pertinente, el Juzgado ordenó correr traslado del negocio al Fiscal del Tribunal, y éste opinó que era el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, concepto que fue aceptado por el Tribunal y se dictó la providencia objeto de la presente consulta.

Se considera:

La ley 83 de 1946, es el estatuto orgánico de la defensa y protección del niño y dentro de ella están comprendidos la mayoría de los problemas que se relacionan con la jurisdicción de los menores. Es un estatuto de aplicación preferencial para todos aquellos casos relacionados bien sea con la delincuencia, o con las medidas de protección que necesitan los menores de edad.

En el capítulo de los alimentos, se consagran el derecho que el niño o menor de edad tiene por ministerio de la ley a disfrutar de las condiciones necesarias para obtener su desarrollo corporal, educación moral e intelectual y bienestar social, y como consecuencia de ésto dice la ley: "Los padres están obligados al sostenimiento de los hijos" y el incumplimiento de estas obligaciones da derecho a que ellos sean compelidos a prestarlos de acuerdo con las disposiciones del mencionado estatuto.

De manera que la interpretación de la ley por una parte, y su correspondiente aplicación, por otra, no entraña violación alguna de la ley penal, máxime si se tiene en cuenta que los derechos de las partes quedan a salvo para hacerlos valer ante las respectivas autoridades civiles, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 83 y 84 de la ley que se comenta. En estas condiciones —parece— que el juicio especial de alimentos regulado por el estatuto de menores, es una decisión provisional y no definitiva, pues los derechos de las partes —se repite— quedan a salvo para hacerlos valer dentro de un juicio contradictorio, y no en éste especial, en el cual, únicamente, se busca una medida rápida y efectiva para que los padres que descuidan sus deberes, los cumplan mediante actos provisionales emanados de la Justicia de Menores.

Los cargos de concusión y cohecho, como los de prevaricato y abuso de autoridad, cuando se trata de **interpretar la ley** con un sentido de responsabilidad y de buena fe, con el afán de buscar en su letra y en su espíritu el derecho que más se acomode a la realidad de los preceptos legales, son inexistentes. La discrepancia de criterios o la disconformidad de opiniones entre el Juzgador y las partes sobre puntos de interpretación de la ley o aplicación de la misma en un caso determinado, no puede ser —en ningún caso— materia de delito. Es el abuso de funciones y la conducta indebida del funcionario en el sentido de violar la ley bien sea en beneficio personal o en el de terceros, o el incumplimiento de sus deberes especiales, lo que en cada caso puede tipificar los delitos a que hace referencia la denuncia. La simple interpretación de un precepto legal sin intención dolosa, o el desacuerdo entre el Juzgador y las partes en la apreciación de un punto de derecho, no está erigido por la ley en hecho delictuoso.

"No basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de instancia ni entre éstos y los litigantes —ha dicho la Corte— para deducir el abuso de autoridad, porque los Jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana".

"Ni basta tampoco el error de la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presupone, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciaciones ni el error, demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Sería necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la actuación criminosa en las actuaciones judiciales" (Fallo de octubre 1º de 1948 Gacetas números 2064-2065).

Como en la sentencia se omitió hacer la declaración por la cual se ordena cesar el procedimiento, tal como la prescribe el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, la Corte habría de subsanar la omisión.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— ad-

ministrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por la cual se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Rito Ricardo Beltrán Reyes, con la condición de que los hechos imputados no se configuran como delitos dentro de la ley penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.— Jesús Estrada Monsalve.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

La recusación o el impedimento proveniente del hecho de haber el Juez o Magistrado o Agente del Ministerio Público "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", es no sólo la opinión que se emite fuera de la función jurisdiccional, sino, también aquella que como funcionario en las categorías anotadas puede emitir dentro del proceso sometido a su estudio y consideración. Es la garantía de imparcialidad dentro de los fallos o conceptos de fondo lo que la ley tutela en guarda de los intereses del Estado y de los derechos de las partes que intervienen en el proceso.

Pero esa opinión, concepto o parecer respecto del hecho investigado tiene que tener una forma concreta de realización, y ésta no puede ser otra que la expresión escrita en un acto propio de sus funciones como manifestación de su pensamiento y como concreción de la idea formada sobre las diversas modalidades del hecho, de la imputabilidad o responsabilidad de las personas acusadas.

El simple concepto u opinión emitido por el funcionario en una providencia o auto que no sea de fondo —libertad provisional— susceptible de ser modificada, no es la opinión que la ley erige como causal de recusación o impedimento; es necesario que el concepto verse sobre providencias sustanciales como serían auto de proceder o petición de llamamiento a juicio, para que prospere la causal de recusación.

En el presente caso, el funcionario impedido emitió su opinión sobre un tema fundamental del proceso, analizó los hechos y las pruebas referentes a la imputabilidad de los acusados, y como consecuencia de ellos solicitó se les llamara a responder a juicio. Tan acorde con la realidad procesal sería su concepto, que el Juzgado acogió sus puntos de vista y dictó el correspondiente auto de proceder. Dentro de estas circunstancias en el Magistrado impedido existe una opinión o concepto que lo vincula directamente a las consecuencias del proceso; su pensamiento y puntos de vista como criterio de orientación no se han modificado, pues resultado directo de ello es la sentencia condenatoria que se trata de revisar.

Lo que ocurre es que el Tribunal apreció equivocadamente la tesis de la Corte, porque en la providencia que se transcribe para negar el impedimento se estudiaba, precisamente, la opinión manifestada en un auto de libertad provisional, casos en los cuales no es admisible el impedimento, pero en éste, el problema es diferente, porque el impedimento invocado es por haber emitido opinión en una providencia en que se pide llamamiento a juicio, caso diferente a aquél, y en los cuales sí es operante el impedimento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Para que la Corte en ejercicio de la función conferida en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, resuelva sobre la legalidad del impedimento manifestado por el doctor Jesús María Fontalvo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla remite a esta Entidad el negocio adelantado contra Enrique Vélez Pérez y Bernardo Alvarez Montoya.

Antecedentes:

En providencia de julio doce (12) de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), el doctor Fontalvo Fontalvo se declara impedido para conocer del presente negocio —en su calidad de Magistrado— por haber emitido concepto de fondo —solicitud de llamamiento a juicio cuando desempeñaba las funciones de Fiscal del Juzgado Primero Superior de ese Distrito Judicial (vista fiscal folios 186 a 188).

La Sala Dual del Tribunal, al calificar el impedimento en auto de seis (6) de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), declara infun-

dado el impedimento, porque la opinión emitida por el funcionario en el sentido de que se llame a responder a juicio no es causal de impedimento, y respalda su tesis en la providencia de fecha veintiseis (26) de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) dictada por la Corte Suprema de Justicia, en un caso de impedimento alegado por el mismo doctor Fontalvo.

Se considera:

El artículo 73 numeral 4º erige en causal de impedimento el hecho de haber el Juez o Magistrado manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso; a su vez el artículo 79 determina que las causales de recusación contempladas para los juzgadores son aplicables a los Agentes del Ministerio Público. Por estos motivos la Corte conoce del incidente surgido en el presente negocio.

La recusación o el impedimento proveniente del hecho de haber el Juez o Magistrado o Agente del Ministerio Público "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", es no sólo la opinión que se emite fuera de la función jurisdiccional, sino, también, aquella que como funcionario en las categorías anotadas puede emitir dentro del proceso sometido a su estudio y consideración. Es la garantía de imparcialidad dentro de los fallos o conceptos de fondo lo que la ley tutela en guarda de los intereses del Estado y de los derechos de las partes que intervienen en el proceso.

Pero esa opinión, concepto o parecer respecto del hecho investigado tiene que tener una forma concreta de realización, y ésta no puede ser otra que la expresión escrita en un acto propio de sus funciones como manifestación de su pensamiento y como concreción de la idea formada sobre las diversas modalidades del hecho, de la imputabilidad o responsabilidad de las personas acusadas.

El simple concepto u opinión emitido por el funcionario en una providencia o auto que no sea de fondo —libertad provisional— susceptible de ser modificada, no es la opinión que la ley erige como causal de recusación o impedimento; es necesario que el concepto verse sobre providencias sustanciales como serían auto de proceder o petición de llamamiento a juicio, para que prospere la causal de recusación.

Así lo ha sostenido la Corte cuando dice:

"Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el Juzgado tome al respecto conlleva a un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diversos conjunto probatorio. (Auto de septiembre 12 de 1947)".

En el presente caso, el funcionario impedido emitió su opinión sobre un tema fundamental del proceso, analizó los hechos y las pruebas referentes a la imputabilidad de los acusados, y como consecuencia de ellos solicitó se les llamara a responder a juicio. Tan acorde con la realidad procesal sería su concepto, que el Juzgado acogió sus puntos de vista y dictó el correspondiente auto de proceder. Dentro de estas circunstancias, en el Magistrado impedido existe una opinión o concepto que lo vincula directamente a las consecuencias del proceso; su pensamiento y puntos de vista como criterio de orientación no se han modificado, pues resultado directo de ello es la sentencia condenatoria que se trata de revisar.

Lo que ocurre es que el Tribunal apreció equivocadamente la tesis de la Corte, porque en la providencia que se transcribe para negar el impedimento se estudiaba, precisamente, la opinión manifestada en un auto de libertad provisional, casos en los cuales no es admisible el impedimento, pero en éste, el problema es diferente, porque el impedimento invocado es por haber emitido opinión en una providencia en que se pide llamamiento a juicio, caso diferente a aquél, y en los cuales sí es operante el impedimento.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara PROBADA la causal de impedimento manifestado por el doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, para intervenir en el conocimiento del proceso que se adelanta contra Enrique Vélez Pérez y otros por estafa y hurto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.— Jesús Estrada Monsalve.— Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.

EL REPRESENTADO PUEDE DESISTIR POR SI MISMO DEL RECURSO INTERPUESTO POR SU APODERADO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En providencia de julio cinco (5) del presente año, la Corte negó la petición sobre desistimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Hernando Guarín Zárate y en ella se dijo:

"El desistimiento es un acto dispositivo de las partes en el proceso penal, para proseguir o terminar los incidentes o recursos que se hayan propuesto en él. El desistimiento, por consiguiente, entraña la renuncia de un derecho que produce el efecto de dejar en firme la providencia o sentencia sujeta a un recurso, y sus efectos o consecuencias sólo aprovechan o perjudican a la persona que se dice titular del mismo.

"Las partes pueden ejercitar esta facultad personalmente o por conducto de sus apoderados (Art. 461); cuando lo hace el titular, la acción no necesita autorización expresa porque es la renuncia del derecho que concede la ley para interponer el recurso, pero, cuando el desistimiento se hace por conducto del apoderado o representante legal, éste debe tener autorización expresa para ello; caso contrario, el desistimiento no tiene operancia jurídica por ausencia de facultad expresa para ello (Art. 465 Numeral 3º).

"El desistimiento puede presentarse en cualquier estado del juicio cuando en el memorial poder se otorga dicha facultad. Como en el presente caso al doctor Antonio José Uribe Prada no se le concedió esa prerrogativa, la petición debe resolverse en sentido negativo".

Como la solicitud de desistimiento del recurso se hace por Hernando Guarín Zárate, persona a quien directamente aprovechan o perjudican las consecuencias de su acto, y como —por otra parte— él es titular de dicha acción, el desistimiento del recurso prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ACEPTA el desistimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por la cual se condena a Hernando Guarín Zárate a la pena principal de cinco años de presidio por los delitos de falsedad en documento y hurto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Arango Vélez.— Jesús Estrada Monsalve.— Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty Montenegro.—Julio E. Argüello, Secretario.



REQUISITOS PARA QUE PUEDA SEPARARSE UN FUNCIONARIO POR IMPEDIMENTO CONSISTENTE EN ENEMISTAD GRAVE

Para que los funcionarios judiciales o los Agentes del Ministerio Público puedan declararse impedidos para conocer de los procesos criminales, por la "enemistad grave" de que trata el numeral 5º del art. 73 del C. de P. P., dicha causal, como la de amistad íntima, prevista en la misma disposición, debe apoyarse por quien la aduce en pruebas o, si éstas no son posibles, en explicaciones suficientes. Si así no fuera, la Administración de Justicia quedaría expuesta al grave riesgo de verse privada del concurso de funcionarios reconocidamente idóneos, por motivos inexistentes o ineficaces para perturbar el espíritu justiciero que la alta misión del juzgador supone en quienes saben llevar con dignidad su investidura.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Cuando el expediente adelantado contra JAIR VALENCIA PULGARIN por el delito de lesiones personales se hallaba en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en apelación de la sentencia condenatoria, el doctor Primitivo Vergara Crespo, Fiscal de la Corporación, se manifestó impedido para intervenir en el negocio, por enemistad grave con el apoderado de la parte civil, doctor O. Lozano Quintana, con fundamento en el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Oído sobre el particular el doctor Lozano Quintana, dijo que la enemistad existe sólo en la mente del doctor Vergara Crespo; que, de su parte, no hay la más leve animadversión, el más remoto odio, o la más tibia malquerencia para con él, pues lo que ocurre es que no han sido presentados y no se saludan; y que confía tanto en la probidad y respeto por los dictados de la justicia que distinguen al doctor Vergara Crespo, que no encuentra impedimento para que tal funcionario conceptúe en éste y en los demás negocios del doctor Lozano Quintana.

"....no porque él me malquiera —dice el Dr. Lozano Quintana— voy a reputarlo injusto.

"Así, pues, si él se crée "impedido", le allano ese impedimento y sigo dispensándole el voto de confianza que no de ahora sino de antaño le dispenso, no por concesión gratuita, sino porque creo que lo merece...."

El Tribunal estimó infundado el impedimento y dispuso el envío del proceso a esta Sala de la Corte, para lo de su cargo.

Se considera:

La enemistad, cuando de impedimentos o recusaciones se trata, debe estar subordinada en su existencia —ha expresado la Sala— a varias condiciones, entre éllas "que sea grave, esto es que su origen o causa sea del tal entidad, que haya bastado a crear, con caracteres de intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, tales como la aversión y el odio, manifestados en propósitos de venganza, en amenazas de daño o en otras intenciones y hechos sintomáticos o demostrativos de tales sentimientos; y que éstos sean mutuos, es decir, que vinculen con igual fuerza a recusante y recusado, o excepcionalmente que si no lo son, provengan del juzgador (no del juzgado), de modo que, en tal evento, funden la presunción de que puedan determinar en aquél la violación de las normas tutelares de los derechos del procesado...." G. J., LXIV,567).

Descontada, en el evento presente, la reciprocidad, pues el Dr. Lozano Quintana niega la enemistad grave mientras el Dr. Vergara Crespo la afirma, podría tratarse del caso, muy extraño, de la existencia de un sentimiento unilateral de aversión o de odio, por parte del funcionario que se manifiesta impedido, en relación con las partes o sus apoderados, capaz de determinar en el ánimo de aquél un estado de alma contrario a los intereses sub-lite. Pero el doctor Vergara Crespo no sólo se abstiene de allegar prueba al-

guna al respecto, sino que omite toda explicación que permita apreciar, al menos moralmente, a falta de demostraciones objetivas, la situación de orden subjetivo en que el impedimento pretende fundarse.

Que "el suscrito Fiscal se manifiesta impedido para intervenir en este negocio por causa de enemistad grave con el apoderado de la parte civil D. R. O. Lozano Quintana (Nº 5 del art. 73 del C. de P. P.)", es cuanto el doctor Vergara Crespo ha expresado, al recibir en traslado la causa contra Valencia Pulgarín por el reato de lesiones personales.

Tan gratuita afirmación está muy lejos de configurar la causal de "enemistad grave", contemplada en el numeral 5º del artículo 73 antes citado, para que los funcionarios judiciales o los Agentes del Ministerio Público puedan declararse impedidos para conocer de los procesos criminales. Dicha causal, como la de la "amistad íntima" prevista en la misma disposición, debe apoyarse por quien la aduce en pruebas o, si éstas no son posibles, en explicaciones suficientes. Si así no fuera, la Administración de Justicia quedaría expuesta, como la Sala lo ha dicho en repetidas ocasiones, al grave riesgo de verse privada del concurso de funcionarios reconocidamente idóneos, por motivos inexistentes o ineficaces para perturbar el espíritu justiciero que la alta misión del juzgador supone en quienes saben llevar con dignidad su investidura.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO ACEPTA el impedimento manifestado por el doctor Primitivo Vergara Crespo, Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, y, en consecuencia, no lo declara separado del conocimiento del negocio a que su manifestación se contrae.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.



NO INTERRUMPE EL TERMINO PARA LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION EL HECHO DE QUE EL EXPEDIENTE NO PERMANEZCA EN EL TRIBUNAL

El hecho de que el expediente no hubiera permanecido en la Secretaría del Tribunal por el término de quince días dentro de los cuales puede ser interpuesto el recurso de casación, porque hubiera sido enviado al Juzgado de origen, es una irregularidad que no interrumpe los términos ni ese hecho ha sido erigido como causal de suspensión de éstos en ninguna disposición legal. Por consiguiente, si el recurso se interpuso después de transcurrido ese término, será inadmisible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto once de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El doctor Rafael Poveda Alfonso, interpuso recurso de reposición contra la providencia de junio veintiuno (21) del presente año, por la cual se declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha treinta (30) de enero del año en curso.

No se admitió el recurso por estos motivos:

"Los autos y sentencias —por regla general— se notifican personalmente. Transcurridos dos días después de su pronunciamiento, si no se notificaren personalmente debe hacerse por estados o por edicto en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil, artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Penal. Si el procesado estuviere detenido, el auto o sentencia debe notificarse personalmente; si no lo estuviere, el auto se notifica por estados y la sentencia por edicto.

"En el presente caso la sentencia, por no estar detenido el procesado, se notificó por edicto cumpliendo en esta forma las disposiciones señaladas por la ley. Dentro de estos términos —notificación de la sentencia— tanto el procesado como su representante legal pueden interponer recurso de casación contra las providencias susceptibles de este recurso, y aún más, la ley de procedimiento penal amplía este término —quince días más— (Art. 556 C. de P. P.). Vencidos estos términos, el recurso no puede llevarse a efecto.

"La notificación es el hecho por medio del cual se pone en conocimiento de las partes que intervienen en el proceso penal el acto jurídico —auto o sentencia— dictado por los funcionarios que administran justicia. En otros términos, es la noticia o conocimiento que se da a determinada persona de la providencia o resolución emanada de la autoridad, mediante el cumplimiento de las formalidades señaladas por la ley, para que se imponga de su contenido y ejercite el correspondiente derecho para reclamar de ella ante el superior.

"Pero el ejercicio de ese derecho, recurso de reposición, apelación o extraordinario de casación, está subordinado a los términos que la misma ley señala, dentro de ese tiempo las partes pueden hacer valer sus derechos, pues la omisión o retardo para reclamarlos implica el abandono de los mismos. La interposición del recurso no está sujeta a la voluntad de los interesados sino a los términos que la ley señala y cuando esos derechos no se ejercitan en tiempo oportuno, el funcionario debe rechazarlos.

"No estando detenido el procesado, la sentencia se notificó por edicto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 309 del Código Judicial. Desde el día en que se fijó el edicto —febrero 9 de 1954— la sentencia se hallaba debidamente notificada. A partir de esta fecha el recurrente disponía del término de quince días para interponer el recurso extraordinario de casación (Art. 556 del C. de P. P.), pero como las partes en su oportunidad no ejercitaron ese derecho, todo reclamo posterior a la fecha del vencimiento es inoperante.

"En efecto: si como lo afirma el Secretario del Tribunal "el término para interponer recurso de casación venció el día veintiseis de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro" y la peti-

ción del apoderado del recurrente se hizo el dos de marzo del mismo año, el recurso está fuera de tiempo y por consiguiente debe declararse inadmisible".

Reposición

"Las partes —dice el memorialista— disponen de veinte días —los cinco de fijación del edicto y los quince más— para imponerse del contenido y optar por interponer o nó el recurso de casación. Durante esos veinte días el proceso debe permanecer en la Secretaría del respectivo Tribunal como se deduce de lo señalado en los artículos 560, 561 y 562 del Código de Procedimiento Penal....".

"Ahora bien, como se ha dicho, el edicto fué desfijado el nueve (9) de febrero, y así para dar cumplimiento a las disposiciones recordadas, el expediente debía haber permanecido en el Tribunal hasta el veintiseis (26) de febrero. Pero no sucedió así porque el doce (12) de febrero lo devolvió el señor Secretario al Juzgado de origen, el quince (15) fué recibido, el diez y seis (16) se dictó el auto para dar principio a la ejecución de la sentencia, rompiéndose de esta manera la continuidad de los veinte días, mediante la doble actuación de la remisión del proceso al Juzgado de primera instancia y la adquisición de jurisdicción de éste....".

Se considera:

Habrá lugar al recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, dice el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal.

Al tenor de esta disposición, la admisión del recurso extraordinario de casación, está condicionada a varios presupuestos procesales, así: primero, que la sentencia de segunda instancia sea dictada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en causas que hayan conocido los Jueces de Circuito; segundo, que el delito materia de examen e investigación dentro del proceso tenga una sanción privativa de la libertad personal, cuyo máximo sea o exceda de cinco años; y tercero, que ese derecho se haga valer en tiempo oportuno (Art. 561) por quien tenga facultad para ello, o por su representante legal. La concurrencia de estos factores, en cada caso determinado, son los presupuestos o requisitos esenciales que dan lugar a que se conceda o niegue el recurso extraordinario de casación.

El tercer presupuesto, hace referencia directa a los términos judiciales, o sea a la acción que el titular del derecho o su representante legal tiene para ejercitarla, en un espacio limitado de tiempo que condiciona, por una parte, la posición lógica del titular del derecho para reclamarlo, y, por otra, el valor jurídico de los actos judiciales, mediante la ejecutoria cumplida por preclusiones de los términos que la ley señala.

Los términos dentro del proceso penal se han establecido para tutelar los derechos de las partes que intervienen en él y para atender a las exigencias de la justicia en la tramitación de los asuntos. Son limitaciones de tiempo que condicionan la efectividad de una determinación judicial o la caducidad de un derecho para reclamarlo; son perentorios y exigentes en su cumplimiento, así, sean los llamados legales o los judiciales. Son actos destinados a establecer en los negocios judiciales un ordenamiento procesal, porque imponen al funcionario y a los interesados plazos determinados dentro de los cuales deben dictar las resoluciones, practicar diligencias, interponer recursos. Los términos evitan que se entrabe la administración de justicia dejándola a la voluntad de los funcionarios o de los interesados.

El vencimiento de los términos no se opera cuando la misma ley establece excepciones para su cumplimiento. Se suspenden en los días feriados o de vacaciones o cuando no hay despacho para el público (Art. 118 C. de P. P.). En estos casos de excepción, taxativamente señalados por la ley, el fenómeno jurídico de caducidad de los términos se suspende y el ejercicio del derecho para interponer un recurso no se pierde, por hallarse condicionado al fenómeno de la suspensión. El derecho de las partes permanece intacto por la interposición legal de un evento reconocido por el mismo legislador como acto de interrupción y, cuando ésto ocurre, los días feriados o de vacaciones o aquellos en los cuales no hay despacho para el público, no se cuentan dentro del cómputo legal de los mismos.

En el presente caso, los términos concedidos por la ley no se hallaban interrumpidos, ora, por no existir petición ni resolución dictada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, ya también, por no estar dentro de las excepciones previstas

por el artículo 181 de la misma obra, pues, descontados los días inhábiles correspondientes a las fechas 7, 14 y 21 de febrero, el derecho para interponer el recurso vencía el día 26 del mismo mes, y la petición sólo se formuló el día 1º de marzo de 1954, es decir, cuando los términos estaban vencidos y el derecho por este motivo era inoperante. (Informe de la Secretaría).

El hecho de que el negocio no hubiera permanecido en la Secretaría del Tribunal por el término de quince días, no es motivo suficiente para fundar la reposición del auto, primero, porque esa irregularidad —envió del expediente al Juzgado de origen— no interrumpe los términos ni la ley lo ha erigido como causal de excepción —suspensión de términos— en ninguna disposición legal; y segundo, porque el defensor del procesado debió enterarse a tiempo de la sentencia a interponer el correspondiente recurso.

"El término que tienen las partes para interponer recurso de casación, —ha dicho la Corte— no se interrumpe porque el Secretario haya devuelto el expediente al Juzgado de origen antes de vencerse el plazo. Dejar al interesado un tiempo indefinido para reclamar después de transcurridos quince días desde la notificación de la sentencia sería dejar en un estado incierto el derecho de la otra parte, lo cual podría perjudicar también a terceros". (Casación Tomo III página 166).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a reponer el auto de fecha veintiuno (21) de junio, por el cual se declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de treinta de enero del presente año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Cópiese, notifíquese y Cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.— Julio E. Argüello, Secretario.

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION. — PRUEBA DE LA IMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE PECULADO.— CAUSAL TERCERA DE CASACION.— CASO EN QUE LA DISCREPANCIA ENTRE LO AFIRMADO EN EL AUTO DE PROCEDER Y LO DICHO EN LA SENTENCIA NO SE REFIERE A UN PRESUPUESTO DEL JUICIO PENAL, SINO SOLO A UNA CIRCUNSTANCIA QUE MODIFICA LA SANCION

1—La bondad de la demanda de casación no depende de su extensión ni del número de argumentos que se ofrezcan, sino de la forma precisa en que se presenten y de las razones jurídicas que se aduzcan para sostenerlos. Porque si el demandante se limita a aseverar determinados puntos de vista o a formular críticas respectò de los fundamentos del fallo, sin mencionar las causas en que se apoya su censura o callando el por qué de sus tesis, entonces no podrá aspirar a que se acepten éstas o a que se reconozca la injusticia de aquélla.

2—Darles a los caudales públicos una aplicación diferente de aquélla a que están oficialmente destinados equivale a administrarlos mal; hacer de ellos uso indebido es lo mismo que malversarlos; sustraerlos o apropiárselos es tanto como usurparlos; y, en fin, el empleado se hace responsable de extravío culposo cuando omite poner todo el cuidado en su vigilancia y conservación.

Por todos esos procedimientos puede incurrir en peculado quien custodia, maneja o administra el patrimonio de la comunidad, cuyo uso indebido no necesita prueba distinta de la que surge en el momento en que el encargado de los efectos que deben hallarse en su poder no los presenta cuando es requerido para ello, si el agente no explica su conducta.

3—La restitución de lo incautado, mal invertido o perdido no es en manera alguna eximente del delito de peculado, sino una circunstancia que atenúa la pena, según se opere antes o después de iniciado el proceso. Y si apenas es una circunstancia, quiere decir que no constituye presupuesto inmodificable del juicio penal. De manera que porque en el auto de proceder se hubiera dicho que el enjuiciado reintegró la totalidad del faltante antes de iniciarse la investigación y en la sentencia se considerara que el hecho había tenido lugar después, no por ello es jurídico afirmar que hay desacuerdo entre las dos providencias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, trece de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Solicita el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que no se invalide la sentencia del dieciocho de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, contra la cual ha recurrido en casación, con poder especial del interesado, el doctor Francisco Barón C.

En dicha sentencia se condena a Carlos Obdulio Sánchez Gómez, por el delito de peculado cometido cuando desempeñaba las funciones de Tesorero Municipal de Melgar, a dieciseis meses de prisión, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 y habida cuenta de que el reintegro total de la cantidad deducida como alcance (un mil trescientos setenta y dos pesos con sesenta y ocho centavos) tan sólo vino a hacerse cuando ya la investigación se hallaba en curso. Así quedó reformada la sentencia del Juez Primero Superior de la misma ciudad, del ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, que señalaba una pena menor (doce meses), porque fue otro el criterio que lo inspiró, o sea que el procesado, antes de que se procediera a investigar el hecho, consignó la totalidad de las sumas faltantes que el Visitador dedujo en las diligencias respectivas, tal como había sido expresado en los siguientes términos en el auto de proceder:

"Lo que sí se encuentra establecido es que el Tesorero Sánchez reintegró totalmente, antes de iniciarse la investigación criminal, lo que se le dedujo como alcance....".

La conclusión a que llega el señor Agente del Ministerio Público obedece a que no encuentra

fundadas las causales que ha invocado el autor de la demanda y que son, siguiendo el orden en que él las presenta, la segunda, la primera y la tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ni el recurrente ni el Procurador, el primero para impugnar y el segundo para replicar, ahorran argumentos al sostener sus opuestos puntos de vista, de los cuales la Sala intentará hacer un resumen, ofreciendo lo sustancial de ellos, porque sería innecesario reproducirlos in extenso, tratándose de una materia que, como la de este recurso extraordinario, a diferencia de lo que ocurre y es permitido en las instancias, requiere concisión, puesto que el debate se plantea sobre aspectos concretos y se reduce a confrontar la sentencia acusada con los preceptos legales en que se apoya la demanda, cuando ellos tienen cabida como fuente u origen del recurso.

CAUSAL SEGUNDA

Alega el demandante que los sentenciadores les dieron a las Actas de Visita un valor probatorio de que carecen, puesto que ellas, por adolecer de errores fundamentales y por haber sido tachadas por el sindicado, quien pidió una nueva Visita que no se practicó, no constituyen plena prueba del delito de peculado, cuya investigación se inició sin base cierta e invirtiendo el orden de las presunciones, ya que lo que se presume es la inocencia y no la culpabilidad. Afirma también que en ese entonces (doce de abril de mil novecientos cincuenta y dos), Obdulio Sánchez Gómez ya había restituído la suma cargada como faltante, según se demostró en la liquidación de la Contraloría del Tolima.

A estos cargos contesta el señor Procurador diciendo, en primer término, que las actas de los Visitadores son medios de prueba establecidos por las leyes que reglamentan la vigilancia de los fondos públicos y que si es verdad que la primer acta resultó equivocada en sus apreciaciones numéricas —muy por debajo del alcance definitivo—, en la segunda se subsanó ese defecto, siguiendo el derrotero marcado por el superior jerárquico del empleado que practicó la Visita, cuyo contenido no se destruye por simples afirmaciones, sino con pruebas que debieron presentarse oportunamente, es decir, durante el término probatorio del juicio.

Al ocuparse en el punto relativo a la fecha en que se inició el proceso, aclara la confusión del demandante, para quien el auto del siete de abril de mil novecientos cincuenta y dos carece de legalidad, por basarse en un dato que luego fue rectificado, acerca del verdadero monto de la suma faltante en la Tesorería. A este propósito dice el señor Procurador que principiada una investigación de las que se adelantan de oficio, no es indispensable retrotraer su apertura a medida que vayan apareciendo nuevos informes sobre el hecho que se trata de establecer, lo que viene apenas a constituír una modalidad del perfeccionamiento del sumario, mas no un nuevo informativo penal. Y siendo ello así, el auto del siete de abril nada tiene de irregular y él sigue siendo el cimiento inmodificable de la investigación o, lo que es lo mismo, que cuando se reintegró el total de la cantidad que faltaba al practicar la primera Visita, ya el sumario se hallaba en curso.

CAUSAL PRIMERA

Como compendio de su aserción de haberse aplicado indebidamente la ley penal, dice el recurrente que del hecho de que el Visitador de la Contraloría Departamental del Tolima hubiera encontrado un déficit en la Tesorería del Municipio de Melgar no se desprende el delito de peculado, puesto que en materia numérica son muchos los errores que se cometen a diario y que bien pudo suceder que los cálculos que se hicieron estuvieran equivocados. De donde concluye que se aplicó la ley penal en forma contraria a los principios generales del derecho.

Brevemente refuta el señor Procurador Segundo Delegado el cargo que antecede. Le basta advertirle al demandante que la firmeza de un fallo, en cuanto se suponga que haya aplicado mal la ley, no se destruye con meras afirmaciones, sino con raciocinios de orden legal que evidencien situación jurídica contraria a la establecida en la providencia que se acusa.

CAUSAL TERCERA

Sostiene el recurrente que hay desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, porque si en aquél se dijo que el Tesorero Sánchez Gómez había reintegrado en su totalidad el monto del alcance antes de empezar el proceso averiguatorio y la sentencia impuso una sanción que no consulta esa circunstancia (que él califica de eximente), la última fue más allá del cargo que se le hizo, conforme al cual la pena hubiera sido inferior a la fijada. Con base en tales consi-

deraciones pide que "se desestime la sentencia condenatoria y se absuelva a Obdulio Sánchez Gómez, o que, en subsidio, se aplique la pena que sea del caso, de acuerdo con la verdad de los hechos".

La réplica a este cargo por parte del Ministerio Público es tan precisa como afortunada. En efecto, como lo sostiene él, quien en apoyo de su tesis cita algún fallo de la Corte, el primer motivo que contiene la causal tercera de casación se refiere, no a la especie, sino al género del delito. De modo que cuando en la sentencia se tienen en cuenta circunstancias modificadoras distintas de las apreciadas en el auto de proceder, no por esto puede afirmarse que ha habido desacuerdo entre esas dos providencias, pues las circunstancias que sirven para la dosificación de la pena no alteran el género del delito por el cual se llamó a responder en juicio criminal.

EL ESCRITO DE CASACION

La demanda en que se impugna una sentencia cuya legalidad se presume porque constituye el resultado de una controversia sostenida en las dos instancias propias de la generalidad de los juicios penales, es el pliego de cargos que el recurrente presenta como comprobación de sus asertos. De ahí que el recurso, como extraordinario que es, requiera una técnica especial y esté sometido a reglas estrictas que lo diferencian totalmente de todos aquellos reclamos que se hacen en las instancias para que los procesos sigan su curso normal o para obtener derechos desconocidos en el proseguimiento de los mismos.

Y en este orden de ideas cabe advertir que la bondad del escrito no depende de su extensión ni del número de argumentos que se ofrezcan, sino de la forma precisa en que se presenten y en las razones jurídicas que se aduzcan para sostenerlos. Porque si el demandante se limita a aseverar determinados puntos de vista o a formular críticas respecto de los fundamentos del fallo, sin mencionar las causas en que apoya su censura o callando el por qué de sus tesis, entonces no podrá aspirar a que se acepten éstas o a que se reconozca la justicia de aquélla.

Así, por ejemplo, cuando al invocar la causal segunda arguye el autor de la demanda que se le atribuyó al hecho verificado por el funcionario que visitó la Tesorería Municipal de Melgar un valor probatorio que no tiene, ha debido demostrarlo, no con otra afirmación como aquella de que en la primera visita practicada no se reflejó la realidad de las cuentas del Tesorero, sino señalando la disposición conforme a la cual una apreciación equivocada al anotar un alcance convierte en nula la diligencia en que se registró el mismo. Habría que patentizar en forma inequívoca que el hecho quedaba destruído por la sola circunstancia de que en la Visita cuya validez se trata de desconocer, el saldo a cargo del responsable resultó inferior al que luego, tras de un examen más detenido en las cuentas, se consideró como concluyente.

El otro punto relativo a esta causal segunda carece asimismo de respaldo. Porque no es que se haya invertido el orden de las presunciones al declarar responsable a Obdulio Sánchez Gómez del delito de peculado. Sucede, sí, que nuestras leyes sobre esta materia han tenido que templar su placidez, atendiendo a la naturaleza del servicio que presta el encargado de custodiar la riqueza de los asociados. Porque nada que perturbe con mayor intensidad la organización de un país como el despilfarro de los bienes del fisco o del erario y, en general, todos los atentados que en sus diversas manifestaciones pueden cometerse contra la hacienda pública. Y ha sido en virtud de la tolerada frecuencia de esos actos como se han creado severos sistemas de fiscalización y vigilancia y se han adoptado drásticos procedimientos que operen más efectiva y radicalmente que un tardío juicio de rendición de cuentas. Pero se olvida que se incurre en ese delito tanto cuando se usurpa como cuando se malversa o se administra mal, o se da lugar, por omisiones culpables, al extravío de los caudales públicos.

Todas las anteriores son modalidades del delito en la vigente legislación penal, como lo eran en la que la precedió. Darles a los caudales públicos una aplicación diferente de aquella a que están oficialmente destinados equivale a administrarlos mal; hacer de ellos uso indebido es lo mismo que malversarlos; sustraerlos o apropiárselos es tanto como usuparlos; y, en fin, el empleado se hace responsable de extravío culposo cuando omite poner todo el cuidado en su vigilancia y conservación.

Por todos esos procedimientos puede incurrir en peculado quien custodia, maneja o administra el patrimonio de la comunidad, cuyo uso indebido no necesita prueba distinta de la que surge en el momento en que el encargado de los efectos que deben hallarse en su poder no los presenta cuando es requerido para ello, si el

agente no explica su conducta. Y así, como los valores que recauda un Tesorero tienen que encontrarse en caja o representados en gastos de los que está obligado a atender, al registrarse la falta sin motivo que la justifique queda configurada la infracción.

Y en cuanto a que el proceso se inició el doce de abril y no el siete del mismo mes, es algo que ha quedado suficientemente claro en el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. No prosperan, pues, los cargos que con respecto a la causal segunda le formula el demandante a la sentencia recurrida, y lo mismo debe decirse en cuanto a los fundamentos de la primera, que no contienen nada diverso de lo expuesto como sustentación de aquélla, por lo cual no exigen ser nuevamente refutados.

La restitución de lo incautado, mal invertido o perdido no es en manera alguna eximente del delito, sino una circunstancia que atenúa la pena, según se opere antes o después de iniciado el proceso. Y si apenas es una circunstancia, quiere decir que no constituye presupuesto inmodificable del juicio penal. De manera que porque en el auto de proceder se hubiera dicho que Obdulio Sánchez Gómez reintegró la totalidad del faltante antes de iniciarse la investigación y en la sentencia se considerara que el hecho había tenido lugar después, no por ello es jurídico afirmar que hay desacuerdo entre las dos providencias, y ya el señor Procurador dio las razones pertinentes.

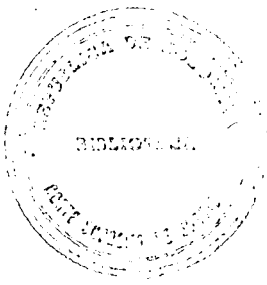
Solamente existe en el expediente un auto cabeza de proceso (el del siete de abril); y en esa fecha Obdulio Sánchez Gómez no había restituído sino la suma que en la primera Visita se le dedujo como alcance. De ahí toma pie el abogado que lo asiste en este recurso para decir que el procesado no tenía la obligación de responder por lo que aún no se le había exigido.

El argumento parte de un falso supuesto y de una consideración extraña al caso. Porque si en la primera Visita (antes del auto del siete de abril) faltaban en la Tesorería de Melgar setecientos ochenta pesos, es claro que también en esa fecha faltaba lo necesario para completar la cantidad de mil trescientos setenta y dos pesos con sesenta y ocho centavos, o sea el alcance calificado como definitivo. Si hubiera ocurrido lo contrario, tendría razón el demandante. Porque entonces sí la totalidad del reintegro se habría verificado antes de iniciarse la investigación. No hay, pues, desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, y esto quiere decir que tampoco prospera la causal tercera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal, NO INVALIDA la sentencia del diecicchо de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior de Ibagué, en la cual se ordenó a Obdulio Sánchez Gómez, por el delito de peculado, a dieciseis meses de prisión como pena principal y a las accesorias complementarias pertinentes.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.



LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Está impedido para proferir sentencia en segunda instancia el Juez o Magistrado que en su condición de Agente del Ministerio Público dió concepto sobre el mérito del sumario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, diez y nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Debe la Corte calificar, en definitiva, el impedimento del Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, para conocer en segunda instancia del presente negocio contra Roberto Hernández Torres, condenado por el Juez del conocimiento a la pena principal de diez años de presidio, como autor de la muerte dolosa que le causó a Carmen Mantilla o María del Carmen Chacón.

Dicho Magistrado adujo como motivo de impedimento el previsto en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, esto es, haber manifestado su opinión sobre el asunto material del proceso, por cuanto, en su carácter de Fiscal del Juzgado Primero Superior, emitió varios conceptos de fondo.

El Tribunal, en providencia de fecha 22 de junio último, no aceptó el impedimento, porque la actuación del doctor Fontalvo como Agente del Ministerio Público, "se redujo a emitir concepto sobre otras piezas procesales, correspondientes a otras tantas etapas e incidentes ya cancelados dentro de la investigación, sustancialmente diferentes de la decisión que en estos momentos tócale examinar al Tribunal", o sea, aclara la Corte, la sentencia condenatoria de primer grado que fue apelada por el defensor.

Se considera:

Entre las varias Vistas Fiscales rendidas por el doctor Fontalvo Fontalvo ante el Juez Primero Superior de Barranquilla, figura la de fecha 22 de julio de 1948 (Fs. 109, cuaderno principal), en que conceptuó sobre el mérito del sumario. En dicha pieza y después de un amplio estudio de la situación jurídica del procesado Hernández Torres, pidió que se llamara a juicio por homicidio con caracteres de asesinato. Y su petición fue acogida íntegramente por el Juez (fs. 115 a 122).

El legislador, en su afán de tutelar el principio de seguridad social, de que los juzgadores sean los ejecutantes ecuánimes de la ley, consagró expresamente como causales de impedimento aquellos humanos motivos que pueden perturbar el criterio del Juez e inducirlo a fallar en forma contraria a la verdad de los hechos y a los intereses de la justicia, o al menos, a privarlo de la libre determinación en su actividad funcional. Tales motivos implican un límite a la capacidad subjetiva en concreto del Juez, que lo inhiben para conocer del respectivo negocio, aunque tenga competencia para ello.

En dos grandes agrupaciones pueden clasificarse los motivos de impedimento: a).—Los que se refieren a acumulación de funciones dentro del mismo negocio; y b).—Los que se derivan del afecto y del interés. El artículo 73 del Código de Procedimiento Penal adopta este sistema. Así, los ordinales 4º y 7º, este último en su primera hipótesis, recogen el primer grupo de impedimentos, por haber actuado el funcionario con otra función o en otra instancia; y los ordinales 1º a 3º, 5º, 6º, 7º en parte, y 8º a 11, incluyen todo lo concerniente a las razones sentimentales y de interés que pueden parcializar al juzgador en sus actuaciones procesales.

Tales motivos se aplican igualmente a los Agentes del Ministerio Público, porque éstos son titulares de la acción penal, colaboradores de los Jueces y en sus estudios penetran a la entraña misma de los objetivos del proceso, en representación de la ley y de la sociedad. Sus intervenciones, por lo tanto, han de estar también alejadas de todo obstáculo de orden espiritual que les impida cumplir correctamente su misión, o que se preste siquiera a dejar una sombra sobre su honestidad por parte de la opinión pública.

Pues bien: el impedimento del doctor Fontalvo Fontalvo queda incluído en la primera categoría, porque él, en su calidad de Fiscal del Juzgado del conocimiento, dió concepto sobre los puntos sustanciales del proceso, como son el cuerpo del delito, la responsabilidad de su autor y las circunscias modificadoras de la sanción, al pronunciarse sobre el mérito del sumario y pedir auto de proceder contra el sindicado Hernández Torres. Tan fundamental es esa intervención del Ministerio Público en el proceso, que los artículos 426 y 427 del Código mencionado les impone a los Fiscales reglas rigurosas en la elaboración de la Vista, para obligarlos a fundar sus opiniones y a no descuidar ninguno de los aspectos importantes sobre que ha versado la investigación. Y como en la sentencia, precisamente, hay que analizar esos temas primordiales, es obvio que quien ya los ha tratado en otra instancia y con otra calidad de funcionario, tiene formado un criterio firme al respecto, que lo liga intelectualmente al negocio y puede cohibirlo en la interpretación que ha de hacer después con otra investidura de superior jerarquía, como es el caso

Por consiguiente, la causal cuarta de impedimento que invoca el Magistrado doctor Fontalvo Fontalvo, está justificada.

El Tribunal, en apoyo de su tesis, cita una doctrina de la Corte expuesta en el proceso por homicidio contra José Rodolfo Peralta. (Auto de 27 de octubre de 1953). Pero cabe decir que lo resuelto en ese negocio no es aplicable al presente.

En el caso de Peralta, la Corte no admitió el impedimento del doctor Fontalvo, basándose en que éste sólo intervino como Fiscal del Tribunal en un mero incidente de excarcelación. Y siendo ello así, resulta claro que el concepto que emitió como Agente del Ministerio Público sobre la libertad de Peralta no era fundamental y definitivo en el proceso, de tal suerte que lo comprometiera más tarde, como Magistrado, para revisar providencias ulteriores, puesto que lo que se decide en un auto de detención tiene un carácter provisional, que no causa ejecutoria y que pueda ser modificado luégo con los nuevos elementos probatorios que se recojan durante la investigación.

Por eso, dijo la Corte lo siguiente en dicha oportunidad:

"...La opinión o concepto tiene que ser expresada, no en providencias judiciales (o en Vistas Fiscales, agrega hoy la Corte) susceptibles de cambios o modificaciones, como ocurre con el concepto u opinión fiscal que se emite respecto del auto de detención o de providencias relacionadas con la libertad provisional del procesado, que pueden perder su valor inicial por la presencia posterior en las diligencias sumarias de nuevos elementos de prueba y que por esto, no constituyen un concepto definitivo sobre los elementos del delito. En estos casos, esa intervención de los funcionarios no comporta una causal de impedimento o recusación para intervenir posteriormente en el conocimiento del asunto".

En cambio, en el presente asunto, la opinión expresada por el Fiscal doctor Fontalvo fue de mucha entidad y sustancia, por referirse al mérito del sumario, según lo ya expuesto.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA FUNDADO el impedimento que adujo el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, y, en consecuencia, lo declara separado del conocimiento del proceso por homicidio contra Roberto Hernández Torres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez— Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty M.— Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR.—Agentes de Policía

Estima la Corte que al tenor de esta disposición, los delitos cometidos por Agentes de Policía desde la expedición del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953, o sea desde la incorporación de las Fuerzas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, son de jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar. Pero, para que esa competencia sea efectiva es necesario e indispensable que el agente activo del delito "tenga fuero militar" bien sea como oficial, sub-oficial o como simple agente asimilado a soldado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1900 de 1953. En otros términos, los delitos cometidos por los agentes de Policía con antericridad a la expedición de los Decretos que se dejan comentados, no son de competencia de la Justicia Penal Militar, sino de la común u ordinaria, naturalmente con las excepciones contempladas para los delitos realizados dentro de la vigencia del artículo 3º y parágrafo del Decreto 1150, o para aquéllos que una vez cometidos y al entrar en vigencia el Decreto Nº 1231 de 1951, se hubieren convocado a Consejo de Guerra Verbal (Art. 11 inciso 2º).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasay Montenegro)

Vistos:

Para que la Corte resuelva sobre el incidente de colisión de competencias, se ha enviado el presente negocio por un delito de homicidio adelantado contra José Marcelino Camacho, a quien se acusa de haber dado muerte a Ana Esther Espitia en la noche del dos (2) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

Dice el Juzgado Segundo Superior:

"Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto 1426 de 4 de mayo del corriente año, especialmente en su artículo 12, envíese el presente negocio al señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, para que la justicia Militar asuma su conocimiento por competencia".

"En caso de que la Justicia Penal Militar considere que no es competente, el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, propone de una vez, colisión de competencia negativa, por tanto, en este evento deberá ser enviado el proceso a la H. Corte Suprema de Justicia, para que se pronuncie sobre el particular".

La Brigada de Institutos Militares expresa:

"Acógese en todas sus partes el concepto emitido por el señor Auditor Quinto Auxiliar de Guerra de la Brigada en las presentes diligencias, y consecuencialmente, este Comando decide que no es de competencia de la Justicia Penal Militar el juzgamiento del sindicado José Marcelino Camacho, ex-Agente de las Fuerzas de Policía. Para dirimir la colisión de competencias propuesta por el señor Juez 1º Superior de Bogotá, SE DISPONE enviar el presente negocio a la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—...".

Las razones expuestas por el Auditor son de este tenor:

"La Justicia Penal Militar no tiene competencia alguna para conocer del caso de autos, ya que el sindicado, com aparece al folio Nº 130 del informativo, fue dado de baja de la Policía Nacional el 1º de enero de 1953".

"Si tenemos en cuenta que el Decreto Nº 1814 de 1953, que fue reglamentado por el Decreto Nº 1426 de mayo 4 de 1954, entró en vigencia el 10 de julio del mismo año, no se ve cómo puede retrotraerse la efectividad de él, con el fin de serle aplicado al caso sub-júdice".

"Como el señor Juez Primero Superior propone colisión de competencia negativa, ese Comando deberá remitir el negocio en cuestión a la Honorable Corte Suprema de Justicia para que dirima el incidente, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto Nº 2900 de 1953...".

Se considera:

La Corte tiene jurisdicción y competencia para conocer del incidente de colisión de competencias entre la justicia común u ordinaria y la justicia Penal Militar, en virtud del mandato expreso del artículo 18 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto Nº 1125 de 31 de marzo de 1950)

La jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos cometidos por miembros activos de las Fuerzas Armadas de la Policía, ha sido reglamentada en diversas disposiciones de los Decretos Leyes expedidos desde el año de 1950, así:

"DECRETO NUMERO 1534 DE 1950

Artículo 3º—Los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía que en actos del servicio o fuera de ellos, cometan cualquier delito de los contemplados en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal Militar, incurrirán en las sanciones allí establecidas para tales delitos, su juzgamiento corresponderá a la justicia militar por el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales".

"Parágrafo.—Igualmente serán juzgados por el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales, los miembros de los cuerpos armados de la Policía que en actos del servicio cometan delitos contra la vida y la integridad personal de que trata el Título XV del Libro Segundo del Código Penal".

Los delitos a que hace referencia el Título VII —Libro Segundo Código de Justicia Penal Militar— son los hechos que atentan contra lo población civil, clasificados por la Ley como "devastación, saqueo y extorsión". Y los referentes al Título XV del Código Penal, son los comprendidos en los capítulos 1° y 2º bajo la denominación de homicidio y lesiones personales, o sea los delitos contra la vida y la integridad personal.

En ninguno de estos casos se halla comprendido el hecho cometido por José Marcelino Camacho, primero porque no se trata de un delito militar —devastación, saqueo o extorsión— y segundo, porque el delito de homicidio a que hace referencia el parágrafo del artículo 3º no fue cometido en ejercicio de funciones o actos inherentes al mismo cargo, único caso en que la Justicia Penal Militar conoce de los delitos comunes cometidos por Fuerzas Armadas de Policía.

"DECRETO NUMERO 1231 DE 1951

Artículo 11.—A partir del 15 de junio próximo, la Justicia Penal Militar sólo conocerá de los delitos que les están atribuídos por el Código de la materia".

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Justicia Penal Militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

Dentro de esta nueva reglamentación la Justicia Penal Militar sólo conoce de los delitos específicamente militares o sea de aquellos, que en virtud del artículo 170 de la Constitución Nacional y de los Decretos Leyes que desarrollan ese precepto, se consideran como delitos militares. Sin embargo, la disposición comentada hace una excepción para la jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar, en relación con los delitos comunes cometidos por las Fuerzas Armadas de Policía, para aquellos procesos en que al entrar a regir la disposición comentada, se haya convocado Consejo Verbal de Guerra.

El delito de homicidio ejecutado por Marcelino Camacho, aun cuando éste tenía la calidad de Agente de Policía, no se realizó por ejercicio de funciones o con motivo de actividades inherentes al cargo, sino por razones y circunstancias diferentes a las previstas en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1125 de 1950; por este motivo, contra el sindicado para su juzgamiento, no se convocó ningún Consejo de Guerra Verbal, por consiguiente la jurisdicción y competencia —por este aspecto— no es de la Justicia Penal Militar sino de la común u ordinaria.

"DECRETO NUMERO 1814 de 1953

Artículo 3º—La Policía Nacional pasará desde la fecha de expedición de este Decreto, a formar parte activa del Ministerio de Guerra, como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, con presupuesto y organización propios, y prestará los servicios que por la ley le corresponden".

En ese Decreto —se observa— se omitió reglamentar la jurisdicción y competencia de la entidad que debía conocer de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas de Policía, por consiguiente, en materia a delitos quedaba sometida a la jurisdicción y competencia de la justi-

cia común, en atención a lo dispuesto por el artículo 11 inciso 2º del Decreto Nº 1231 de 1º de junio de 1951.

"DECRETO NUMERO 2.900 DE 1953

Artículo 140.—Los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones de este Decreto, pero mientras no reglamente el Gobierno esa incorporación, se deben observar las siguientes reglas.."

"Podría argüírse —dice la Corte— que esta disposición comprende todos los procesos adelantados contra miembros de la Policía con anterioridad al Decreto 2900 citado, sin distinción alguna; pero, si bien se observa, en la expresión "los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Militares; se tramitarán con arreglo a las disposiciones de este Decreto", no pueden entenderse comprendidos los que venían cursando antes de la incorporación de la Policía a las Fuerzas Armadas, que se cumplió con la expedición del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953. En efecto, si las Fuerzas policivas se incorporaron ínegramente a las militares, el mencionado artículo 140 del Decreto 2900 alude sólo a la tramitación y deja a salvo lo relativo a la competencia anteriormente establecida, ya que, de otra manera, habría carecido de objeto la referencia a los procesos en curso contra miembros de la Policía que tuviesen fuero militar". (Auto de junio 8 de 1954).

Estima la Corte que al tenor de esta disposición, los delitos cometidos por agentes de Policía desde la expedición del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953, o sea desde la incorporación de las Fuerzas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, son de jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar. Pero, para que esa competencia sea efectiva es necesario e indispensable que el agente activo del delito "tenga fuero militar" bien sea como oficial, sub-oficial o como simple agente asimilado a soldado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1900 de 1953. En otros términos, los delitos cometidos por los agentes de la Policía con anterioridad a la expedición de los Decretos que se dejan comentados, no son de competencia de la Justicia Penal Militar, sino de la común u ordinaria, naturalmente con las excepciones contempladas para los delitos realizados dentro de la vigencia del artículo 3º y parágrafo del Decreto 1125 de 1950, o para aquellos que una vez cometidos y al entrar en vigencia el Decreto Nº 1231 de 1951, se hubieren convocado a Consejo de Guerra Verbal (Art. 11 inciso 2º).

"DECRETO NUMERO 1426 DE 1954

Artículo 1º—De todos los delitos que cometan miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar".

Según el contenido de esta norma, no existe distinción alguna entre delitos comunes y militares. El contenido de la disposición en su letra y espíritu es claro, preciso y terminante, por consiguiente, elimina toda duda que pudiera surgir en torno a los hechos delictuosos cometidos por miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo, bien sean Oficiales, sub-Oficiales o simplemente agentes de Policía —asimilados a soldados—. De manera que a partir de esta fecha en adelante la Justicia Penal Militar conoce —con exclusión de la justicia común— de todos los delitos bien sean militares o comunes cometidos por miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo.

Como el delito imputado al señor José Marcelino Camacho no se encuentra en ninguno de los casos examinados, la competencia no es de la Justicia Militar sino de la común, y así habrá de resolver.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME el incidente de colisión de competencias, en el sentido de declarar que el conocimiento de este negocio corresponde a la justicia común u ordinaria.

Dése cuenta de esta providencia al Comando de la Brigada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro .— Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO PENAL VIGENTE, EL VARON NO PUEDE SER SUJETO PASIVO DEL DELITO DE RAPTO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra)

VISTOS:

Entre el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal y el de Pereira se ha suscitado una controversia para conocer del presente sumario contra Enrique Martínez Monsalve, a quien se le sindica de haber ejecutado actos homosexuales sobre el menor impúber Evelio Jiménez Chica.

Dicha colisión negativa de competencias debe resolverla la Corte, al tenor del artículo 42, ordinal 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Refiere el menor que el sábado 22 de mayo de este año, hallándose en las Galerías de Santa Rosa de Cabal, se le acercó un desconocido y le dijo que si quería ir a traerle una maleta; que fueron por ella y se dirigieron a la oficina de los buses de la Empresa Arauca donde el dueño de la maleta compró dos tiquetes y lo invitó a que viajaran a Pereira, como así lo hicieron; que llegados a esas ciudad, se hospedaron en un hotel, y allí durmieron en la misma cama; y que el sujeto, al rato de estar acostados y luego de un corto diálogo, consumó con el declarante el acceso carnal, acto que repitió más tarde por dos veces.

El desconocido resultó ser Enrique Martínez Monsalve, de 28 años de edad, soltero y obrero de profesión.

Iniciada la investigación por el Inspector Segundo Municipal de Policía de Santa Rosa de Cabal, ordenó un reconocimiento médico en la persona del ofendido. Los peritos le encontraron "fisuras anales recientes, pues sangran al hacer ligera dilatación anal", y concluyeron que ello era "indicio de introducción de algún cuerpo extraño, como el miembro viril o cualquiera otro".

El sumario, una vez perfeccionado, se le envió al Juez Penal del Circuito de Santa Rosa, quien, en providencia de fecha 16 de junio último, se declaró incompetente para conocer del asunto y ordenó remitirlo al Juez de Pereira, provocándole competencia, si no aceptaba lo expuesto en ese auto, a saber: que se trata de un delito de violencia carnal realizado en la ciudad de Pereira, sin que en la de Santa Rosa de Cabal hubiera cometido Martínez ningún hecho punible que diera lugar al juzgamiento por parte del Juez Penal de este último Circuito.

El Juez de Pereira no compartió dicho criterio y expresó:

"Qué delito o qué delitos cometió el sindicado? La violencia carnal aparece nítidamente y en tal caso la competencia radicaría exclusivamente en este Juzgado, como acertadamente lo dice el señor Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal.

"Mas crée este Despacho que además de la violencia carnal se ha estructurado el delito del rapto...." (Auto de 24 de junio de 1954).

El problema está, pues, en determinar si existe un concurso de infracciones acaecido en lugares distintos (Santa Rosa y Pereira), o si se trata, en cambio, de un solo delito contra la libertad y el honor sexuales, llevado a término en la última ciudad.

Para ello considera la Corte:

Rapto es la sustración o retención de una persona, mediante violencia o fraude, con propósito sexual o fines libidinosos. Este dolo específico hace inconfundible la figura respecto de otras que puedan semejársele. El delito en mención ataca bienes jurídicos complejos: la libertad física y de residencia; la seguridad de las personas; las buenas costumbres; y especialmente el régimen, el orden y la reputación de la familia, fundamento de la sociedad civil. De ahí la dificultad de clasificar la infracción en una concreta casilla de la parte especial de los códigos represivos, teniendo en cuenta el interés jurídicamente protegido que tutela la ley penal y que el delincuente lesiona. Pero nuestro Código colocó el rapto en la categoría de los delitos contra la familia, que parece ser la más acertada.

De otro lado, las legislaciones discrepan sobre el sujeto pasivo del rapto, pues unas comprenden a toda persona (hombre o mujer), y otras

únicamente incluyen a la mujer como víctima del delito. El primer sistema se ajusta mejor a la defensa social y a los intereses de la justicia, ya que la familia está compuesta generalmente por personas de ambos sexos y todos sus miembros deben ser amparados contra la concupiscencia de quienes tratan de afectarla por medio del rapto, particularmente si el ofendido es un menor de edad.

Sin embargo, nuestro Código Penal fue inconsecuente al reputar el rapto como una infracción contra la familia, y al excluir al varón como sujeto pasivo del ilícito, pues únicamente sus normas reprimen al delincuente que arrebate, sustraiga o retenga "una mujer", o "una menor de edad" con las finalidades allí consignadas. (Arts. 349 a 351).

Y como en el presente asunto, el sindicado Martínez no sustrajo a una menor, sino a un impúber de sexo masculino, es preciso concluír que la tesis del rapto y del concurso de delitos sustentada por el señor Juez Penal del Circuito de Pereira, es inaceptable. Por consiguiente, sólo queda en pie, como infracción, el ayuntamiento sexual que se le imputa a Martínez, hecho que aparece consumado en Pereira, y que constituye una violencia carnal, en los términos del artículo 316, inciso 2º, de la obra citada.

Y así las cosas, el competente para conocer del proceso es el Juez antes mencionado, conforme a los artículos 55 del Código de Procedimiento Penal y 3º del Decreto Legislativo número 3347 de 1950.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Pénal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Corresponde al Juez Penal del Circuito de Pereira conocer del presente negocio contra Enrique Martínez Monsalve.

Dése cuenta de esta decisión al señor Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal.

Cópiese, notifíquese y devuelvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.



DELITO DE FALSEDAD EN UNA NOMINA.— DIFERENCIA ENTRE DOCUMENTOS PUBLICOS Y DOCUMENTOS OFICIALES

La nómina participa de calidad de documento privado y de la de documento público, porque si ella es cuenta particular o privada en cuanto con ella se cobra una cantidad, es también un documento público en cuanto establece una relación entre el titular del crédito y el pagador oficial. De manera que cuando en ella, para autorizar el cobro, se afirma un hecho contrario a la verdad, se incurre en delito que compromete la fe pública. A condición de que se establezca, no el daño efectivo, que éste no es requisito esencial en los delitos de falsedad en documentos oficiales, sino el interés ilegítimo que lleva implícito el acto de desfigurar lo que es cierto o debe ser estimado como auténtico.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Se trata aquí de resolver si es el caso de continuar investigando el hecho atribuído al doctor Augusto Tinoco Pérez, Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena, en la denuncia presentada el veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y tres por el señor Eduardo Camargo Sierra, quien ha intervenido en el sumario en una forma que sólo les es permitida a las personas que acrediten el carácter de parte civil. Porque tanto él como su hermano, doctor Ricardo Camargo Sierra, y aún el padre de ambos, señor Remigio Camargo Morante, han acudido reiteradamente al funcionario de instrucción, solicitándole la práctica de pruebas y manifestando un interés demasiado vivo —que ha adquirido acentos de personal o familiar— por la marcha del proceso, que así se ha movido entre una serie de debates extraños a la índole de las investigaciones penales.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pidé —previo sobreseimiento temporal— que se traigan al proceso cuarenta y cinco declaraciones, entre ellas las de los señores Germán A. Salom y Rafael Sánchez, que ya fueron recibidas (folios 30 y 39 vuelto, respectivamente), y que se practiquen otras diligencias que son de muy poca utilidad —y aún inconducente alguna de ellas, como la de la letra e)— para el esclarecimiento del hecho, que es éste: que el doctor Tinoco Pérez cometió el delito de "falsedad ideológica" al certificar que Alvaro Lengua Puche prestaba los servicios de Escribiente en la Fiscalía Segunda del Tribunal Superior de Cartagena, no siendo ello así, puesto que el verdadero empleado subalterno de esa oficina era su hermano, Benjamín Lengua Puche.

Tal es el cargo que se le imputa al doctor Tinoco y que éste explica en su indagatoria y los hermanos Lengua Puche en sus declaraciones, como se verá en seguida:

Dice así el doctor Tinoco:

"....Sí conozco al señor Benjamín Lengua Puche y él no hacía en la Fiscalía el trabajo que le correspondía hacer al Escribiente, sino que como hermano de éste y en virtud de arreglo espontáneo de ellos y que yo tuve la benevolencia de aceptar cuando Alvaro salía a sus clases, Benjamín lo ayudaba en aquellos menesteres completamente mecánicos de la oficina, como cuidar el despacho, recibir y llevar correspondencia y escribir algunas cosas triviales que no significaban divulgación de los asuntos privados de la Fiscalía. Accedí a ello porque no vi en el asunto nada de particular y porque además Alvaro se comprometió conmigo a suplir trabajando en mi residencia de noche y en días feriados lo que fuere necesario para cubrir sus faltas a la oficina con motivo de sus clases. Fue así como Alvaro trabajaba conmigo dos o tres horas de noche y en días feriados si el trabapo de la oficina lo exigía De esa manera tuvo la oportunidad de ayudar a dos estudiantes y de mantener el récord de rendimiento de trabajo....".

Habla Alvaro Lengua Puche, respecto del cual

aparece al folio 26 el decreto de nombramiento y el acta de posesión como Escribiente:

"....La asistencia mía a la oficina de la Fiscalía era diariamente durante los días hábiles, mañana y tarde, pero con tiempo acondicionado a mis labores de estudiante de medicina, en las horas de la mañana se reciben la Facultad de Medicina" (sic) "el mayor número de clases, no habiendo por lo regular más de una hora libre, que yo aprovechaba asistiendo a la oficina, esto cuando no había falta de los profesores, que entonces quedaba tiempo libre y entonces yo aprovechaba allá en la oficina de la Fiscalía. El otro tiempo que quedaba en la mañana me lo suplía mi hermano Benjamín, quien le quedaban más horas desocupadas porque él era estudiante de derecho y él me ayudaba en la oficina a mí, sobre todo en llevar y traer correspondencia y registrar los negocios que iban llegando porque se necesitaba que alguno recibiera papeles que llegaban a la Fiscalía, por lo regular a él le tocaba radicar los negocios que llegaban a la Fiscalía y repartir a las oficinas los expedientes después de haber hecho las vistas fiscales. Digo más el doctor Tinoco nunca quería que mi hermano como en efecto nunca lo permitió que hojeara los expedientes por lo que me recomendaba que los tuviera dentro de los cajones cuando estaban en estudio. El trabajo mío consistía en hacer las vistas fiscales recuerdo muy bien que el mayor trabajo era hacer las vistas de prescripción, de las cuales habían muchas durante el mes, el doctor Tinoco me tenía hechas para que yo las elaborara exactamente modelos de estas vistas, me señalaba los expedientes para prescripción, yo los elaboraba por mi cuenta con atención a los datos que trae el expediente en la primera página, en la carátula, y lo dejaba para la firma, recuerdo de tánto hacer estas vistas más o menos esquemáticamente los términos de ellas eran dirigidas al Magistrado ponente se referían en un principio a la solicitud del Juez de cesar las sumarias y se indicaba el nombre de la persona que cometía el delito y la clase de delito, luego después el Fiscal hacía cita del artículo 105 del C Penal y terminaba diciendo que el Juez del conocimiento en virtud de la interpretación de este artículo había hecho una aplicación correcta del número 153 del C. de P. Penal, yo nunca he tenido un interés especial por los asuntos esos de Derecho porque yo soy médico, pero estas cosas yo las recuerdo por la rutina, la oficina nunca se perjudicó por mí, porque cuando no eran suficientes las horas que yo tenía en el día para atenderla, yo iba al Hotel Panamá, que allí vivía el doctor Tinoco Pérez, y en su apartamento hacíamos las vistas fiscales que no teníamos tiempo de elaborar en la oficina, las dictaba el doctor Tinoco Pérez y yo las escribía, inclusive los días de fiesta y domingos, en muchas ocasiones yo me resentía con el doctor Tinoco, quien me exigía que en esos días inhábiles me fuera a trabajar con él....".

Refiere Benjamín Lengua Puche

"....empezaré por aclarar que mi hermano Alvaro, en ese entonces estudiante de medicina, al ser nombrado solicitó al doctor Tinoco Pérez que debido a sus ocupaciones de estudiante permitiera que en horas le cuidara la oficina para él poder asistir a sus clases y no perjudicarse en sus estudios. En presencia mía el doctor Tinoco Pérez puso obstáculos, le dijo que yo debía de saber como estudiante de derecho que los asuntos relacionados con sumarias, sobre todo en el ramo penal, tenían una reserva, reserva que al violarse constituía delito, que accedía no más para que cuidara la oficina, recibiera los negocios sin enterarme de ellos e hiciera diligencias de correspondencia, como poner la correspondencia de la oficina en el correo, llevar los expedientes que se devuelven al Tribunal Administrativo y todas aquellas diligencias que no fueran a dar motivo para que se conociera o conocieran los sumarios y las causas que el H. Tribunal de Justicia de Bolívar enviara a esa Fiscalía cuando debían surtirse los trámites de rigor. Conocedor yo de esas circunstancias, ya que estudiaba derecho y me habían enseñado eso mis profesores, forzado por la necesidad de ayudar a un hermano mío, cuidé esa oficina, nunca me tomé la libertad de leer un solo negocio penal, nunca se me puso a hacer una vista fiscal, entre otras cosas porque para ese entonces no escribía ni siquiera regularmente en máquina. Mi hermano Alvaro, y esto me consta, cumplía con su deber hasta el punto de trasladarse al Hotel Panamá, cuando el trabajo así lo requería, en las primeras horas de la noche, para aprovechar ese tiempo y poder cumplir con sus funciones. En ocasiones, no en todas, se me mandaba a cobrar la nómina cuando Alvaro no tenía tiempo para eso, en ocasiones el cheque era conjunto con el doctor Tinoco y mi hermano Alvaro y en ocasiones separados, es decir, un cheque para el doctor Tinoco y un cheque por el sueldo de mi hermano Alvaro, cheque que se los entregaba a ellos, que ellos cobraban, que ni el doctor Tinoco ni mi hermano Alvaro tenían obligación de darme de eso

dinero nada, claro está y eso es obvio, que si mi hermano le provocaba darme algo, ya sea de ese sueldo o del que ganaba poniendo inyecciones como estudiante de medicina que era para ambos subsistir y poder llevar a cabo unos estudios, lo hacía, y en honor a la verdad, yo le daba a él y él me daba a mí de lo poco que conseguíamos, cosa común y corriente entre hermanos....".

Estas aseveraciones aparecen confirmadas con varios testimonios, como los de Rafael Payares (folio 118 vuelto) y Tiberio Trespalacios Mesa (folio 141), quienes declaran haber visto a Alvaro Lengua Puche en la pieza ocupada por el doctor Tinoco en el Hotel Panamá de la ciudad de Cartagena realizando trabajos relacionados con su oficio de Secretario de la Fiscalía segunda es decir, escribiendo en máquina lo que dictaba el doctor Tinoco, etc.; el de Napoleón Peña Alemán (folio 119 vuelto), quien afirma que la persona que desempeñaba el cargo de Escribiente era el propio Alvaro Lengua Puche, y con otros varios (Rafael Sánchez Orozco -folio 39-, Aníbal Pérez Sotomayor -folio 47-, Fernando Polanco H. -folio 53-, Carlos Alvarez Prada -folio 54-, Carlos Malo Pupo -folio 80- y Amaury Guerrero Agames -folio 109 vuelto-), de los cuales se deduce que los hermanos Lengua Puche se repartían el trabajo correspondiente a la Secretaría de la oficina mencionada.

Pero también hay testigos que sostienen que quien en verdad desempeñaba las funciones de Escribiente era Benjamín. Tales testigos son, como los más afirmativos, estos: David Mercado Guerra (folio 27), Donaldo Hernández (folio 27 vuelto) y Héctor Bula Sánchez (folio 123).

Falsedad en documento público

Hay alguna diferencia entre documentos públicos y documentos oficiales. Los primeros son los expedidos por funcionarios creados especialmente para dar fe —en forma solemne— de ciertos actos, como lo hacen los Notarios y los Registradores; y los segundos son aquellos que, destinados a satisfacer las necesidades o conveniencias del servicio público y que provienen de empleados que auncuando no tienen el cargo específico de certificar sobre actuaciones en determinados casos, cumplen función análoga. Como hay también documentos que participan de la calidad de privados y de públicos, como las nóminas, por ejemplo. Porque si la nómina es cuenta particular o privada en cuanto que con ella se cobra una cantidad, es también un documento público en cuanto establece una relación entre el titular del crédito y el pagador oficial. De manera que cuando en ella, para autorizar el cobro, se afirma un hecho contrario a la verdad, se incurre en un delito que compromete la fe pública. A condición de que se establezca, no el daño efectivo, que éste no es requisito esencial en los delitos de falsedad en documentos oficiales, sino el interés ilegítimo que lleva implícito el acto de desfigurar lo que es cierto o debe ser estimado como auténtico. Y sea del caso advertir que no es lo mismo declarar —maliciosamente— que un determinado inmueble está libre de gravamen, que certificar sobre algo que no obstante ser ficticio no conlleva la posibilidad de un fraude ni constituye una maniobra capaz de transtornar la adecuada marcha de los servicios institucionales. En el primer caso, la fe pública se afecta evidentemente y hay un daño efectivo o por lo menos potencial; en el segundo no ocurre lo uno ni lo otro. Y éste es, precisamente, el contemplado ahora. Porque en el supuesto de que fuera Benjamín Lengua Puche el ejecutor de las tareas adscritas al oficio de Escribiente de la Fiscalía Segunda del Tribunal Superior de Cartagena y no su hermano Alvaro, que fue nombrado para el cargo, aparte de la irregularidad que ello implica y que en cierta forma deja de serlo, puesto que hay disposición que autoriza tales situaciones (artículo 330 del Código de Régimen Político y Municipal), no se vislumbra ninguna otra susceptible de engendrar hechos que constituyan un daño positivo o posible para el servicio público, ni de ser inverídico el atestado en la nómina de que Alvaro trabajó X días, habiendo sido Benjamín quien lo hizo, se desprendería consecuencia gravosa para el fisco ni habría en el ánimo del sindicado más propósito que el expuesto, o sea el de resolver un estado de cosas de orden económico entre los dos hermanos, sin miras a obtener de parte del aseverante provecho propio u otros similares. O, lo que es lo mismo, no se configuraría ni la posibilidad del perjuicio ni el dolo que el delito requiere.

Pero, además, ese supuesto no ha dejado de serlo, porque no ha recibido ningún dato evidente que lo convierta en realidad. Lo que hasta ahora se ha establecido —y no hay probabilidades de que surja algo distinto— es que Benjamín reemplazaba a Alvaro en las horas en que el primero no le era posible atender a los menesteres de la oficina, y entonces no aparece comprobado el delito de falsedad ideológica que se le atribuyó al doctor Tinoco Pérez, ilícito en

que se incurre en casos como estos: cuando se certifica falsamente sobre un hecho, cuando se declara una cosa por otra, cuando se hace figurar a un testigo bajo nombre supuesto, etc.

Cree, pues, la Sala que no siendo útil para la investigación el prolongarla más allá de los términos legales y que no habiéndose comprobado la realización del hecho delictuoso, procede aplicar el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse satisfecha una de las exigencias —la del numeral 1º— de dicho precepto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal,— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, **sobresee definitivamente** en favor del doctor **Augusto Tinoco Pérez**, en su condición de Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena, por el cargo de que se le acusó en la denuncia del veintiseis de mayo **de mil novecientos cincuenta y tres.**

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.— Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA AFIRMACION DE LA RIÑA IMPREVISTA NO EXCLUYE LA DEL ASESINATO

1—La causal segunda de casación es improcedente alegarla en los juicios en que interviene el Jurado; ella hace referencia directa al examen contradictorio de los hechos y a las pruebas allegadas dentro del proceso; de serlo, se desvirtuaría la naturaleza de los juicios de conciencia, porque el Juri, en la apreciación de los hechos y pruebas del proceso, sólo tiene como criterio normativo de sus actos —para efecto de la responsabilidad— el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", y esta norma de apreciación no puede ser supeditada por el criterio del juez de derecho, orientado en la interpretación legal de las pruebas. Por otra parte, el estudio de esta causal daría lugar a que el recurso de casación se convirtiera en una tercera instancia, pues su conclusión no podría ser otra que la declaración de la contraevidencia del veredicto, función que no es propia de la Corte en casación, sino de los juzgadores de instancia.

2—La afirmación de la modalidad de la riña imprevista no excluye en ningún caso la del homicidio calificado —asesinato—, porque esa modalidad, por una parte, se predica del homicidio intencional, del preterintencional, del concausal y del asesinato, y, por otra, porque los delitos de lesiones personales y de homicidio cometidos en riña suscitada de modo imprevisto, no son figuras autónomas o delitos independientes, sino subordinados y dependientes de los capítulos I y II del Título XV, que se refieren a los delitos contra la vida y la integridad personal; por esto es por lo que en el artículo 384 del Código Penal no determina una pena base, sino una atenuante para el delito principal, que puede ser homicidio en las acepciones anotadas, o bien un delito de lesiones personales, cuando dice: "las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En sentencia de noviembre diez y ocho (18) de mil novecientos cincuenta y dos (1952), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán condenó a Leonidas Medina Valencia a la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsable de la muerte de Manuel José Revolledo.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de Medina Valencia, y como se hallan cumplidas las formalidades legales se procede a su estudio.

Antecedentes:

En las cercanías de la población de Caldono residían los esposos Manuel José Revolledo y María Cruz Bototo. Parece que las relaciones conyugales no eran cordiales sino de hostilidad, debido a las ilícitas existentes entre María Cruz con Leonidas Medina, quien —según se dice— había manifestado el propósito de ultimar a Revolledo. El cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y siete, según testimonio de Medina, se suscitó una riña entre los esposos Manuel José Revolledo y María Cruz Bototo en la cual intervino Medina, cuyo resultado fué la muerte de Revolledo, acto del cual, confiesa ser responsable Medina.

Llamado a responder en juicio, y tramitada la causa, a los Jueces de conciencia se les interrogó sobre la responsabilidad del acusado, como autor de un homicido agravado por la sevicia. El Jurado afirmó la responsabilidad, con la circunstancia de que los hechos se habían realizado dentro de un riña suscitada de modo imprevisto.

Sobre esta respuesta se estructura tanto el fallo de primera como de segunda instancia, y lo

pena impuesta fué la de diez años de presidio, y es contra esta sentencia que se interpuso recurso de casación.

Demanda

El apoderado del recurrente invoca como causales de casación, la primera, segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal Segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el recurrente que los móviles del homicidio no fueron otros que la pelea o riña, y que, como éstos —los móviles— son elementos constitutivos del delito modifican su responsabilidad. "Luego, no se le dió a los hechos el valor probatorio que tienen en verdad, produciéndose con este sistema una injusticia que debe repararse".

Se observa

Esta causal es improcedente alegarla en los juicios en que interviene el Jurado; ella hace referencia directa al examen contradictorio de los hechos y a las pruebas allegadas dentro del proceso; de no serlo, se desvirtuaría la naturaleza de los juicios de conciencia, porque el Juri en la apreciación de los hechos y pruebas del proceso sólo tiene como criterio normativo de sus actos —para efecto de la responsabilidad— el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", y esta norma de apreciación no puede ser supeditada por el criterio del Juez de derecho orientado en la apreciación legal de las pruebas. Por otra parte, el estudio de esta causal daría lugar a que el recurso de casación se convirtiera en una tercera instancia, pues, su conclusión no podía ser otra que la declaración de la contraevidencia del veredicto, función que no es propia de la Corte en casación sino de los juzgadores de instancia. Esta es la doctrina consagrada como norma jurisprudencial.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causal Primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el recurrente que al afirmar el Juri la responsabilidad del homicidio con la modalidad de la riña "situó este ilícito en el artículo 362 del C. Penal, en relación con el 384 de la misma obra" y que el juzgador no podía para efecto de la imposición de la pena salirse de estos límites, y que "a pesar del claro veredicto del Jurado le hizo más gravosa su situación jurídica a Medina lencia, porque lo sancionó con una pena superior a la que prescribe el artículo 362 de la obra citada, que es en grado mínimo de ocho años de presidio. En estas condiciones como se comprende fácilmente, ha habido errónea o indebida aplicación de la ley penal".

Se considera:

La tesis enunciada por el recurrente —pero no demostrada— sería evidente si el cuestionario y veredicto hiciera referencia exclusiva a la realización de un homicidio intencional dentro de las circunstancias previstas por el artículo 384.

El cuestionario sometido a la consideración del Jurado plantea dos hipótesis jurídicas dentro de las cuales se realizó el hecho. La primera, la de un homicidio intencional, y la segunda, la de si ese homicidio puede ser agravado por la circunstancia de haberse cometido con sevicia. La sevicia, dentro del homicidio no es una circunstancia de mayor peligrosidad, sino modificadora del mismo, o lo que con mayor propiedad se puede denominar elemento constitutivo del delito y que dentro de la legislación penal colombiana se denomina asesinato.

El Juri afirmó la responsabilidad del homicidio agravado —asesinato— y añadió la modalidad de haberse ejecutado dentro de una riña suscitada de modo imprevisto; y tanto el Juez como el Tribunal aceptaron el veredicto y sobre esa decisión interpretaron las disposiciones legales para efectos de la pena. Es natural que la sanción tenía que sujetarse a las disposiciones de los artículos 362, 363 y 384, el primero, base del homicidio intencional por el hecho de haber causado la muerte con el propósito de matar; el segundo, atinente al hecho de ser el homicidio agravado —asesinato— por el reconocimiento del elemento sevicia (numeral 7º), y el tercero, correspondiente a la modalidad de la riña imprevista que también fue reconocida por el Juri. Si sobre estas bases reconocidas por el Juri en su veredicto, se estructura el fallo, los cargos son inoperantes.

La afirmación de la modalidad de la riña imprevista no excluye en ningún caso la del homicidio calificado —asesinato— (tesis que quiso plantear el demandante) porque esa modalidad, por una parte, se predica del homicidio intencional, del preterintencional, del concausal y del asesinato, y por otra, porque los delitos de ho-

micidio y lesiones personales cometidos en riña suscitada de modo imprevisto, no son figuras autónomas o delitos independientes, sino subordinados y dependientes de los capítulos I y II Título XV que se refieren a los delitos contra la vida y la integridad personal; por esto es, por lo que, el artículo 384 del Código Penal, no determina una pena base sino una atenuante para el delito principal que puede ser homicidio en las acepciones anotadas, o bien, un delito de lesiones personales, cuando dice: "las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad". Pero esto no quiere decir, que el reconocimiento de esta circunstancia tipifique un hecho delictuoso distinto, sino, simplemente, una modalidad para efectos de la disminución de la sanción en cada caso concreto.

Así, pues, el cargo formulado no prospera.

Causal Tercera

Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"Teniendo en cuenta que el Jurado del Pueblo —dice el recurrente— respondió al cuestionario que se le planteó con un SI, modificándolo con las prescripciones del artículo 384 del C. P., se deduce sin necesidad de hacer mucho esfuerzo mental que la sentencia se encuentra en perfecto desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Y más adelante agrega:

"Si es verdad también que olvidó agregar a su respuesta la palabra imprevista para el caso en nada modifica su respuesta ni le resta el valor que quiso darle, ya que los hechos demuestran que esa riña fué imprevista porque Medina Valencia no la esperaba y mucho menos a esas horas de la noche. De manera que el fallo dado en su caso, en la forma como se ha producido, apartándose en un todo de la realidad procesal, no tiene respaldo ninguno en las probanzas de los autos".

Se replica

Parece que el demandante no hubiera reparado en los términos del cuestionario ni del veredicto. El Jurado al responder a la pregunta única del cuestionario que contempla los hechos y la responsabilidad del procesado, dice: "Sí, en riña suscitada de modo imprevisto". De manera que la modalidad relativa a la riña imprevista fué expresamente reconocida y declarada por el Jurado, y en estas condiciones, el cargo es inoportuno por decir lo menos. Por otra parte, la sentencia, como ya se expresó se ciñe estrictamente a lo declarado en el veredicto, y el Juzgador de instancia —Juez y Tribunal— desarrollaron e interpretaron la decisión del Juri de conformidad con las disposiciones legales pertinentes al caso.

"Por tanto —dice la Procuraduría— resulta perfectamente claro que los Jueces de conciencia reconocieron expresamente la riña suscitada de modo imprevisto y que el Tribunal la computó para individualizar la sanción, o sea que no tiene ningún fundamento la aseveración del señor defensor en el sentido de que el Jurado "olvidó agregar a su respuesta la palabra "imprevista" y que los Jueces de derecho "no tuvieron para nada en cuenta la modalidad de la riña".

Por esto, el cargo no es fundado.

Causal Séptima

Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Para el caso de que no prosperen las causales anteriores, propone ésta, como subsidiaria, y expresa: que es una realidad procesal que el hecho fué cometido en riña imprevista y que "si en el veredicto había necesidad de expresarlo con palabras, ante la realidad procesal y la verdad jurídica, tal veredicto sería contrario a la evidencia de los hechos".

Esta es una causal que se enuncia pero no se demuestra. El planteamiento de ella es confuso, sin criterio y sin orientación definida. Parece que en concepto del demandante el veredicto es contradictorio porque el Juri no hizo la declaración de la riña imprevista, pero ya se vió que, en este punto, el recurrente se halla equivocado, porque el Jurado expresamente hizo la declaración de ser la riña imprevista.

Si el veredicto, como lo afirma el demandante, "es contrario a la evidencia de los hechos" la causal no es pertinente, porque el examen de los hechos y pruebas del proceso frente al veredicto es tema atinente a las instancias del juicio, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal; en cambio, la contradicción del veredicto sí es tema de la causal séptima de casación. La contradicción se predica, única y exclusivamente, de los términos a proposiciones en que se halla redactada la respuesta del Juri, pues sólo la confrontación de esos términos puede llevar a la conclusión de

que el veredicto es contradictorio, pero, para hacer esa declaración hay que impugnar la sentencia por este motivo, para saber en qué consiste la contradicción en los términos o proposiciones del veredicto.

"La casación —sostiene la Corte— es un medio extremo, extraordinario, especial y limitado. Mas que un recurso en el sentido común del vocablo, es una acción de puro derecho que se intenta contra un fallo que se presume jurídico, y de ahí que haya necesidad de prueba suficiente para invalidarlo o que se demuestre que contraría los preceptos que le da consistencia ante la ley".

"Si es extraordinario, no puede confundirse con una tercera instancia. Si es limitado, no pueden tenerse en cuenta más causales que las expresamente invocadas. Si es especial, requiere una demanda ajustada a la técnica" que debió ser uno de los principales fundamentos de la petición del recurrente, pero, es lo cierto, que en las causales invocadas, se aduce el motivo de impugnación pero no se hace ningún esfuerzo por demostrar en qué consiste la violación de la ley, y, la Corte, no puede suplir las deficiencias de la demanda, ni buscar una forma distinta de interpretación al pensamiento del recurrente.

Por este motivo, la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior de Popayán, por el cual se condena a Leonidas Medina Valencia a la pena principal de diez años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. —Domingo Sarasty Montenegro. —Pedro Arturo Sanabria, Conjuez. —Julio E. Argüello Secretario.



NULIDAD POR NO HABERSE NOTIFICADO PERSONALMENTE AL PROCESADO EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO

Aunque de conformidad con lo ordenado en el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, la notificación del auto de proceder debe hacerse al procesado y a su defensor "personalmente", lo que se explica obviamente por tratarse de la providencia en que se le deducen al primero los cargos de que debe responder en juicio, a fin de que pueda ejercitar el derecho de defensa; es lógico, por otra parte, que si el interesado ha comparecido en las respectivas diligencias después de dictarse tal providencia y ha dejado transcurrir el lapso de treinta días sin formular la reclamación correspondiente, el auto de enjuiciamiento se suponga conocido y su notificación se dé por legalmente cumplida. No otro es el sentido de la segunda parte del numeral 3º del artículo 198 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Viene a la Corte el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Barranquilla contra el doctor Emiliano I. Morillo, por abuso de autoridad y otras infracciones, para que se surta el recurso de apelación interpuesto por el procesado contra el auto de fecha 26 de noviembre de 1952, por medio del cual se negó la nulidad de lo actuado.

Consta de autos que el Tribunal en mención dictó sobreseimiento definitivo en favor del sindicado, por los cargos que se le hicieron en su condición de Juez ad-hoc del Circuito de Sabanalarga, y que la Corte, al revisar por consulta esa providencia, la revocó para llamar a responder en juicio al doctor Morillo por hechos consistentes en "haber omitido, como Juez ad-hoc del Circuito de Sabanalarga, declararse impedido para conocer com tal de algunos negocios en que figuró como apoderado de las partes".

La referida providencia de la Corte se notificó al señor Procurador Delegado, y también por estado según consta al folio 22 del cuaderno número 4, y el proceso se devolvió al Tribunal de origen, donde se dictó el auto de fecha 13 de agosto de 1952, visible a folio 130 v., del cuaderno número 2, que dice: "Queda abierto a prueba este juicio por el término de tres días (art. 4º D. E., Nº 1231 de 1951)". De dicho auto fue notificado personalmente, con fecha 18 de agosto de 1952, el doctor Morillo, quien firmó la respectiva diligencia "diciendo que ya presentó escritos de pruebas". Efectivamente, éstas se habían solicitado el 14 de agosto del mismo año, y fueron decretadas (fols. 12 a 17 del cuaderno Nº 3).

En este estado el proceso, la Corte se informó de que no le había sido notificado el auto de proceder al doctor Morillo y, por medio del telegrama del 28 de octubre de 1952 (fl. 25 del cuaderno Nº 4), dirigido al Tribunal de Barranquilla, se exigió el cumplimiento de tal formalidad. Notificado el doctor Morillo (fl. 26 ibidem) de dicha providencia presentó el escrito de folios 27 y 28 de ese mismo cuaderno, donde alega la nulidad de la actuación en estos términos:

"...porque habiéndose adelantado el proceso al extremo de quedar el negocio en estado de recibir el fallo, es decir, después de haberse practicado pruebas y haber producido yo un escrito de fondo, se toma aquella medida (la de notificar el auto de proceder) sin decir nada de lo actuado en aquel sentido, lo que da idea de que pueden coexistir aquellos elementos de juicio y la nueva etapa que va a tener el negocio a partir de la notificación que se ordena hacerme. No entiendo yo así las cosas, porque de cualquier modo que sea el proceso denuncia la existencia de una actuación cuyo valor debe ser declarado, si es que al-

guno tiene, y, en caso contrario manifestarlo así para evitar que más tarde, creído yo de su valor probatorio, me cruce de brazos y en otros estado del negocio se le desconozca eficacia y se produzcan efectos contrarios a los que aspiro. Por esta razón y sin profundizar el estudio de la cuestión que dejo planteada, haciendo uso del derecho permitido por el artículo 183 del Código de Procedimiento Penal, le vengo a pedir, muy respetuosamente, se sirva reponer su mencionado auto de fecha cinco (5) de los corrientes en el sentido de declarar previamente la nulidad de lo actuado y, en su defecto y subsidiariamente, concederme el recurso de apelación, puesto que considero el referido auto, desde el punto de vista en que queda colocada la actuación, no de mera sustanciación sino interlocutorio...".

Por auto de fecha 26 de noviembre de 1952 (fls. 28 y 29 del cuaderno Nº 4), el Tribunal a quo se negó a declarar la nulidad pedida. La Corporación no accedió a reponer su proveído, y concedió al recurso subsidiario de apelación, por cuya virtud han vuelto a la Corte las presentes diligencias.

Se considera:

La causal de nulidad alegada es la prevista en el ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"No haberse notificado en debida forma el auto de proceder; pero esta causal de nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal"

De conformidad con lo ordenado en el artículo 170 de la misma Obra, la notificación del auto de proceder debe hacérsele al procesado y a su defensor "personalmente", lo que se explica obviamente por tratarse de la providencia en que se le deducen al primero los cargos de que debe responder en juicio, a fin de que pueda ejercitar el derecho de defensa. Pero es lógico, por otra parte, que si el interesado ha comparecido en las respectivas diligencias después de dictarse tal providencia y ha dejado transcurrir el lapso de treinta días sin formular la reclamación correspondiente, el auto de enjuiciamiento se suponga conocido y su notificación se dé por legalmente cumplida. No otro es el sentido de la segunda parte del numeral 3º del artículo 198 anteriormente transcrito.

En el caso sub-judice se tiene que, con fecha 25 de julio de 1952, la Secretaría del Tribunal de Barranquilla recibió de la Corte, donde se había proferido providencia enjuiciatoria contra el doctor Morillo, el proceso adelantado contra éste, y que el 13 de agosto siguiente aquella entidad abrió a pruebas el negocio, por auto que el 18 del mismo mes se le notificó al procesado personalmente. Entre esta fecha y el 10 de noviembre de 1952, en que el acusado reclamó por la falta de notificación personal del auto de proceder, transcurrieron más de treinta días, sin que se le hiciera objeción alguna al procedimiento. "Tanto más se aleja la existencia de la nulidad —comenta el Procurador Delegado, refiriéndose a la causal aquí examinada— si se tiene en cuenta que el doctor Morillo es abogado y que, como él mismo lo expresa, ha sido Juez de Circuito y Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena..., Magistrado por tres períodos consecutivos (fl. 12, cuaderno 3º); y en esas condiciones sabe muy bien que para pedir pruebas durante el juicio, hay que hallarse plenamente informado del auto de proceder".

No es, pues, el caso de aceptar la nulidad alegada por el doctor Emiliano I. Mórillo, ni habrá lugar, por consiguiente, a declarar prescrita la acción, como también lo solicita aquél con pretendido fundamento en "lo prevenido en el artículo 105 en relación con el 107 del C. P.".

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, CONFIRMA el auto recurrido del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha 26 de noviembre de 1952, materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty Montenegro.— Alejandro Camacho Latorre Conjuez.— Julio E. Argüello, Secretario.

CUANDO LA JUSTICIA MILITAR ES COMPETENTE PARA CONOCER DE PROCESOS CONTRA CIVILES AL SERVICIO DE LAS FUERZAS DE POLICIA Y POR DELITOS COMUNES COMETIDOS POR ELLOS

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 1426 de 1954, reglamentario del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, para la fijación del reconocimiento del respectivo proceso en la Justicia Militar, se requiere no sólo que el sindicado fuera, en el momento de cometer el ilícito, un civil al servicio de las Fuerzas de Policía, sino también, si se trata de un delito común, que él haya sido cometido con ocasión del servicio o con pretexto de él.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, abrió causa criminal, con intervención del Jurado, contra José Adelmo Rodríguez Rodríguez por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Alberto Castro Parra en la noche del 15 de agosto de 1953, en la población de Junín, y sobreseyó definitivamente en favor de otros sindicados.

Con fecha 11 de marzo de este año, el Juzgado ordenó, para dar cumplimiento al Decreto número 2900 de 1953 (art. 140), la remisión del negocio al Comando de la Brigada de Institutos Militares, por competencia.

La Auditoría Tercera Auxiliar de Guerra, en providencia del 30 del mismo mes de marzo, anota que cuando Rodríguez cometió el hecho materia de la investigación no tenía fuero alguno; que apenas era Enfermero de 1ª al servicio de la Policía Nacional, "División Boyacá"; que ni siquiera vestía uniforme que lo acreditara como militar y que se encontraba en uso de vacaciones.. Concluyó la Auditoría que el proceso es de competencia de la Justicia ordinaria, en razón de lo cual la Brigada de Institutos Militares devolvió el expediente a la oficina de origen. Reasumido por ésta el conocimiento, el procesado alegó pertenecer a las Fuerzas de la Policía y pidió el envío del proceso a la Justicia Castrense. El Juzgado así lo dispuso; pero la Justicia Militar insistió en no aprehender el conocimiento del negocio, en atención a la doble circunstancia de que el sindicado era sólo un civil al servicio de las Fuerzas de Policía y de que los hechos no ocurrieron con ocasión o pretexto del servicio. En esa virtud, la Brigada de Institutos Militares remitió las presentes diligencias a la Corte, "a fin de que se dirima la colisión de competencias".

Se considera:

Por mandato del artículo 3º del Decreto número 1814 de 1953, la Policía Nacional pasó a formar parte activa del Ministerio de Guerra, así como las policías departamentales y municipales, que fueron incorporadas a la Nacional por el Decreto número 1897 del mismo año.

El Decreto número 2900 de 3 de noviembre de 1953 dispuso:

"Artículo 140. Los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones de este Decreto....".

La anterior disposición legislativa fué reglamentada por el Decreto número 1426 de 1954, que en su artículo 2º dijo:

"De los delitos previstos en el Código de Justicia Penal Militar que cometan los civiles al servicio de las Fuerzas de la Policía, y de los delitos comunes cometidos por esos mismos civiles con ocasión del servicio o con pretexto de él, conocerá la Justicia Penal Militar."

De autos aparece que José Adelmo Rodríguez había sido nombrado, por el Comandante de la Policía Nacional, "División Boyacá", como Enfermero de 1º en la referida Unidad a partir del 1º de julio de 1953; y que, cuando ocurrió el hecho de que da cuenta el informativo se encontra-

ba en uso de licencia por el término de diez días, que vencía el 23 de agosto del mismo año (fls. 107 a 108). Su condición era, pues, la de un civil al servicio de aquellas fuerzas en la ciudad de Tunja, lugar del desempeño de su cargo, y el homicidio que se le imputa se cometió en la población de Junín, cuando ingería bebidas embriagantes en el curso de una fiesta religiosa.

No se trataba, en consecuencia, de un miembro de la Policía con fuero militar, y aunque Rodríguez tenía el carácter de civil al servicio de las Fuerzas de la Policía y cometió un delito común, faltaría el elemento "con ocasión del servicio o con pretexto de él" que, al tenor de lo preceptuado en el artículo 2º del Decreto número 1426 de 1954, reglamentario del Decreto número 2900 de 3 de noviembre de 1953 y vigente en la época de la comisión del ilícito, se hace necesario para la fijación, en la Justicia Militar, del respectivo conocimiento.

Es suficiente lo expresado para determinar que la competencia para conocer de este proceso no corresponde a la Justicia Penal Militar, sino a los Jueces ordinarios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME el incidente de colisión de competencias en el sentido de atribuír a la Justicia Penal Común el conocimiento del presente negocio.

En consecuencia, de esta investigación seguirá conociendo el Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y dése aviso al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

REQUISITOS PARA QUE LA INTERVENCION EN POLITICA POR PARTE DE UN EMPLEADO JUDICIAL CONFIGURE DELITO

Para que un funcionario o empleado judicial incurra en responsabilidad penal por haber intervenido en política, no es necesario o indispensable que haya una típica actuación beligerante, ni se requiere que el acusado desarrolle una actividad extrema de agitación, o que se encargue de movilizar fuerzas electorales o de pronunciar discursos, o que se entregue a tareas semejantes, sino que basta que posponga sus deberes a la primera solicitud para demostrar su temperamento combativo, la vehemencia de sus pasiones o la inclinación a tomar parte, así sea soslayadamente, en la pugna, no siempre civilizada, por desgracia, de las fuerzas o corrientes políticas. Porque no es el hecho, considerado en sí, y que podría ser aislado o accidental, lo que le infunde gravedad al ilícito, que no es de daño sino de peligro, de capacidad para asumir una posición contraria al cargo que se desempeña y que refleja evidentemente una coducta que se opone al ejercicio de un ministerio que debe hallarse libre de todo cuanto pueda perturbarlo, si es que ha de cumplirse dignamente. Por eso la ley no exige que haya dolo especial o más ánimo que el común de trasgredirla, para que quede configurada la infracción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Un mes de arresto e interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término es la pena que con el carácter de condicional y de acuerdo con el artículo 81 del estatuto punitivo —se le ha impuesto a Alberto Jaimes Alvarez en sentencia del veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, del Tribunal Superior de Bucaramanga, de la cual han apelado, sin manifestar expresamente el motivo, el Fiscal de dicha Corporación y el propio interesado.

En esta forma se le ha dado fin en primera instancia al proceso que oficiosamente se inició el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, tendiente a averiguar qué responsabilidad podía deducírsele al doctor Jaimes Alvarez por haber suscrito el siguientes despacho telegráfico, que fue publicado en el periódico "El Siglo", de Bogotá, en su edición del treinta y uno de octubre del mismo año, número 4.916:

"Málaga, octubre 15 de 1949. Laureano Gómez Siglo. - Bogotá. Vuestro nombre es símbolo radiante carácter, justicia, libertad y dignidad patria. La nacionalidad y el partido conservador hacen justicia a un esclarecido varón consular. La hora de la victoria definitiva para Colombia ha sonado con vuestra ilustre candidatura a la primera magistratura de la patria. Os acompañamos irrestrictamente en esta campaña por la consolidación de los principios tutelares y tradicionales que constituyen la esencia de nuestra nacionalidad. Con vuestro nombre, paso de vencedores. — Compatriotas, comando de juventudes Guillermo León Valencia.... Benigno Alberto Jaimes....".

Resulta de autos

a)—El quince de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, fecha del telegrama cuyo texto se acaba de transcribir, el doctor Jaimes Alvarez desempeñaba las funciones de Juez del Circuito de Málaga, según se ha acreditado con su respectivo decreto de nombramiento, acta de posesión y certificado sobre el ejercicio de aquéllas;

b)—El sindicado no sólo no negó el hecho, sino que convino en haber puesto su firma en un escrito que, en su sentir, transparentaba más que un acto político un reconocimiento de los méritos del ciudadano a quien iba dirigido, lo que acentúa con cierta expresión de altivez cuando

deja el siguiente comentario en algún pasaje de su indagatoria:

"....El fue hecho" (el telegrama) "por el Dr. Eulogio Correa Carvajal, perteneciente a un grupo de honrados ciudadanos que con nuestra conducta, ejemplo y crítica organizamos la resistencia civil y contra los latrocinios, las estafas, la explotación, la persecución y nefasta conducta de que fueron víctimas todos los habitantes de esta martirizada provincia de García Rovira, por parte de los entonces boyantes caudillos Carlos R. Parada, Senador; Joaquín Ortiz Duarte, Representante; Samuel Moreno Díaz y otros atarvanes más de igual o peor calaña. El mentado telegrama precisamente surgió como un acto de civismo ante el Dr. Gómez, que permitía a los firmantes esquivar otras compañías indeseables y no andar confundidos con la traílla aludida, sin que nos animara la menor intención de lucha partidista, de ofensa o de retaliación....".

c)—En el auto del trece de octubre de mil novecientos cincuenta, confirmado por esta Sala de la Corte el diez del mismo mes del año siguiente, se abrió causa criminal al mencionado doctor Jaimes Alvarez, por uno de los delitos de que trata el Capítulo 6º, Título 3º y Libro II del Código Penal;

d)—En la sentencia se indica como infringido el artículo 180 del Código Penal y se le aplica el mínimo de la sanción, por no concurrir circunstancias de mayor peligrosidad; y,

e)—Al juicio se le dio la tramitación correspondiente y no se observa en ninguna de las dos instancias pretermisión de las fórmulas establecidas en el procedimiento y que se señalen como constitutivas de nulidad.

Se considera:

Ha sido siempre una aspiración general la de apartar definitivamente a los funcionarios judiciales de toda ingerencia de orden político, dado el ardor con que suelen combatir quienes intervienen en las ásperas luchas de los partidos. Y esta aspiración, que tiene un fundamento tan sólido y que se justifica en sumo grado, como quiera que resulta incompatible participar en actividades que exaltan las pasiones con la función —que exige serenidad, calma y equilibrio— de administrar justicia, se ha concretado en normas expresas de la Suprema Ley en diversos instrumentos legales, cuya aplicación, sin embargo, se ha visto entorpecida o burlada con múltiples pretextos, bien sean de orden exegético o bien fundándose en que los textos que consagran la prohibición no fijan con exactitud ni su alcance ni sus límites. Porque se ha dado en afirmar que si sólo está vedado el intervenir en debates de carácter electoral, como lo dicen con brevedad la Carta (artículo 178) y el Código Penal (artículo 180), o hacer parte de directorios políticos (artículo 18 de la Ley 105 de 1931), todo lo demás es permitido y puede hacerse con entera libertad. De ahí que para evitar esta largueza en las interpretaciones, el artículo 4º del Decreto 0671, del 21 de febrero de 1947, precisó en forma clara el sentido de aquellos preceptos, diciendo que el hecho de firmar o autorizar la firma de manifiestos o declaraciones de adhesión o de rechazo a jefes políticos, o candidatos o programas de carácter político, es lo que constituye la intervención de que se trata. No es, pues, necesario o indispensable que haya una típica actuación beligerante, ni se requiere que el acusado desarrolle una actividad extrema de agitación, o que se encargue de movilizar fuerzas electorales o de pronunciar discursos, o que se entregue a tareas semejantes, sino que basta que posponga sus deberes a la primera solicitud para demostrar su temperamento combativo, la vehemencia de sus pasiones o la inclinación a tomar parte, así sea soslayadamente, en la pugna, no siempre civilizada, por desgracia, de las fuerzas o corrientes políticas. Porque no es el hecho, considerado en sí, y que podría ser aislado o incidental, lo que le infunde gravedad al ilícito, que no es de daño sino de peligro, de capacidad para asumir una posición contraria al cargo que se desempeña y que refleja evidentemente una conducta que se opone al ejercicio de un ministerio que debe hallarse libre de todo cuanto pueda perturbarlo, si es que ha de cumplirse dignamente. Por eso la ley no exige que haya dolo especial o más ánimo que el común de transgredirla para que quede configurada la infracción.

En resumen, en el caso presente se tiene: primero, que el delito se ha establecido plenamente, y en la misma forma se ha comprobado la responsabilidad del doctor Alberto Jaimes Alvarez; y segundo, que la sanción impuesta es la que corresponde y que debía ser fijada en su mínimo, de acuerdo con la siguiente consideración del Tribunal sentenciador:

"....Es cierto, como lo dijo el señor Fiscal en la audiencia, que la posición del Juez que el doctor Jaimes ocupaba era relievante social y jurisdiccionalmente, y debe sentarse un precedente

que ejemplarice y de a los empleados normas de rectitud, de honorabilidad y respeto, pero tal posición no puede considerarse como motivo operante de mayor peligrosidad, por cuanto, que no usó de su posición para llegar al acto que se sanciona, sino que, muy al contrario, el ejercicio de esa posición con criterio extraviado fue lo que lo condujo a ser juzgado como delincuente y sería considerar como agravante la misma materialidad del delito....".

Corresponde, pues, confirmarla, como lo ha pedido, previo análisis del contenido procesal, el representante del Ministerio Público en la segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, confirma en todas sus partes la sentencia de fecha, procedencia y contenido expresados.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario

APLICACION INMEDIATA DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO

1—Las leyes que crean los tribunales y determinan el procedimiento son de aplicación inmediata, salvo, claro está, que visiblemente resulten perjudiciales para el acusado, como sería el caso de obligar a quien fue absuelto en primera instancia a someterse a un segundo juicio por el hecho de que la ley posterior varió lo relativo al juzgamiento.

2—No toda ley que disponga algo que provenga de la fuente constitucional, como por ejemplo lo concerniente a la carrera judicial, a la milicia y la policía, a elecciones y escrutinios, a los gastos y funcionamiento de la Contraloría, a los tribunales de conflicto, a la competencia de los Jueces Municipales, a las incompatibilidades de los Representantes y Senadores y a tantas otras materias de simple marcha de instituciones y organismos administrativos, hay que entenderla como precepto sustantivo, sólo porque fue dictada en virtud de una facultad expresada por la Constitución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

En desarrollo del veredicto del Jurado, reunido en audiencia pública el veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, previos sorteos general y parcial en los días veintiocho de febrero y nueve de marzo del mismo año, de acuerdo en cuanto al número de sus componentes (tres) con el Decreto 242, del 3 de febrero de 1951, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, confirmó la de primera instancia, del Juzgado Segundo Superior de la ciudad nombrada, en la que se impuso a Daniel Castro Díaz la sanción principal de ocho años de presidio, como autor simplemente intencional de la muerte de Luis Enrique Chaparro, hecho ocurrido en la noche del veintitrés al veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Planteamiento de la demanda

Impugna este fallo el defensor del procesado, doctor Pedro Pérez Sotomayor, quien en la respectiva demanda invoca y sustenta la causal cuarta de casación, por haberse prenunciado en un juicio viciado de nulidad, cargo único que él formula y acerca del cual hace extensas consideraciones que lo llevan a sostener que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que a su patrocinado no se le juzgó conforme a las leyes preexistentes (artículo 481, Código de Procedimento Penal), sino en consonancia con el procedimiento establecido con posteridad al acto imputado (Decreto 242 de 1951), en vigencia desde el tres de febrero de ese año) y que resulta menos permisivo o favorable que aquél que regía en la época de la comisión del delito. En suma, que se convocó a 3 jueces de conciencia debiendo ser cinco, conforme a lo dispuesto en el artículo 481 ya citado, que él llama norma sustantiva, porque emana de la facultad constitucional concedida al legislador para la creación del Jurado en el artículo 164, que dice: "....La ley podrá instituír Jurados para causas criminales".

La prexistencia en materia procedimental

Las leyes que crean los Tribunales y determinan el procedimiento prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, es un principio consagrado en la legislación colombiana (artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887) y aplicado uniformemente por los Tribunales de Justicia del país.

Dar reglas sobre competencia, modificar la organización judicial e indicar el procedimiento que se debe seguir en la tramitación de los procesos penales son funciones que les corresponden a las leyes de forma y que tienen, por lo tanto, efecto retroactivo. Porque se supone que la última es superior a la primera, que la actual consulta en mayor grado las exigencias de la justi-

cia que la anterior y porque, en fin, todo cambio en estas materias tiende a darle mayor expresión y contenido al derecho, puesto que obedece a situaciones que se están viviendo cuando se expiden las leyes nuevas, determinadas siempre por la necesidad de corregir defectos o deficiencias de las precedentes, que no corresponden a su finalidad ni operan en la justa medida que se tuvo en cuenta cuando se establecieron.

Su aplicación es, pues, inmediata, salvo, claro está, que visiblemente resulten perjudiciales para el acusado, como sería el caso de obligar a quien fue absuelto en primera instancia a someterse a un segundo juicio por el hecho de que la ley posterior varió lo relativo al juzgamiento. Y de esto no se trata en el problema que el demandante le plantea a la Sala. Sus argumentos se dirigen a combatir uno inexistente, creando, de paso, este supuesto: el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto se limita a fijar el número de componentes del Jurado (cinco) es norma sustantiva, calidad que deduce del origen de esa disposición. A lo cual bastaría contestar así: la autoridad del congreso para expedir instrumentos legales deriva siempre de la Constitución y él en su ordenamiento no hace más que acatar los mandatos de la Suprema Ley.

Si la tesis del recurrente tuviera la más pequeña consistencia, entonces toda ley que disponga algo que provenga de la fuente constitucional, por ejemplo lo concerniente a la carrera judicial, a la milicia y la policía, a elecciones y escrutinios, a los gastos y funcionamiento de la Contraloría, a los tribunales de conflicto, a la competencia de los Jueces Municipales, a las incompatibilidades de los Representantes y Senadores y a tántas otras materias de simple marcha de instituciones y organismos administrativos, habría que entenderla como precepto sustantivo, sólo porque fue dictada en virtud de una facultad expresada por la Constitución.

En este particular, el artículo 481 sería tan sustantivo como el 1º del Decreto 242 de 1951. Aquél fijaba en cinco los jueces de conciencia y éste en tres. Su diferencia es apenas en cuanto al número de componentes del Jurado, y estaría por demostrar —si al caso viniera— qué perjuicios recibe un enjuiciado y en qué forma se menoscaba el derecho de defensa porque el veredicto sea el fruto de la voluntad de tres ciudadanos nada más y no de cinco.

El derecho del acusado no estriba en pedir que concurran a su juzgamiento tal o cual número de jueces, sino en que se le den los medios de demostrar su inocencia; y estos medios estuvieron todos al alcance y uso efectivo de Daniel Castro Díaz, pues no le faltó a él ninguna de las garantías consagradas para los procesos penales, ni se pretermitió forma alguna de las que son indispensables para satisfacer los intereses de la justicia.

Ya para finalizar, el demandante invita a la Sala a fijar la jurisprudencia sobre este tema, aludiendo al fallo de Corte Plena en que se declaró inexequible el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal, en la parte que sustrae los procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior.

Ambos son puntos suficientemente claros. Respecto del último, en el fallo del trece de mayo de mil novecientos cuarenta y uno se ponen los ejemplos en que se advierte cuáles son las ocurrencias en que resultan más favorables al acusado las disposiciones últimas, como es la del artículo 153 del vigente Código de Procedimiento Penal, que provee al amparo moral de los que han sido sumariados en forma temeraria, sin tener que someterlos a las eventualidades de un proceso dispendioso, y la que amplía las causales de casación. Y respecto del primer punto, el Ministerio Público, por medio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, que interviene en esta oportunidad, cita una doctrina de la Sala Penal de la Corte en la que se acoge un concepto del antecesor de quien ahora presta su colaboración Fiscal. Dice así:

"....Acerca de la irretroactividad de la ley en materia criminal no rigen los mismos principios en lo referente a los delitos y las penas y en lo que concierne al procedimiento para reprimirlos. Respecto a lo primero (delitos y sanciones), las normas penales sólo operan para el futuro y no tienen efecto retroactivo, a menos que beneficien la situación jurídica del procesado. En cambio, las leyes de procedimiento son retroactivas y de aplicación inmediata, aún a los negocios iniciados con anterioridad a su vigencia.... Una vez promulgada la norma procesal penal —dice Florián— se aplica no sólo a los procesos nuevos, que pueden ser llamados futuros con respecto a la ley misma, sino también a los pendientes, porque, por ser tal ley de carácter público, es una expresión directa de los intereses generales y públicos. Mientras en el dere-

cho penal sustantivo rige el principio de la no retroactividad (C. P., Art. 2º), en el proceso penal vale la retroctividad como regla y salvo particulares excepciones. La razón de ello es obvia. El proceso penal tiene un substracto de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasi-contratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo, el artículo 2º del C. P. no tiene paralelo en el procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza a los procesos pendientes, procesos incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación....".

En lo anterior se funda el Procurador Primero Delegado en lo Penal para pedir que no se invalied el fallo recurrido, y así habrá que resolverlo, por no prosperar la causal invocada, vale decir, por carecer de fuerza legal el cargo de que la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad.

En efecto, ya se ha visto cómo este cargo carece de comprobación. Porque si es evidente que cuando Daniel Castro Díaz cometió el delito de homicidio —por el cual fue declarado responsable en un debate en que dispuso de todos los recursos legales para defenderse—, no se había expedido el Decreto 242 de 1951, así mismo lo es que el contenido del artículo 1º de dicho Decreto, que se circunscribió a variar la composición del tribunal popular, es de mero procedimiento y bien se sabe, pero habrá necesidad de repetirlo, que la regla de que nadie puede ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que dé lugar al juicio, no se refiere à las que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, sino tan sólo a aquellos que definen y castigan los delitos. Y si esto es así, es preciso concluír que en el juicio en que fue vencido Daniel Castro Díaz no se omitió ninguna formalidad sustancial, y en cuanto a las disposiciones aplicadas, ellas estaban en vigor, o sea que preexistían cuando se hizo el sorteo de Jurados y se celebró la audiencia pública.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se confirma la del Juez Segundo Superior de la misma ciudad, que impuso en calidad de principal la pena de ocho años de presidio a Daniel Castro Díaz, como responsable de la muerte de Enrique Chaparro.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

CONSULTA DE SENTENCIAS PROFERIDAS EN JUICIO CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

Para que una sentencia proferida en juicio seguido contra entidad de derecho público sea consultable, no se requiere que contenga una condena expresa contra la parte demandada; basta que el fallo conlleve obligaciones claras, aunque implícitas en contra de los intereses de la dicha entidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, tres de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Se pide en el anterior memorial reposición del auto de fecha ocho de junio último, en la parte que dispone fijar el negocio en lista, para que en su lugar se resuelva que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en este juicio no es consultable.

Dice el recurrente que de conformidad con el art. 508 del C. J. sólo son consultables las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios, y que, como la dictada en este juicio no declara ninguna obligación, sino que se limita a reconocer el dominio de la Comunidad demandante sobre los terrenos y petróleos objeto del pleito, no es por tanto consultable. "Esta disposición —dice— es en esencia la misma del art. 30 de la ley 169 de 1896, la cual modificó la norma anterior contenida en la Ley 100 de 1892, cuyo art. 35 establecía que las sentencias pronunciadas contra la Nación, o las entidades departamentales o municipales eran siempre consultadas. El texto de dicha disposición tenía el siguiente tenor literal: "La Nación, los Departamentos y los Municipios no podrán ser nunca condenados en costas, y las sentencias que se dicten contra tales entidades se consultarán si no fueren apeladas por parte legítima". Y agrega que el precepto en vigencia restringió el alcance del anterior sobre la materia, pues de acuerdo con éste bastaba que se declarara algún pronunciamiento contra las entidades de derecho público para que fuese procedente la vía de la consulta; y en cambio la disposición actual expresa que sólo las obligaciones declaradas contra tales entidades originan la mencionada vía.

Se observa:

El artículo 508 del Código Judicial dispone: "Las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos y los municipios, en primera instancia, deben ser consultadas con el superior."

En el proyecto que precedió a la expedición del actual código, impreso por disposición de la propia comisión encargada de elaborarlo y bajo su cuidado, se encuentra, textualmente, la misma norma, en el artículo 507. Es decir, que no sufrió modificación alguna en el Congreso. Sobre esta materia regía antes, el artículo 30 de la ley 169 de 1896 que decía: "Las sentencias en los cuales se declare alguna obligación a cargo de la Nación, los Departamentos o los Municipios, serán siempre consultados con el Superior." La Comisión redactora del Código Judicial vigente, ley 105 de 1931, al explicar el art. 507 del proyecto, hoy el 508 dice: "En lo tocante a consultas se conserva la disposición protectora de los intereses de la Nación, los Departamentos y los Municipios, en virtud de la cual toda sentencia contra esas entidades debe consultarse con el superior....". Lo que indica claramente que cualquier duda que pudiera proponerse basada en textos anteriores, como la que sugiere el reclamante, al referirse al cambio que se produjo cuando se expidió la ley 169 de 1896, art. 30, quedó disipada por el comentario de la Comisión que al aludir al art. 507 del proyecto, hoy el 508, dijo que en virtud de esa norma toda sentencia contra las entidades públicas debe consultarse.

Los ordenamientos anteriores a los que acaban de citarse eran: el del art. 35 de la ley 100 de 1892 y el 968 de la ley 57 de 1887, que en su orden estatuían: "Artículo 35 —La Nación, los Departamentos y los Municipios no podrán ser nunca condenados en costas, y las sentencias que se dicten contra tales entidades se consultarán si no fueren apeladas por parte legítima"— "Artículo 968. Toda sentencia pronunciada contra la Nación se consultará precisamente con la Corte Suprema Federal, si no fuere apelada, procediendo el Juez y la Corte como si lo hubiera sido.....".

Se observa pues que el legislador siempre ha tenido en mira sobre esta materia que los intereses de las entidades de derecho público —nación, departamento, municipio— estén suficientemente protegidos, cuando **en contra** de ellos se produzca en primera instancia una sentencia; por donde se ve que el cambio de redacción en las diversas normas no implica modificación del concepto, ni distingo, ni restricción para determinados casos.

Pero aún aceptándose, en gracia de discusión, el citerio o interpretación restrictiva que propone el recurrente, se tiene:

La sentencia de cuya revisión por vía de consulta se trata, reconoce el derecho de dominio de la Comunidad demandante sobre el suelo y el subsuelo de los terrenos llamados "islas de los Gómez o Camargo" que la Nación le disputaba a aquella Comunidad en el juicio.

Es evidente que el texto literal de la parte resolutiva del fallo no contiene una decisión condenatoria expresa contra la Nación, porque tal condenación no fue pedida en la demanda, ya que el actor limitó sus pretensiones exclusivamente a la declaración que se hizo. Pero si ello es así, no puede negarse que el fallo conlleva obligaciones claras, aunque implícitas, en contra de los intereses de la Nación. Basta considerar que en los hechos que fundamentan la demanda (véanse apartes f) y g) de la relación de éllos (folios 145 v. y 146), se expresa que con desconocimiento de los derechos de propiedad de la Comunidad demandante sobre las tierras llamadas Islas de los Gómez o Camargo sobre la su' perficie, subsuelo, petróleos y derivados, el Gobierno Nacional aceptó las propuestas de contrato formuladas por las compañías "Tolima Land Company" y "Contratistas de Petróleos S. A." para explorar y explotar los hidrocarburos en una zona territorial de 49.999 y 49.812 hectáreas, respectivamente, y en ambos, según el demandante, se incluyeron los terrenos de su propiedad. Resultando vencida la Nación en el juicio y aunque la sentencia no lo expresa, necesariamente surge contra ella **la obligación de no hacer** los contratos con las compañías que menciona la demanda, que fueron los que determinaron al demandante a promover la acción, por considerar de su propiedad y nó de pertenencia del Estado las tierras objeto de litigio.

Es ésta la razón para que la Corte no comparta el critero del señor apoderado de que "en tal pronunciamiento no se deduce a cargo del Estado obligación ninguna" y que ".....no existe prestación que pueda considerarse, jurisdiccionalmente hablando, gravamen o carga que afecte el patrimonio estatal".

Valgan estas observaciones para concluir que es de inprescindible aplicación el ordenamiento del artículo 508 del Código Judicial. La sentencia del Tribunal de Santa Marta debe revisarse por la vía o recurso de consulta, por ser una decisión que impone al Estado la obligación de no hacer, de abstener de contratar.

Por tanto, no se revoca el auto recurrido.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PERJUICIOS MATERIALES ORIGINADOS EN LA MUERTE DE UNA PERSONA

Reiterada jurisprudencia de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de la Corte ha sostenido que sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que por la sola muerte de una persona sus familiares fueran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de los animales pudiera ser objeto de derecho como ocurría en las prácticas observadas en tiempos remotos y que hoy están abolidas, cuando existía la esclavitud y el esclavo se apreciaba en dinero como cualquier mercancía.

Pero que esto tampoco significa que la eliminación de una vida humana no pueda segar en múltiples ocasiones, provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamos: en aquella cesación de beneficios, es en lo que se concreta el daño; no en la misma muerte del benefactor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.)

Resultando:

En las horas de la mañana del diez de marzo de 1948 a tiempo que aterrizaba en el aeródromo de Madrid el avión Nº C-500 perteneciente a la Sociedad Aeronáutica Medellín (SAM), transitaba por una carretera paralela a la pista (que une el polígono de tiro de los soldados con la base aérea) la camioneta número 048 de propiedad del Comando manejada por el capitán Escipión Alvarez, a quien acompañaba el Teniente José Eduardo Dangond.

Habiéndose desviado la nave de la pista de aterrizaje fue a chocar contra la camioneta a la cual causó algunos daños e hirió gravemente al señor Dangond Daza quien, por causa de esas heridas, falleció el día siguiente en el hospital militar.

El Teniente Dangond Daza era hijo legítimo del señor Beltrán F. Dangond y de su esposa doña Emma de la Cruz Daza, ya fallecida.

Alegando que la muerte del teniente Dangond Daza tuvo como causa un descuido imputable al empresario dueño del aeródromo en donde ocurrió el accidente, que es la Nación, demandó a ésta el padre del oficial muerto para que se le pagaran los perjuicios materiales y los morales provenientes del daño recibido por la muerte de su hijo, aduciendo que éste subvenía a las necesidades de su padre.

La demanda se dirigió contra la Nación y contra la Sociedad Aeronáutica Medellín y fue presentada al Tribunal Superior de Bogotá ante quien se tramitó convenientemente la primera instancia.

Antes del fallo que le puso fin presentó el apoderado del demandante y con fecha 30 de noviembre de 1951 un desistimiento incondicional y definitivo "en cuanto hace a la Compañía SAM ....quedando vigente la demanda, en su totalidad, en relación con la Nación, y con la cual debe continuarse este litigio", desistimiento que admitió el Tribunal por auto de 1º de diciembre del mismo año de 1951.

El 14 de noviembre de 1952 despachó el negocio reconociendo que la Nación es civilmente responsable del accidente ocurrido en la base aérea de Madrid el 10 de marzo de 1948, a consecuencia del cual perdió la vida el señor Teniente José Eduardo Dangond Daza; condenó a la parte demandada a pagar al demandante la cantidad de $ 2.000.00 como indemnización por los perjuicios morales sufridos por la muerte de su nombrado hijo, pero negó las demás peticiones.

Apeló en tiempo el apoderado del demandante y, surtida ante esta Sala la segunda instancia, quedaron preparados los autos para recibir el fallo desde el 8 del próximo pasado, después de ejecutoriado el que decidió sobre la fijación de unos honorarios periciales.

Se celebró audiencia pública, después del auto

que citó a las partes para sentencia, pero solamente el apoderado del actor alegó en aquélla y presentó luego un resumen escrito de sus exposiciones orales.

Se considera:

La parte demandada no logró suministrar prueba alguna contra la presunción de negligencia que, en su condición de empresario del aeródromo o aeropuerto de la base de Madrid, establece el artículo 63 de la Ley 89 de 1938:

"Los daños y perjuicios sobrevenidos dentro o fuera de un aeródromo o aeropuerto, por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo, son de cargo del empresario de éste, cuando puedan imputarse a negligencia de parte suya, o de sus empleados; LA CUAL SE PRESUME, salvo prueba en contrario. Los empresarios quedan en libertad de repetir contra los responsables directos del daño".

El fallo del Tribunal expresó con indudable acierto que aunque no pudiera deducirse la culpa del aviador, sí estaba demostrada la culpa por parte de la Nación, "por mantener un campo de aterrizaje bajo el directo control y dirección de sus agentes, sin las precauciones necesarias para evitar accidentes ,con una pista en mal estado, cubierta de balastro (sic) destapado, con piedras con puntas y filos capaces de averiar las llantas de los aviones al aterrizar y causar accidentes de consecuencias imprevistas. Pero donde más resalta la falta de cuidado por parte de la Nación, es en el hecho de mantener dentro del campo una carretera paralela a la pista y por la zona de seguridad, carretera que une el polígono con la base y a una distancia de cincuenta metros del eje de la pista, y destinada al tránsito de vehículos automotores, con violación de los reglamentos de aviación que prohiben no solamente el tránsito de vehículos sino también el de peatones. Existiendo una carretera dentro del campo paralela a la pista, como lo afirma la comisión militar, lógica y necesariamente debían presentarse accidentes como el que nos ocupa (sic), y por consiguiente, la Nación colombiana es responsable de los daños ocasionados por la culpa de sus agentes por la violación de los reglamentos que rigen y deben regir en los aeródromos".

En la segunda instancia no se suministró elemento de ninguna especie que obligara a variar esta apreciación del juzgador de la primera.

Por lo tocante a los perjuicios, el Tribunal encontró que estaba probado el perjuicio moral subjetivo o de afección ocasionado al demandante, perjuicio que se presume porque nadie puede dudar del grande y profundo dolor que le causó la muerte prematura de su hijo; perjuicios cuya indemnización reguló por las normas del artículo 95 del Código Penal y de acuerdo con la conocida jurisprudencia al respecto.

Entrando en el estudio de las pruebas del daño material o económico, dijo el Tribunal que no existía en los autos la necesaria para deducir que el señor teniente Dangond Daza suministrara a su progenitor algún auxilio económico porque, son sus palabras, "auncuando las declaraciones de los testigos señores doctores Carlos Arturo Acosta, Ovidio Palmera y Alvaro Daniés dicen que le pasaba parte de su sueldo para cubrir los gastos del hogar paterno, no precisan qué cantidad de dinero aportaba, ni por qué circunstancia les consta que el señor Teniente sufragaba los gastos del hogar, ni tampoco afirman nada sobre la escasa o ninguna solvencia económica del padre, y que permita deducir el auxilio que el señor teniente le pudiera dar. En tales condiciones, los testimonios no son completos, y por consiguiente, no pueden servir de base para justipreciar que el señor Beltrán F. Dangond C., sufrió perjuicios materiales o empobrecimiento económico, con la desaparición de su hijo".

El apoderado de dicho señor formula los siguientes reparos al paso que se acaba de citar de la sentencia de primera instancia, reparos que consigna en el resumen de sus alegaciones orales, a saber:

"... se abstuvo (el Tribunal) de decretar el resarcimiento de los perjuicios materiales, sustentando esta negativa en que, en concepto del sentenciador, '... no existe en el expediente la prueba necesaria... (aquí copia el aparte arriba citado)'.

"Cuando el Tribunal de Bogotá arguye como se deja transcrito, parece como si no hubiese parado mientes, en las declaraciones de los testigos a las cuales precisamente hace referencia. En efecto, leamos las afirmaciones concretas de los deponentes:

"Dice el doctor Ovidio Palmera, al folio 16 del cuaderno de pruebas: '... me consta igualmente que el teniente Dangond Daza atendía, como buen hijo que era, a las necesidades de su padre, y es cierto que desde su muerte, sus padres el General Dangond y doña Emma, quedaron privados del apoyo que él les prestaba...'.

"Dice el doctor Carlos Arturo Acosta, al folio 18 del cuaderno de las pruebas: '... a cuyas necesidades atendía solícito a extremos que los emolumentos que devengaba como Oficial del Ejército en mucha parte los dedicaba a sufragar los gastos del hogar paterno, de tal suerte que considero hoy que sus padres han debido quedar privados, quiero decir, deben estar sintiendo la falta de tan buen hijo porque han perdido con su muerte el apoyo que José Eduardo les prestó durante toda su vida útil...'.

"Dice el señor Alvaro Daníes al folio 18 del cuaderno de pruebas: '... les pasaba una parte de los emolumentos que ganaba como Oficial del Ejército, y es natural que desde la muerte de éste, dicho apoyo económico dejó de existir o prestarse...'.

"Es cuestión elemental en el terreno de la crítica probatoria que desde el momento en el cual tres testigos, de excepcional valimento por sus condiciones éticas, todos a una, afirman que el teniente José Eduardo Dangond Daza, dedicaba gran parte de los emolumentos que devengaba a sufragar los gastos del hogar paterno, y que desde la muerte del Teniente sus padres se vieron privados de ese subsidio económico, y si esos testigos dan como razón fundamental de su dicho, el conocimiento personal de los hechos en vista de las continuas y largas relaciones personales y sociales que cultivaron durante muchos años con el Teniente y con sus padres, entonces resulta incontrovertible la probanza de que el Teniente suministraba a su progenitor auxilio económico, y en proporción adecuada, para satisfacer las necesidades del hogar y así resulta también inexplicable que el Tribunal afirme así tan frescamente (sic), que en el expediente no existe la prueba necesaria para demostrar que el señor Teniente suministraba a su progenitor ningún auxilio económico, para concluír que no hay base para apreciar que el padre demandante sufriera perjuicios materiales o empobrecimiento económico con la desaparición de su hijo".

La Sala reconoce que el Tribunal extremó la exigencia de la prueba del daño en este punto y que, en verdad, si es cierto que no hay fundamento suficiente para pronunciar una condena al pago de indemnización por cantidad precisa, sin embargo las declaraciones transcritas dejan en el ánimo la prueba suficiente de que el señor Teniente Dangond Daza no sólo era un hijo ejemplar en el cumplimiento de sus deberes para con su hogar paterno sino que suministraba una parte de sus emolumentos o sueldo para atender a las necesidades económicas de su padre.

Reiterada jurisprudencia de la Corte, tanto de la Sala de Casación Civil como de ésta de Negocios Generales, ha sostenido que sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que por la sola muerte de una persona sus familiares fueran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de los animales pudiera ser objeto de derecho como ocurría en las prácticas observadas en tiempos remotos y que hoy están abolidas, cuando existía la esclavitud y el esclavo se apreciaba en dinero como cualquier mercancía.

Pero que esto tampoco significa que la eliminación de una vida humana no pueda segar en múltiples ocasiones, provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamo: en aquella cesación de beneficios, es en lo que se concreta el daño; no en la misma muerte del benefactor.

Aplicando estos principios al problema que ahora se resuelve, para la Sala es muy claro que el demandante logró probar con las declaraciones de testigos tan abonados como los que se dejan resumidos en lo pertinente, que la muerte del teniente Dangond Daza vino a suprimir una fuente legítima y actual, de concretos beneficios económicos aunque el monto de esos beneficios, perdidos por la muerte prematura del hijo, no se logró establecer en la medida suficiente que permitiera decretar el pago de una cantidad de dinero en que se traduzca el aprecio de la indemnización.

Por ello, es justo acudir al procedimiento consagrado por la ley en el artículo 553 del código judicial, que prevé la condena a pagar una cantidad ilíquida de perjuicios para que, al pedir el cumplimiento del fallo pueda hacerse una liquidación motivada, eventualmente regulable por medio de un dictamen pericial.

Así, pues, resulta insostenible la apreciación hecha por el Tribunal en la sentencia que se revisa, en cuanto a la ineficacia de la prueba por lo tocante a hechos concretos que configuran el perjuicio sufrido por el demandante y en el orden puramente económico con la muerte de su hijo.

Sentencia:

Basta lo expuesto para que la Sala de Negocios Generales de esta Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORME la sentencia apelada que pronunció en este asunto el Tribunal Superior de Bogotá, el catorce (14) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) y decida la causa así:

1º—La Nación colombiana es civilmente responsable del accidente ocurrido en la Base Aérea de Madrid el 10 de marzo de 1948, a consecuencia del cual perdió la vida el señor Teniente José Eduardo Dangond Daza;

2º—Diez días después de ejecutoriada esta providencia la Nación colombiana debe pagar al señor Beltrán F. Dangond Celedón la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal como indemnización por los perjuicios morales sufridos por la muerte de su hijo el señor Teniente José Eduardo Dangond Daza;

3º—Condénase a la Nación colombiana a pagar al señor Beltrán F. Dangond Celedón los perjuicios de orden material y económico que ha sufrido por causa de la muerte de su hijo el señor Teniente José Eduardo Dangond Daza;

4º—El monto de los perjuicios a que se refiere el punto anterior se determinará mediante los trámites indicados por el artículo 553 del código judicial.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase oportunamente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.— Jorge García M., Secretario.



ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Cuervo A.)

RESULTANDO:

En escrito de demanda que lleva fecha 8 de julio de 1947 el apoderado del señor Juan Ovalle pidió que con audiencia del señor Agente del Ministerio Público y previos los trámites del juicio ordinario se hicieran contra la Nación tres declaraciones sobre dominio privado que pretenden les pertenece al mencionado Juan Ovalle y a sus hermanos sobre unas tierras en el Municipio de Río de Oro en cuota de condominio sobre el fundo denominado Sabanalarga cuyos linderos allí se determinan.

Motivó la demanda el hecho alegado de que la Compañía Colombiana de Petróleos El Meta S. A. hubiera formulado una propuesta de contrato al Ministerio del ramo para explorar y explotar petróleos del dominio nacional que se encuentran en un globo de terreno de cerca de cincuenta mil hectáreas (50.000 h.), propuesta marcada con el número 142 del libro respectivo y que se dice publicada en el Diario Oficial de 9 de agosto de 1944; cuya propuesta, según alega el demandante, abarca una porción del fundo en que él alega condominio, y mediante título legítimo de adquisición eficaz frente al Estado anterior al año de 1873.

La demanda fué admitida por el Tribunal Superior de Pamplona el 15 de julio de 1947; pasada en traslado al señor Fiscal de la Corporación, quien la contestó oponiéndose; se abrió a prueba y el actor pidió algunas detalladas en su escrito del 3 de octubre de 1947 y el Tribunal ordenó que se practicaran, pero no lo fueron en ningún tiempo.

Después de una prolongada demora vino a despacharse sentencia de primera instancia con fecha 19 de abril de 1948 en que el Tribunal se limita a copiar el escrito de demanda, la contestación del Fiscal y a hacer algunas observaciones que culminan con la siguiente que hubiera bastado:

"No habiéndose tan siquiera pretendido allegar pruebas al respecto, y habiendo quedado por tanto la acción huérfana de todo fundamento, por no haberse traído medios ni elementos probatorios de ninguna especie para acreditar los hechos alegados como fundamento de la acción, se impone concluír que ésta carece de toda base procesal para su prosperidad. Por tanto se impone la absolución de la parte demandada, que como se ha dicho en este caso es la Nación".

La sentencia se notificó el mismo día 4 de mayo de 1948 al Fiscal de la Corporación y al apoderado de la parte demandante, quien apeló. Tornó a paralizarse la tramitación del negocio hasta que el 10 de abril de 1953 el Fiscal pidió que se decretara la caducidad por varios motivos alegados en su escrito que el Tribunal desechó en auto del 28 de los mismos mes y año.

Por último en providencia del 2 de octubre de 1953 el Tribunal resolvió conceder la apelación de la sentencia y así vinieron los autos a esta Corte.

Se corrió traslado al señor Procurador el 27 de abril último; el 22 de mayo se fijó en lista; el 11 de junio se ordenó entregar el expediente a las partes para que alegaran por escrito; solamente el señor Procurador Delegado, lo hizo y presentó el memorial en que pide la confirmación de la sentencia por no haberse mejorado la prueba. Finalmente el 10 de julio se citó a las partes para sentencia y se señaló ahora para audiencia pública, a la cual no se presentaron.

Para resolver.

Se considera:

Entre las defensas que propone el señor Procurador está la de que la acción se hallaba prescrita cuando se presentó la demanda, porque hasta entonces ya había transcurrido el plazo de dos años señalado por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936.

Hubiera habido ocasión para reiterar la cono-

cida doctrina de la Corte que tiene diferenciados esos dos conceptos jurídicos de la prescripción y del plazo prefijo o caducidad para haber definido que se estaba en el segundo de esos casos y no en el primero, si el hecho hubiera podido probarse con la presentación del Diario Oficial del 9 de agosto de 1944 en donde se supone publicada la propuesta de la Compañía de Petróleos El Meta S. A.; pero es lo cierto que tampoco se trajo a los autos un ejemplar de la publicación citada. Y es evidente que hechos de tal naturaleza no pueden tenerse por acreditados con la mera afirmación del demandante, como lo admitió hipotéticamente el señor Procurador. De ahí que desaparezca el interés práctico para cualquier consideración al respecto.

En cambio, lo observado por el Tribunal, acerca de la absoluta carencia de pruebas que sirvieron de algún respaldo a las pretensiones de la demanda sigue siendo rigurosamente exacto en segunda instancia y de ahí que ello baste para la confirmación del fallo apelado.

Sentencia:

Por tanto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales— administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia pronunciada en este negocio de los señores Juan Ovalle y otros contra la Nación por el Tribunal Superior de Pamplona el diez y nueve (19) de abril de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase oportunamente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.— Jorge García Merlano, Secretario.

ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER EN UNICA INSTANCIA DE CONTROVERSIAS CON TRA LA NACION ORIGINADAS EN CONTRATOS CELEBRADOS POR ESTA

Conforme lo expuso la Corte en fallo de 19 de junio de 1954, el concepto de PARTE en un contrato, es susceptible de recibir dos significados: a), uno general, relativo a los efectos, en que se oponen los términos PARTE y TERCERO, y b), otro particular, fundado en las causas que concurren a la creación del vínculo jurídico y en que sólo se tienen en cuenta quienes figuran como sujetos originales de la relación aquélla; en este concepto se oponen los términos "parte por celebración" y "parte por derivación".

Aplicando esta diferencia resulta claro que para hallar el radio propio de la norma excepcional del artículo 40, se requiere que la Nación haya sido precisamente sujeto en la relación jurídica original, de donde deriva su existencia el contrato; porque, si se pretendiera que bastara la calidad de persona vinculada a sus efectos, o sea, la de no ser simplemente un tercero, sobraría ese artículo 40 del código judicial, como quiera que la única distinción entre este fuero y el general del artículo 76, estriba en el preciso elemento de haber sido el Estado "parte en la celebración misma del contrato". Lo otro equivaldría al mero interés general del Estado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Roberto Goenaga)

En libelo presentado el 8 de septiembre de 1947, los doctores Emilio Arias Mejía y Eduardo Villegas Gómez en su calidad de apoderados de la señora Cecilia Restrepo v. de Restrepo y del doctor José Restrepo Restrepo, vecinos de Manizales, entablaron demanda ordinaria contra la Nación y el citado Municipio, para que el Tribunal de ese Distrito Judicial, en sentencia definitiva, hiciera las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que está resuelto el contrato de compraventa celebrado entre el Municipio de Manizales como comprador y nuestros mandantes como vendedores, y que consta en la escritura pública número 1856 de fecha 24 de noviembre de 1944, de la Notaría 2ª de este Circuito, en lo relativo al lote de terreno que se distingue en ese contrato con el número segundo, y que por su situación y linderos se halla mencionado en el punto once (11) de los hechos de esta demanda.

"Segundo.—Que como consecuencia de la declaratoria del punto anterior, la Nación o Estado colombiano debe restituír a nuestros mandantes, que son las personas expresadas en esta demanda, dentro del término que se le señale, el mencionado predio o lote de terreno, con todas sus anexidades y dependencias y con los frutos correspondientes liquidados desde el día del requerimiento al Municipio de Manizales para la entrega de ese inmueble, y previa la devolución al Municipio de Manizales, por parte de nuestros mandantes, de la suma que éstos recibieron como precio proporcional del contrato de compraventa.

"Tercero.—Que el Municipio de Manizales y la Nación colombiana, conjuntamente, o la entidad de éstas a quien se le compruebe, debe pagar a mis mandantes los perjuicios ocasionados por la mora en la entrega del inmueble, desde el día en que el contrato quedó resuelto, o desde el día del requerimiento judicial hecho al Municipio de Manizales, perjuicios que se liquidarán en este mismo juicio o en juicio aparte.

"Cuarto.—Que se ordene la cancelación en las Notarías respectivas de las escrituras públicas por medio de las cuales nuestros mandantes vendieron el dicho lote de terreno al Municipio de Manizales y esta entidad trasfirió ese mismo predio, a título gratuito, a la Nación colombiana, lo

mismo que la cancelación en la Oficina de Registro de este Circuito de las correspondientes inscripciones de tales escrituras. Estas cancelaciones deben ser parciales, referentes al lote o predio a que se refiere esta demanda".

Fielmente sintetizados, son éstos los hechos en que descansan las anteriores súplicas:

a) El Municipio de Manizales, por medio de competentes funcionarios y con la colaboración de técnicos nacionales y extranjeros en la materia, acometió hace varios años, los estudios necesarios para la construcción de un campo de aterrizaje o aerodromo "de servicio normal para aparatos militares y civiles". Los estudios de localización concluyeron con la determinación de que el terreno apropiado era el conocido con el nombre de Santágueda y La Palmera, cercano a la ciudad de Manizales.

b) El Congreso Nacional expidió la Ley 120 de 1938, por medio de la cual se ordenó la construcción del aerodromo en el sitio ya expresado.

c) Dentro del perímetro de los terrenos necesarios para las obras del aeropuerto quedaron comprendidos dos lotes pertenecientes a la hacienda "La Rochela", de propiedad de los demandantes, que suman una extensión aproximada de 15 hectáreas.

d) Según los planos aprobados en 1939, se adoptaron, para dichos trabajos, dos pistas, una en forma de cruz y otra con una sola pista principal, con inclusión de los terrenos de La Rochela.

e) En noviembre del mismo año se aprobaron otros planos, de dos pistas, y en agosto de 1944, la Gobernación de Caldas dictó el decreto sobre expropiación de los lotes, acto que no se llevó a efecto, pues los propietarios de las fincas afectadas decidieron entrar en negociaciones directas con el Municipio, las cuales, en cuanto hace a los actores, se concretaron en la escritura pública número 1856 de 24 de noviembre de 1944, de la Notaría 2ª del Circuito de Manizales. Por este instrumento los demandantes vendieron al Municipio citado, por la cantidad de $ 11.656.64, estos dos lotes de terreno: El primero, de una cabida de 5 hectáreas 5.765 metros cuadrados, y con estos linderos; "Del mojón Nº 5 situado en el lindero de La Palmera y La Rochela, hacia el sur, en línea recta, en una longitud de 307 metros, hasta llegar al mojón Nº 7, situado en el lindero de las propiedades de La Rochela y Santágueda, a unos 40 metros de la margen derecha de la quebrada Carminales; del mojón Nº 7 y siguiendo el lindero de La Rochela y Santágueda, hacia el este, en una longitud aproximada de 295 metros, hasta llegar al mojón Nº 8, situado en la orilla de la ladera, o sea en el lugar donde el terreno cambia bruscamente de pendiente para descender hacia el río Chinchiná; del mojón Nº 8, siguiendo la orilla de la ladera, hacia el norte, en una longitud aproximada de 140 metros, hasta llegar al mojón Nº 6, situado en el lindero de La Palmera y La Rochela, en la misma orilla de la ladera; del mojón Nº 6, siguiendo el lindero entre La Palmera y La Rochela, hacia el occidente, en una longitud de 235 metros, hasta llegar al mojón Nº 5, punto de partida".

El segundo lote, de 9 hectáreas 3.440 metros cuadrados, quedó determinado dentro de estos linderos: Del lindero Nº 9, siguiendo el lindero entre las propiedades de La Rochela y Santágueda, hacia el occidente, en una longitud de 156 metros aproximadamente, hasta llegar al mojón Nº 10, siguiendo el lindero entre La Rochela y Santágueda, hacia el sur, y en una longitud de 210 metros aproximadamente, hasta llegar al mojón Nº 11; del mojón Nº 11, situado en un guadual, en el lindero de Santágueda y La Rochela, hacia el occidente, y en una longitud de 373 metros, en línea recta, hasta llegar al mojón Nº 12; del mojón Nº 12, en ángulo recto con el lindero anterior, hacia el norte, en línea recta, en una longitud de 250 metros, hasta llegar al mojón Nº 13; del mojón Nº 13 en ángulo recto con el lindero anterior, hacia el este, en línea recta, en una longitud de 500 metros, hasta llegar al mojón Nº 9, situado en el lindero de las propiedades de La Rochela y Santágueda, punto de partida".

Dentro de la citada escritura quedó incorporado el plano respectivo.

f) La cláusula 5ª de la precitada escritura de venta, es del siguiente tenor: "El Municipio queda comprometido a destinar el terreno anteriormente descrito para un aeropuerto, por lo cual si en el término de dos años a partir de la fecha de esta escritura no se hubiere dado comienzo a dicha obra o si en cualquier tiempo se le diere destinación distinta, se declara de una vez resuelto este contrato, obligándose los vendedores a reintegrar al Municipio la suma estipulada como precio en la cláusula, y el Municipio por su parte a hacer entrega de dichos lotes a los vendedores. Asimismo el Municipio queda facultado para declarar la resolución del contrato si en el mismo término no se diere comienzo a la obra a que se destina, y en uno y otro evento las partes convienen en renunciar a las indemnizaciones y

expensas de que habla la ley. Los vendedores sólo podrán ejercitar las acciones que les concede esta cláusula dentro del término de un año, contado a partir de la fecha en que por incumplimiento de la condición, se repute resuelto el contrato.

g) Una vez adoptados los planos definitivos del aeropuerto, elaborados por la firma "Robledo & Borrero", se patentizó el hecho de que aquél sólo ocupa, respecto de los terrenos materia de la expresada compraventa, el lote señalado con el número 1, "dejando al margen de los trabajos de esa obra el otro lote distinguido con el número dos (2), situado al lado izquierdo de la misma carretera, y como no se utilizó ese lote dentro del término estipulado en la cláusula 5ª del contrato de compraventa y antes bien fue desechado en los planos definitivos, el 24 de noviembre de 1946, quedó resuelto el contrato de compraventa de dicho lote número dos, en virtud de la estipulación de la cláusula expresa convenida por las partes...".

h) La no utilización del lote número dos para el aeropuerto de Santágueda resulta no solamente del plano definitivo de una sola pista que se elaboró para la obra, sino del hecho, técnicamente demostrado, de que ese lote es inapropiado para esa clase de obras. Además, queda aislado del aerodromo y no puede decirse por tanto que pueda ser utilizado para otras dependencias del mismo.

i) El Municipio de Manizales, posteriormente, hizo cesión gratuita a la Nación de los terrenos destinados para el aeropuerto de Santágueda, acto que consta en la escritura Nº 3082 de 3 de septiembre de 1945, pasada en la Notaría 1ª de Bogotá y Registrada en Manizales, título en el cual se hizo mención expresa de la cláusula 5ª de la compraventa atrás referida.

j) Los demandantes formularon requerimiento contra el Municipio de Manizales, representado por el Personero Municipal, para la devolución del lote número dos ya expresado, previo el reintegro de la suma recibida como precio de ese inmueble.

La competencia del Tribunal la deducen los actores de los Arts. 76, ordinal 1º, 150 y 151 del C. Judicial, "pues —dicen— teniendo la Nación colombiana una competencia privilegiada ante esa superioridad para esta demanda, a ella accede por el fenómeno jurídico de la acumulación la competencia atribuída por la misma ley al Juez del Circuito para la demanda contra el Municipio de Manizales". Y como fuente de derecho, el Título XVIII, Libro 2º del C. Judicial; los Arts. 750 y 756 y los del Título IV, Libro IV del C. Civil y las del Título XII, Libro 2º ibídem.

El Personero del Municipio de Manizales dio contestación a la anterior demanda, admitida por auto de 17 de octubre de 1947 por el Tribunal, manifestando ignorar varios de los hechos en que se fundamenta, reconociendo la veracidad de otros, y en cuanto a los referentes al cumplimiento de la cláusula resolutoria del contrato de compraventa (hechos 16 y 17) expuso:

"Al Decimosexto.—No es cierto que existan planos definitivos para una sola pista del Aeropuerto de Santágueda, como tampoco que no se utilice el terreno comprado por el Municipio a los demandantes, pues ya se ocupó el lote del lado derecho de la citada carretera dentro del tiempo señalado en la escritura de compraventa y la extensión restante del lado izquierdo de la misma carretera, se ocupará con las obras que faltan por hacer. Según el artículo 48 de la Ley 89 de 1938, se entiende por aeródromo toda la localidad en tierra o en agua, adaptada por el arribo y partida de aeronaves; y por contorno del aeródromo se entienden los linderos del área destinada exclusivamente para ese fin. Aeropuerto es todo aeródromo dotado de servicios especiales para el arribo, partida, alojamiento y abastecimiento de aeronaves, para el embarque y desembarque de pasajeros y para la carga y descarga de mercancías (Art. 49 ibídem). De acuerdo con dichas definiciones, el aeródromo o aeropuerto de Santágueda comprende el conjunto de lotes adquiridos para dicho fin y constituye una sola superficie sin solución de continuidad, delimitada a toda la cabida por la poligonal que consta en los planos protocolizados en la escritura de compraventa...".

"Al Décimoséptimo.—Este hecho sólo contiene suposiciones infundadas, como que no se basan en ningún hecho preciso, cierto y probado. Nunca se ha prescindido de utilizar el lote de la margen izquierda de la carretera comprado a los demandantes para la construcción del Aeropuerto de Santágueda, pues siempre se ha creído que las pistas ocuparán dichos terrenos. Esto sin contar con las obras que en el futuro habrán de construírse y que son esenciales a un aeropuerto. El plano de que aquí se habla se protocolizó, como ya se dijo, para fijar la cabida de la zona comprada. Si la intención de los contratantes hubiera sido la de que fuera del proyecto de pista que

aparece en el plano, no podría haber otro, o que habiéndolo las condiciones de la compraventa cambiarían, así lo habrían manifestado expresamente las partes... Tal cláusula se escribió porque como en Manizales se había pensado en muy distintos puntos para el campo de aterrizaje, los vendedores pudieron temer que se fuera a construír en una región lejana de donde ya se empezó...".

Los actores trajeron con la demanda, además del respectivo poder para demandar, copia de la escritura Nº 920 de 7 de mayo de 1938 por la cual la señora Cecilia Restrepo de Restrepo confirió poder general al doctor José Restrepo Restrepo para el manejo y representación de sus intereses; copia registrada de la escritura Nº 1856 otorgada el 24 de noviembre de 1944 por el doctor Restrepo Restrepo a favor del Municipio de Manizales ante el Notario 2º del mismo lugar, por la cual el primero transfiere a título de venta al segundo los dos lotes de terreno de que trata el hecho 11 de la demanda, con destino a la construcción del aeropuerto de Santágueda (fols. 5 a 8 del C. Nº 1); las diligencias sobre requerimiento al Municipio de Manizales, mencionadas en el hecho 22; copia registrada de la escritura pública número 3.082 pasada en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá con fecha 3 de septiembre de 1945, por la cual el Municipio de Manizales cede gratuitamente a la Nación todos los terrenos adquiridos por aquél para la obra del aeropuerto tantas veces mencionado; y dentro del término de pruebas, el plano protocolizado en la escritura Nº 1856 ya citada, y copias expedidas por la Dirección de Aeronáutica Civil sobre los informes técnicos rendidos en torno a la construcción del aeropuerto de Santágueda.

El Tribunal, dentro del mismo término de prueba, y a petición de la parte demandante, practicó una diligencia de inspección ocular en asocio de peritos ingenieros, diligencia en la cual se realizó la identificación de los lotes vendidos al Municipio por la señora Cecilia R. v. de Restrepo y el doctor José Restrepo Restrepo, de que se ha venido haciendo mención, con base en el título y planos citados en la demanda.

Los peritos, al dictaminar sobre la cuestión central que se debate en este pleito, o sea acerca de la utilización o no aprovechamiento del lote Nº 2 para las obras del aeropuerto de Santágueda ,se expresan en los siguientes términos:

"**Segundo.**—La pista del Aeródromo de Santágueda está ubicada de acuerdo con los planos aprobados por el Gobierno Nacional, toda únicamente el lote del lado derecho de la carretera determinado en el plano con los Nos. 5-7-8-6-5; las obras integrantes del Aeródromo (torres de control, edificios, etc.) están proyectadas y en ejecución en el lote del lado derecho de la Carretera de Occidente. En el lote Nº 2, o sea, el que está situado al lado izquierdo de la Carretera y determinado con los números 9 10 11 12 13 9, no hay en ejecución ninguna obra que se relacione con la pista del campo de aterrizaje, ni este lote será ocupado con obra alguna para el Aeródromo según los planos aprobados por el Gobierno Nacional y que figuran en el expediente.

"**Tercero.**—El terreno situado al lado izquierdo de la Carretera está aislado de las obras del Aeródromo, es decir, de la pista y de sus obras integrantes, como también de las vías de acceso a los edificios y a la pista, pues según dijimos en el numeral anterior al lado izquierdo de la Carretera de Occidente no se ha ejecutado ninguna obra relacionada con el Aeródromo de Santa Agueda".

Los peritos ilustraron su dictamen con un croquis de los terrenos referidos, pero nada dijeron, como se ve, acerca de si el lote del pleito había sido destinado a cosa distinta para la cual fue adquirido.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Tribunal de Manizales pronunció sentencia con fecha 29 de agosto de 1950, en la cual declaró la resolución del contrato de compraventa celebrado entre el Municipio de Manizales y los vendedores señora Cecilia R. v. de Restrepo y doctor José Restrepo Restrepo, de que trata la escritura Nº 1856 de 24 de noviembre de 1944, en relación, únicamente, con el lote número dos, tal como se pide en la primera súplica de la demanda; como consecuencia, ordenó la restitución del expresado lote de terreno a los demandantes, y, finalmente, dispuso también la cancelación parcial de las escrituras públicas Nos. 1856 que se acaba de mencionar, y la Nº 3.082 de 3 de septiembre de 1945, sobre traspaso de la propiedad de los terrenos del aeródromo de Santágueda, hecho por el Municipio de Manizales a favor de la Nación. Fue negada la súplica tercera del libelo.

Apelado este fallo por el Personero Municipal de Manizales, vinieron los autos a esta Sala de la Corte, a la cual corresponde en esta oportunidad dictar sentencia definitiva, luego de observar que no existe causal alguna de nulidad en lo ac-

tuado y que están totalmente agotadas las ritualidades de la alzada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato ataca la sentencia proferida por el Tribunal de Manizales, cuando declara que es "indudable la operancia de la condición resolutoria estipulada por las partes... por cuanto tratándose de lotes separados... la condición deviene indivisible si igualmente lo es el objeto o cosa materia del contrato" y también la ataca en el sentido de que el Tribunal citado carecía de competencia porque estima "que el contrato cuya resolución se demanda **en frente del Municipio y de la Nación**, es contrato celebrado con ésta y no con aquél, en cuanto se refiere a la destinación del inmueble y a la construcción del aeródromo".

El señor apoderado de la parte demandante formuló su alegato de conclusión, en breve escrito, sosteniendo los puntos de vista alegados en la primera instancia, manifestando que "en razones abundan (sic) el alegato del representante de los demandantes en aquella instancia".

La parte demandada, que lo es la Nación, pidió la práctica de pruebas, que se surtieron, especialmente, la de una inspección ocular sobre los terrenos adquiridos para la construcción del Aeródromo y si éste "necesita prolongar sus pistas utilizando el predio en litigio". Los peritos elaboraron su dictamen en un sello de papel, conceptuando "que la otra parte de la venta, la representada por el segundo (lote en litigio), no presta al presente servicio alguno a dicha obra", para concluír que la prolongación de la pista "hacia el sur desborda los terrenos del primer lote y no toca en punto alguno los terrenos del segundo". Nada dijeron los señores expertos sobre si el lote del pleito había sido destinado a cosa distinta para la que fue adquirido.

Se considera:

El alegato presentado ante la Sala por el señor Procurador Delegado en lo Civil está fundamentado en la transcripción de todas las razones que expuso para atacar ante esta misma Sala la sentencia proferida por el Tribunal de Manizales en el juicio ordinario propuesto por la señora Rita Robledo de Villegas y otros contra la Nación y el Municipio de Manizales, en cuya demanda se ejercitan las mismas acciones de que trata esta contención, con respecto a otras porciones de terreno adquiridas por el Municipio demandado para construír el aeródromo de Santágueda.

En ese escrito el representante de la Nación planteó, como se ha dicho, la cuestión de competencia, sosteniendo no tenerla el Tribunal por estimar "que el contrato cuya resolución se demanda en frente del Municipio y de la Nación, es contrato celebrado con ésta y no con aquél, en cuanto se refiere a la destinación del inmueble y a la construcción del aeródromo".

Debe por tanto estudiarse en primer término este punto de capital importancia para el fallo, ya que si el Tribunal careciera de competencia para conocer de este pleito en primera instancia, también estaría inhibida esta Sala para conocer de la apelación que motiva esta revisión.

Las razones de la Procuraduría Delegada, tomadas de la reproducción hecha en el alegato a que se viene haciendo referencia, son las siguientes:

"a) La Ley 120 de 1938 impuso al Gobierno la inmediata construcción de un aeródromo en las cercanías de la ciudad de Manizales en el sitio denominado "Santa Agueda" y "La Palmera", facultándolo a la vez 'para efectuar las operaciones financieras que permitan la rápida ejecución de la obra' y para delegar (por contrato) en el Municipio o en el Departamento de Caldas la ejecución de los trabajos necesarios para la construcción.

"(Esta ley, que rige desde su sanción —22 de octubre de 1938— y que, además, se promulgó el 3 de noviembre del mismo año, es anterior al contrato en referencia, perfeccionado el 27 de octubre de 1944).

"Al tenor del numeral 1º del artículo 53 del C. P. y M., la ley se hizo obligatoria desde aquella fecha, y su ignorancia no sirve de excusa (artículo 9 del C. C., y 56 del C. P. y M.) a nadie, menos a quienes como propietarios de las fincas afectas por ella, debían tener especial interés en conocerla y acatarla....

"b) Con anterioridad de un año largo respecto del contrato **sub-judice**, y en ejecución de la ley mencionada, el Gobierno dictó la Resolución 147 de 1943, publicada el 18 de octubre del mismo año en el **Diario Oficial**. En ella, después de disponer nuevamente la construcción del aeródromo, sobre planos que aún no se habían levantado (artículo 5º), impuso al Ejecutivo esta orden, que es un verdadero mandato en interés propio y del Municipio de Manizales: '4º—La construcción se hará una vez que el Municipio de Manizales haya adquirido, por su cuenta y riesgo, los terrenos necesarios de acuerdo con los planos, y los

destine para tal fin. 'Este ordenamiento encaja, de consiguiente dentro de las previsiones del artículo 2.146 del C. C., según el cual 'si el negocio interesa conjuntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos y a un tercero, o a un tercero exclusivamente, habrá verdadero mandato...'.

"c) El contrato perfeccionado en 1944, que está sub-judice, llena las exigencias impuestas por la Nación en la Resolución 147... pues por medio de él el Municipio compró a sus actuales demandantes el predio de Santágueda, (La Rochela), y a la vez lo destinó, exclusivamente, por las cláusulas 5ª y 6ª (cláusula 5ª de la escritura pública Nº 1856 de 1944) a la obra del aeropuerto de Manizales, según lo ordenado por el Gobierno.

"d) La condición resolutoria que se trata de hacer valer en este juicio por los demandantes no es la tácita proveniente del no pago de la cosa vendida, que produce sus efectos directamente contra el comprador (artículos 1930 y 1935 del C. C.). Es la estipulada expresamente en la cláusula 6ª del contrato perfeccionado por la escritura 1.720 (corresponde a la cláusula 5ª del contrato consignado en la escritura N° 1856), según la cual la resolución se produciría en cualquiera de estos dos eventos: a) Si en el término de dos años a partir de la fecha de esta escritura no se hubiere dado comienzo a dicha obra o b) si en cualquier tiempo se le diera destinación distinta al terreno comprado.

'... ... ...

"f) Hay algo más. En la petición 4ª principal (igual a la 4ª del caso de autos) pidieron los apoderados de los demandantes, 'que se ordene la cancelación en las Notarías respectivas de las escrituras públicas por medio de las cuales nuestros mandantes vendieron el mismo globo de tierra al Municipio de Manizales y esta entidad transfirió el mismo predio, a título gratuito, a la Nación colombiana, lo mismo que la cancelación en la Oficina de Registro de este Circuito de las correspondientes inscripciones de tales escrituras...'

"Ejercitada la acción resolutoria por infracción de este último deber, (destinación de los predios comprados para el aeropuerto, ya que los demandantes sólo afirman que el terreno no fue destinado al aeródromo dentro del tiempo y modo convenidos, y pedidas consecuencialmente las cancelaciones del título de propiedad de la Nación (que el Municipio le transmitió) y de su inscripción en el registro de instrumentos públicos, de la demanda no podía conocer sino la Sala de Negocios Generales a quien me dirijo, en una sola instancia, aunque aquélla se haya dirigido también contra el Municipio comprador (Artículo 40 C. J.)".

Estos, pues, los argumentos con los cuales el señor Procurador Delegado sustentó su tesis sobre incompetencia del Tribunal para conocer del pleito promovido por la señora Rita Robledo de Villegas y otras contra la Nación y el Municipio de Manizales sobre resolución parcial de la escritura por medio de la cual aquellos demandantes vendieron también al Municipio citado parte de los terrenos destinados al aerodromo de Santágueda, con base en el hecho de que los terrenos materia de la acción no habían sido ocupados con las obras constitutivas de dicho campo de aterrizaje.

Fallada ya por la Sala aquella controversia, por medio de la sentencia de fecha 19 de junio último, es lógico definir el problema que se viene tratando mediante la aplicación de las mismas consideraciones pertinentes del fallo en referencia, a saber:

"Lo primero que ocurriría preguntarse es, si, no obstante ella (la operación de traspaso a la Nación de la propiedad de los terrenos de Santágueda) el fuero propio del interés municipal, por razón de haberse celebrado el contrato entre el Cabildo de Manizales y los demandantes, hubiera de prevalecer sobre el fuero propio del interés nacional, por la circunstancia de constar en la Resolución número 147 del Ministerio de Guerra, de fecha 8 de octubre de 1943, que el Municipio debería adquirir los terrenos necesarios para la construcción del campo de aviación, 'por su cuenta y riesgo'. Pero como esta circunstancia no se llevó a ninguna cláusula particular de que pudiera deducirse la obligación del Municipio, de asumir por separado las consecuencias de un pleito eventual, y la Nación aceptó el traspaso del dominio de los terrenos conforme al título de adquisición, no sólo sin reparo alguno respecto de la cláusula de obligada destinación, sino acogiéndola expresamente en la tercera de la escritura 3082 de 1945, declaraciones del Ministro de Guerra, no cabe duda acerca de que, por ese traspaso, se unificaron los intereses de ambas entidades de derecho público: Nación y Municipio.

"Síguese, pues, que son unas mismas la acción y su causa: por tanto, sería imposible encontrar objetos separados para sendas demandas contra aquellas entidades. Y sabido que el factor de conexión sirve también para determinar la compe-

tencia, lógico era reconocerla en quien podía lo más, es decir, en el Tribunal; no en quien podía lo menos, es decir en el Juez del Circuito. Aquí se aplica la regla común de la llamada "atracción de las acciones".

"Corolario de todo, admitir que el fuero competente se regula, en este caso, por el ordinal primero del artículo 76 del C. J., y no por el primero del artículo 109 del mismo. Pero, despejado este primer punto, todavía resta desatar otra dificultad, a saber: suponiendo que se esté en presencia de un fuero mayor que, por conexión atrae acciones que, sin él no podrían ventilarse en su fuero propio —correspondería ciertamente conocer del negocio al Tribunal en primera instancia y a la Corte en segunda, o a ésta exclusivamente en única instancia?

"La regla general consiste en que los pleitos del Estado o contra el Estado, como lo reafirma el artículo 155, se llevan siempre al respectivo Tribunal Superior en cuyo distrito tenga su domicilio la otra parte. Pero la ley admite excepciones. Fuera de las indicadas en el ordinal primero del artículo 76 del C. J., o sea, fuera de los juicios de expropiación y de aquéllos a que se refiere el artículo 40, que se examina en seguida, podría añadirse la del artículo 152, parte final de la regla 5ª donde se lee que el juez del circuito del último domicilio del causante no pierde su competencia, para conocer del juicio de sucesión, aunque tengan interés el Estado, los Departamentos o los Municipios".

Luego de exponer algunas otras consideraciones acerca del significado y alcance del Art. 40 del C. Judicial, puesto en relación con la definición de parte que establece el Art. 1495 del C. Civil, prosigue:

"Mas dentro del concepto de "parte contratante" que se examina, hay lugar para distinguir: supuesta la relatividad de los efectos de los contratos, respecto de ellos se oponen la noción de parte y la noción de tercero; y parece indiscutible que todos los que no sean terceros, forzosamente tienen que ser partes. También es claro que en la categoría de los terceros no entran aquellos que el derecho tiene por causahabientes de las partes, o sea, a quienes derivan título de éstas, universal o singular, por acto entre vivos o mortis causa. Así el heredero que es asignatario universal, el legatario que lo es a título singular, y ambos "mortis causa", o el comprador que sucede al vendedor por acto entre vivos y adquiere a título singular, no pueden considerarse como terceros respecto de la persona de su causante y en lo que toca con los actos o contratos en que éste intervino y de donde derivan sus derechos los causahabientes. Estos quedan ligados por los contratos de quien derivan su título y que afectan la cosa transmitida. Por ello el derecho de los causahabientes está sujeto a las de nulidad y rescisión, lo mismo que a los gravámenes y modalidades provenientes de los actos anteriores del causante.

"De estos principios se derivan ciertas reglas que formula el código civil, tales como las de los artículos 1547 y 1548, en el último de los cuales se expresa que 'si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública'. Así también se explica por qué dice el artículo 1748 que 'la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales'. Y si del título del derecho se pasa al hecho de la posesión, la ley expresa con mucha lógica: 'sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios'. (Art. 778).

"En el fondo de todas estas normas se advierte que juegan influencia inequívoca los principios de que nadie da lo que no tiene; que lo accesorio sigue a lo principal y que quien se aprovecha de una situación jurídica anterior, de la cual deriva título, también soporta los gravámenes, etc.

"Pasando de la esfera propia de los efectos de los contratos, a la de sus orígenes o causas, que es inseparable con el tiempo de su celebración, no podrá negarse que son inconfundibles las personas que intervienen para crear la relación jurídica, mediante capacidad, consentimiento libre de vicio y con objeto y causa lícitos, de aquellas otras personas que, sin haber intervenido en la creación del vínculo jurídico, o sea de participar en la formación de su fuente obligatoria, el contrato, quedan ligadas a sus efectos, ya por el aspecto activo de los derechos que de allí se desprenden, ya por el aspecto pasivo de las obligaciones correlativas a ellos.

"Con esta diferencia apuntada, ya puede afirmarse que el concepto de parte en un contrato, es susceptible de recibir dos significados: a) uno general, relativo a los efectos, en que se oponen los términos parte y tercero, y b) otro particular,

fundado en las causas que concurren a la creación del vínculo jurídico y en que sólo se tienen en cuenta quienes figuran como sujetos originales de la relación aquella; en este concepto se oponen los términos 'parte por celebración' y 'parte por derivación'.

"Aplicando esta diferencia resulta claro que para hallar el radio propio de la norma excepcional del artículo 40, se requiere que la Nación haya sido precisamente sujeto en la relación jurídica original, de donde deriva su existencia el contrato; porque, si se pretendiera que bastara la calidad de persona vinculada a sus efectos, o sea, la de no ser simplemente un tercero, sobraría ese artículo 40 del código judicial, como quiera que la única distinción entre este fuero y el general del artículo 76, estriba en el preciso elemento de haber sido el Estado 'parte en la celebración misma del contrato'. Lo otro equivaldría al mero interés general del Estado".

Y más adelante agrega:

"Lo expuesto es suficiente para que la Sala estime que no existe causal capaz de invalidar este juicio, como lo temió el señor Procurador, en su respetable vista fiscal que no se acoge en tal sentido, porque constando que la Nación no fue parte por celebración en el contrato a que el litigio se contrae, sino simple interesada como causahabiente a título particular, del Municipio, en la pertenencia de los terrenos cuyo dominio pretende resolverse, el fuero competente para que comparezca es el determinado por el ordinal 1º del artículo 76 del código judicial, y no por el artículo 40 de la misma obra".

Deducción obligada de lo transcrito es que en el caso de autos tampoco puede prosperar la nulidad por incompetencia de jurisdicción observada por la Procuraduría Delegada, y que, por tanto, debe entrarse a la consideración de la cuestión fundamental del juicio, esto es, sobre si se ha cumplido o no la condición resolutoria invocada por los vendedores demandantes, consignada en la cláusula 5ª, de la escritura pública Nº 1856 de que se ha hecho mención.

En la sentencia de que se han tomado los apartes transcritos, la Corte absolvió a las entidades demandadas de los cargos de la respectiva demanda, por no haberse acreditado en el juicio que el Municipio de Manizales o la Nación, cesionaria de aquél, hubiesen dado a los terrenos adquiridos especialmente para la construcción del aeropuerto de Santágueda, una destinación distinta, como sería por ejemplo, una explotación agrícola o ganadera, o industrial. Sólo probando tales hechos, estimó allí la Corte, se podría admitir la violación del 'compromiso' contraído inicialmente por el Municipio comprador, de destinar exclusivamente los predios materia del contrato de compraventa a la construcción del aeródromo tantas veces mencionado.

Importa, pues, en orden a evitar pronunciamientos contradictorios sobre un mismo problema jurídico, establecer si la cláusula resolutoria invocada por los demandantes Restrepo en este pleito, coincide en todos sus términos con la que fue materia de interpretación en el fallo ya referido.

Reza así la cláusula 6ª de la compraventa hecha por la señora Rita Robledo de Villegas y otras personas de la familia Robledo Villegas a favor del Municipio de Manizales, consignada en la escritura Nº 1720 de 27 de octubre de 1944:

"El Municipio queda comprometido a destinar el terreno anteriormente descrito para un aeropuerto, por lo cual si en el término de dos años a partir de la fecha de esta escritura no se hubiere dado comienzo a dicha obra, o si en cualquier tiempo se le diere destinación distinta, se declara de una vez resuelto este contrato, obligándose los vendedores a reintegrar al Municipio la suma estipulada como precio en la cláusula cuarta y el Municipio por su parte, a hacer entrega de dichos lotes a los vendedores. Así mismo el Municipio queda facultado para declarar la resolución del contrato si en el mismo término no se hubiere dado comienzo a la obra a que se destina, y en uno y otro evento las partes convienen en renunciar a las indemnizaciones y exprensas de que habla la ley. Los vendedores sólo podrán ejercitar las acciones que les concede esta cláusula dentro del término de un año contado a partir de la fecha en que, por incumplimiento de la condición, se repute resuelto el contrato".

La cláusula 5ª de la compraventa de que trata este pleito, transcrita al principio, es, como puede verse, una fiel reproducción de la anterior, y por tanto surte los mismos efectos jurídicos con relación al contrato que aquí se controvierte.

El Tribunal, luego de analizar el alcance de la cláusula 5ª mencionada y de resumir los hechos que encontró demostrados en el juicio, se expresa así en la tercera motivación de la sentencia recurrida:

"...que empezada la obra el 20 de septiembre de 1945, dentro del término de los dos años estipulados en la cláusula "Quinta" y adelantados los trabajos, con arreglo a los planos que elabo-

ráronse definitivamente, quedó sin ocupar con la pista y las demás obras y dependencias del aeródromo, el lote Nº 2, por lo que los peritos dictaminaron en la inspección ocular que practicó el Magistrado sustanciador, que los lotes de terreno a que se refiere la escritura Nº 1856 de 24 de noviembre de 1944, están de acuerdo con los planos aprobados por el Gobierno Nacional; que la pista del Aeródromo de Santágueda está ubicada de acuerdo con esos planos y toca únicamente el lado derecho de la carretera determinado en el plano con los números 5-7-8-6-5; que las obras integrantes del aeródromo (torres de control, edificios, etc.) están proyectadas y en ejecución en el lote del lado derecho de la carretera de Occidente; que en el lote Nº 2, o sea el que está situado en el lado izquierdo de la carretera y determinado en el plano con los números 9-10-11-12-13-9, no hay en ejecución ninguna obra que se relacione con la pista del campo de aterrizaje ,ni este lote será ocupado con obra alguna para el aeródromo, según los planos aprobados por el Gobierno Nacional y que figuran en el expediente; que el terreno situado al lado izquierdo de la carretera está aislado de las obras del aeródromo, es decir, de la pista y de sus obras integrantes, como también de las vías da acceso a los edificios y a la pista, pues según lo afirman y lo vió el Tribunal, al lado izquierdo de la carretera de Occidente no se ha eecutado ninguna obra relacionada con el aeródromo de "Santágueda".

Reconoce, pues el Tribunal, el hecho de que los trabajos de construcción de la obra del aeropuerto de Santágueda se iniciaron en el mes de septiembre de 1945, 'dentro del término de dos años estipulados en la cláusula "quinta"; mas encuentra que por no haberse ejecutado obra alguna sobre el lote número 2, singularizado en el contrato de compraventa, opera con respecto a dicha porción de terreno la condición resolutoria consignada en la cláusula 5ª de dicho contrato.

En efecto, dice así el Tribunal en la cuarta consideración del fallo que se revisa:

"Que en estas circunstancias, tratándose de dos lotes separados como cuerpos ciertos, con sus límites precisos, es indudable que debe operar la condición resolutoria expresa estipulada, que es divisible si igualmente lo es el objeto o cosa materia del contrato, es decir, que se impone la resolución pedida respecto del lote que no ha sido ocupado con la pista y dependencias del aeródromo, declarando parcialmente resuelto el contrato de compraventa constatado en la escritura Nº 1856 de 24 de noviembre de 1944".

En la sentencia que puso fin al juicio promovido por la señora Robledo de Villegas y otros de que se ha hecho referencia, dijo esta Sala en torno a la divisibilidad de la condición resolutoria, aplicada por el Tribunal al desatar aquel litigio en su primera instancia:

"No está de acuerdo la Corte con esta solución. Para cambiarla pueden excusarse construcciones jurídicas más o menos eruditas que conduzcan a engolfarse en distinciones sutiles acerca de si se trata de una obligación modal o de una obligación condicional; de una condición resolutoria expresa; de una obligación de cumplimiento indivisible o divisible, o de un pacto de retroventa, etc.

"Aquí vale más recordar lo que dice un autor muy conocido:

"'1.—La interpretación es siempre la primera función del Juez llamado a conocer del caso; ha de realizarse según el entender de los profanos y prescidiendo por el momento de toda posible construcción jurídica.

"2.—Al intérprete no le interesa nada la voluntad interna. Es, pues, indiferente para los efectos de la interpretación, el sentido que realmente hubiese atribuído uno de los contratantes a la palabra litigiosa, al emplearla'. (Danz, La Interpretación de los negocios jurídicos, ed. española de W. Roces Madrid, 1926, pag. 257).

"Con arreglo a este sencillo criterio se puede afirmar que la cláusula sexta, de cuya interpretación se trata (corresponde a la "quinta" de la compraventa a que se contrae el presente juicio), contiene dos proposiciones o miembros inseparables, a saber: en el primero se expresa que el 'municipio queda comprometido a destinar el terreno para un aeropuerto', y en el segundo, que 'si en cualquier tiempo se le diere destinación distinta, se declara de una vez resuelto este contrato'.

"Nada es dijo, ni era previsible por antecedentes técnicos acreditados en el proceso, acerca de que el Municipio estuviera precisamente obligado a 'construír el aeropuerto' dentro de la totalidad del terreno adquirido; solamente a destinarlo para ese fin. Esta destinación supone lógicamente que coincidían el interés privado de la venta con el público o común de la construcción del campo de aterrizaje para el establecimiento de un servicio del cual dependen en gran me-

dida la comodidad y el progreso de las ciudades...".

"Este motivo inspiró la celebración del contrato; pero no sería lo mismo que la obligación de destinar el terreno se hubiera adquirido con el alcance de señalar su utilización total o parcial para la obra del aeropuerto —en cuya hipótesis sería aceptable la tesis del Tribunal—, que haberse limitado a prever una destinación genérica sin estipular otros particulares o circunstancias. Porque existe efectivamente, como ya se observó, una concatenación estrecha entre los dos elementos que revelan cuál fue la inequívoca voluntad de las partes: haber subordinado la resolución del contrato a la causa de darle un cambio real a la destinación del terreno, **lo cual conducía a la necesidad de probar que el municipio,** o su cesionario la Nación, hubieran dedicado **aquél a otros fines,** por ejemplo la explotación agrícola, ganadera o industrial en forma incompatible con el servicio del aeropuerto..." (Ha subrayado ahora la Sala).

No es óbice para aplicar esta doctrina en el presente caso la consideración de estar separados entre sí los dos lotes de terreno de que trata el contrato de compraventa que aquí se estudia, y alindados cada cual por límites precisos, pues el sentido de la destinación hecha en la cláusula 5ª de la precitada compraventa, como lo dice la Corte, es genérica y atiende solamente al criterio del interés público que dió origen al precitado contrato. No es, por tanto, divisible con respecto a las porciones que quedaron sobrantes en lo que, como de autos se revela, hasta hoy se ha llegado a construír del aeropuerto de Santágueda.

Para que la condición resolutoria analizada surtiese sus propios efectos en forma parcial, esto es, con relación a los terrenos considerados como sobrantes, indispensable hubiera sido que la cláusula en mención así lo hubiera previsto en forma expresa. Adoptar, por tanto, la divisibilidad de los efectos de dicha condición como lo hizo el Tribunal en la sentencia recurrida, es darle a una estipulación contractual un alcance que realmente las partes contratantes no quisieron atribuírle.

La condición resolutoria pactada en la escritura Nº 1856 premencionada, se concreta al hecho de que la entidad compradora no iniciara los trabajos del aeropuerto de Santágueda dentro del término de dos años que empezaba a contarse desde la fecha de dicho instrumento público, o que diese a los terrenos adquiridos una destinación distinta de la construcción del aeródromo, obra para la cual habían sido escogidos después de dilatados estudios.

Y ya se ha visto cómo en el proceso no solamente no se ha acreditado el cumplimiento de uno u otro de aquellos hechos determinantes de la resolución del contrato, sino que, muy por el contrario, y como el mismo Tribunal no pudo menos de reconocerlo, los trabajos del aeropuerto sí se comenzaron dentro del plazo convenido en la cláusula 5ª, y, de otra parte, del acervo probatorio no se encuentra así sea el más leve indicio de que el Municipio o la Nación demandados, hayan establecido sobre el lote litigioso empresa o trabajo alguno que implique un cambio en la destinación prevista en el contrato.

Es más todavía. En el acta de la inspección ocular practicada durante el término probatorio de esta alzada, se anota el hecho de que en el lote Nº dos, objeto de este pleito, existe una plantación de caña dulce de propiedad del demandante doctor Restrepo Restrepo.

Para la Sala, finalmente, resulta infundado el concepto pericial según el cual el lote número 2 tantas veces aludido ya no será ocupado nunca con obra alguna integrante del aeropuerto de Santágueda. Los primitivos planos del aeropuerto contemplaban la construcción de dos pistas en forma de cruz, uno de cuyos brazos se proyecta precisamente sobre el lote en cuestión. Que ese proyecto hubiese sido modificado por el de la construcción de una sola pista, no es suficiente a demostrar que en lo futuro, en fuerza de la natural expansión de los servicios del transporte aéreo y de la ascendente transformación de los sistemas y características de los aviones, no haya necesidad de ampliar aquel campo de aterrizaje, menos aún si se tiene en cuenta que, según lo revelan los planos traídos al juicio, lo que hoy existe del aeropuerto de Santágueda bien puede considerarse como la construcción de su primera etapa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, de fecha veintinueve (29) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), y en su lugar ABSUELVE a la Nación y al Municipio de Manizales de los cargos de la demanda.

Costas a cargo de la parte actora.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en **Gaceta Judicial,** y devuélvanse los autos.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.— Jorge García M., Secretario.

SE IMPONEN SANCIONES DISCIPLINARIA A UN ABOGADO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, Doctor Roberto Goenaga)

El recurso de apelación que en esta sentencia debe resolver la Corte, agotados como están los trámites respectivos, tiene estos antecedentes:

Al fallar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en providencia de 3 de noviembre de 1950, el recurso de alzada interpuesto por el abogado Camilo Ramírez Ospina contra la sentencia de excepciones pronunciada por el señor Juez 2º Civil del Circuito de la misma ciudad en el juicio ejecutivo de Belisario Carvajal contra la sociedad ordinaria de minas "La Sorpresa" y "La Gruta", por suma de pesos, dispuso iniciar sustentación de un juicio sumario, con arreglo a lo ordenado en los artículos 8 y9 de la Ley 69 de 1945, para averiguar la responsabilidad del mencionado doctor Ramírez Ospina en la ejecución de algunos actos que a juicio del Tribunal podían constituír "un atentado contra la moral profesional". Consisten esos actos, según la misma sentencia, en haber demandado ejecutivamente a la mencionada sociedad minera con base, entre otros documentos, en dos letras de cambio giradas contra aquélla por Belisario Carvajal, no obstante aparecer que dichos títulos habían sido ya cubiertos por el deudor, como aparece en comprobante firmado por el acreedor y también por el abogado Ramírez Ospina en calidad de testigo de la cancelación de dichas obligaciones.

En síntesis, el recuento de los hechos es como sigue:

El 16 de junio de 1948, el abogado Camilo Ramírez Ospina con el doble carácter de apoderado especial de Belisario Carvajal y de cesionario al cobro, presentó demanda ejecutiva ante el Juez 2º del Circuito en lo Civil, de Popayán, contra la sociedad ordinaria de minas "La Sorpresa" y "La Gruta", con domicilio en el mismo lugar, por un total de $ 11.978.60 de que era acreedor Carvajal, suma representada en vales por $ 1.020.00, en un cheque por $ 860.00 y letras de cambio, de plazo vencido, por $ 10.096.60. Entre éstas figuran en la demanda una por $ 6.000.00 y otra por $ 4.000.00, giradas con fechas 1º de marzo y 2 de enero de 1948, y aceptadas por el Gerente de la Sociedad ejecutada. En el hecho e) del libelo se expresa que los documentos que sirven de recaudo "no han sido cancelados ni en todo ni en parte hasta la presente fecha....".

Admitida la demanda en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán y decretado el pago compulsivo solicitado, la sociedad ejecutada, en escrito de 15 de marzo de 1950, por medio de apoderado, propuso las excepciones de "invalidez de los títulos ejecutivos" consistentes en el cheque por $ 860.00 y en una letra de cambio por valor de $ 96.50; y la de "pago total de las letras por valor de diez mil pesos ($ 10.000.00)", fechadas, como se dijo atrás, el 1º de marzo y el 2 de enero de 1948.

Para acreditar esta última excepción, al escrito en referencia se adjuntó el siguiente recibo expedido ante testigos por el ejecutante Carvajal el mismo día —nótese bien— en que fue formulada la demanda ejecutiva de que se trata.

"Yo, Belisario Carvajal, mayor de edad y de este vecindario, cedulado en Ibagué bajo el Nº 1718672, declaro que he recibido del señor Nepomuceno Hernández, mayor de edad y de este mismo vecindario, cedulado en Bugalagrande bajo el Nº 1541878, la suma total de diez mil pesos ($ 10.000.00) para cancelar las letras de cambio de fechas dos de enero y primero de febrero, por los valores de cuatro mil pesos ($ 4.000.-00) y seis mil pesos ($ 6.000.00), respectivamente, letras que fueron giradas por mí a cargo de la sociedad ordinaria de Minas "La Sorpresa" y "La Gruta", y que fueron aceptadas por el señor Francisco Morales G., como representante legal de la mencionada sociedad, quedando en esta forma canceladas dichas obligaciones. Para constancia, firmo el presente recibo en Popayán a los diez y seis días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, ante testigos rogados. BELISARIO CARVAJAL. El testigo, CAMILO RAMIREZ O. El testigo, Emiliano Alzate".

El Juzgado del conocimiento falló las excepciones por medio de la sentencia de 5 de julio siguiente, y al referirse a las expresadas letras de cambio observó lo que se copia:

"Este documento (el recibo suscrito por Carvajal que se acaba de transcribir) tiene el valor probatorio que le asigna el artículo 637 del C. Judicial, es decir, de plena prueba, y por lo tanto hay que aceptar que el valor de las letras a que se refiere, a cargo de la Sociedad Ordinaria de Minas La Sorpresa y la Gruta, ya fue solucionado.

"Consecuencialmente, de acuerdo con el precepto del artículo 210 del C. Judicial, el demandante pidió más de lo que se le debía y debe condenársele al pago de las costas que se hayan ocasionado por razón del exceso de la demanda".

Apeló el ejecutante, y llevado el negocio al Tribunal, fue decidido por éste en la sentencia mencionada al principio, donde se lee lo siguiente, relativo a la excepción de pago:

"Con fecha diez y seis de junio de mil novecientos cuarenta y ocho el señor Belisario Carvajal hizo constar que había recibido del señor Nepomuceno Hernández la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), para cancelar las letras de dos de enero y primero de febrero por cuatro mil pesos ($ 4.000.00) y seis mil pesos ($ 6.000.00) respectivamente, girados por él a cargo de la Sociedad Ordinario de Minas "La Sorpresa" y "La Gruta", representadas por el señor Francisco Morales, obligaciones que declaró cancelada. Esa declaración aparece hecha ante los testigos Camilo Ramírez Ospina y Emiliano Alzate.

"En diligencia practicada el veinticinco de mayo de este año, el señor Belisario Carvajal reconoció como suya la firma puesta en esa constancia y declaró exacto el contenido de la misma, aclarando que los diez mil pesos ($ 10.000.-00) recibidos de Nepomuceno Hernández se referían a un juicio ejecutivo que había adelantado contra Hernández en el Juzgado Primero Civil de este Circuito.

"Por su parte el testigo doctor Camilo Ramírez Ospina también reconoció su firma y declaró que él había hecho ese recibo el cual se refería a obligaciones personales del señor Hernández por las cuales se le ejecutaba en el Juzgado Primero Civil de este Circuito.

"De acuerdo con el artículo 637 del C. Judicial el reconocimiento de ese documento tiene fuerza de confesión judicial y según el Art. 642 ibídem el reconocimiento de la firma basta para que quede reconocido el documento.

"....Reconocido el pago de las letras, para desvirtuarlo el ejecutante debía probar la verdad de su declaración. Con ese fin fue traída a los autos, durante el término de fijación en lista, una aclaración firmada por Hernández en la cual se dice que con los diez mil pesos ($ 10.000.00) que entregó a Belisario Carvajal y por lo cual éste declaró cancelada las dos letras de cambio giradas contra la Sociedad Ordinaria de Minas "La Sorpresa" y "La Gruta", en realidad sólo se canceló la de seis mil pesos ($ 6.000.00), quedando a cargo de la Sociedad la otra por valor de cuatro mil pesos ($ 4.000.00).

"Esta explicación contradice lo aseverado por el propio demandante en la constancia de pago de las dos letras y también lo que el señor Carvajal declara bajo juramento en este juicio cuando afirma que había recibido los diez mil pesos ($ 10.000.00) en virtud de una transacción relativa a un juicio que adelantaba contra Hernández, y contradice también la declaración y las afirmaciones del doctor Camilo Ramírez Ospina, quien aparece firmando como testigo la constancia del pago de las letras giradas a cargo de la Sociedad Ordinaria de Minas demandada, después jurando que los diez mil pesos ($ 10.000.00) recibidos por Carvajal eran para cancelar deudas personales de Hernández y, por último, como testigo de la declaración que hace el consignante del dinero en la cual se dice que una de las letras, la de seis mil pesos ($ 6.000.00), a cargo de la Sociedad fue cancelada por medio de esa consignación, sin aclarar a qué obligación se imputaba el resto de ella.

"Semejante contradicción en el abogado que interviene tantas veces, que ejecuta a la sociedad demandada, después de haber escrito y firmado la constancia del pago de las dos letras que le sirven de base de recaudo, da asidero para juzgar como sospechosa, cuando menos, la declaración del mencionado profesional".

En el juicio especial de queja que se estudia, se llenaron todas las formalidades que le son pertinentes, y el inculpado gozó ampliamente de las garantías que la ley le ofrece para su defensa.

El Tribunal, luego de encontrar que las faltas cometidas por el abogado Ramírez Ospina estaban suficientemente demostradas, lo sancionó con dos meses de suspensión del ejercicio de su profesión, con base en lo dispuesto en el Art. 9º de la Ley 69 de 1945.

De la sentencia, fechada el 30 de noviembre del año próximo pasado, apeló el abogado Ramírez Ospina, y en virtud de ello corresponde a la Sala revisar dicho fallo, lo que hace mediante la siguientes **consideraciones:**

La constancia o recibo expedida por el acreedor Belisario Carvajal el 16 de junio de 1948,

expresa de manera inconfundible cuáles son las obligaciones que quedaron canceladas por pago que le hiciera en esa ocasión el señor Nepomuceno Hernández, como se desprende del texto mismo de ese documento, al decir que "..he recibido del señor Nepomuceno Hernández....la suma total de diez mil pesos ($ 10.000.00) para cancelar las letras de cambio de fechas dos de enero y primero de febrero, por los valores de cuatro mil pesos (4.000.00) y seis mil pesos ($ 6.000.00), respectivamente, letras que fueron giradas por mí a cargo de la Sociedad Ordinaria de Minas "La Sorpresa" y "La Gruta", y que fueron aceptadas por el señor Francisco Morales G., como representante legal de la mencionada Sociedad....". Este documento fue reconocido auténtico tanto por su signatario, Belisario Carvajal, como por los testigos, Emiliano Alzate y el acusado Camilo Ramírez Ospina.

Existe una diferencia de poca importancia en la letra de cambio por la cantidad de $ 6.000.00 con respecto a fechas, pues en el recibo se indicaba que aquélla fue girada el 1º de febrero de 1948, cuando en verdad lo fue el 1º de marzo de ese mismo año. Mas esta diferencia no tiene importancia en el caso de autos, una vez que según exposiciones hechas por el mismo Carvajal, por Ramírez Ospina y por Nepomuceno Hernández, acerca de tal instrumento, no cabe la menor duda de su cancelación, como aparece del recibo transcrito.

Frente al texto tan expreso y diáfano de ese recibo, otorgado por el beneficiario único de las dichas letras de cambio, no era dable esperar que el Juzgado del conocimiento y luego el Tribunal, fallaran, en forma distinta de como lo hicieron, la demanda de excepciones.

Quedó, pues, plenamente demostrado en el proceso que el abogado Ramírez Ospina, endosatario al cobro, tuvo pleno conocimiento de la cancelación de las dos letras de cambio giradas por Belisario Carvajal contra la sociedad minera ,mediante el pago hecho a aquél por el señor Nepomuceno Hernández, de la suma de $ 10.000.-00, monto de las expresadas letras, como consta del recibo redactado por el mismo abogado y firmado por él en calidad de testigo. A sabiendas, pues, de que las dichas letras carecían de valor, el abogado Ramírez Ospina no tuvo el menor inconveniente en presentar dichos documentos como base de recaudo ejecutivo en la demanda que formuló el mismo día en que fue firmado el recibo o constancia de la cancelación, ni tampoco encontró obstáculo en declarar, al exponer los hechos de la demanda que "los documentos en referencia no han sido cancelados ni en todo ni en parte hasta la presente fecha." Y si se repara en la posibilidad de que la demanda ejecutiva hubiese sido presentada momentos antes del pago de los $ 10.000.00, puesto que ambos casos sucedieron el mismo día, la falta de rectitud profesional persiste, porque el camino a seguir por parte del abogado no era otro sino el de reducir la cuantía del mandamiento ejecutivo.

Pero lo que sucede es que, según lo aprecia la Corte, en otro juicio ejecutivo que el abogado siguió contra Nepomuceno Hernández ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Popayán, con anterioridad al que inició en el Juzgado 2º del mismo Circuito, presentó el abogado Ramírez Ospina dos letras de cambio por $ 3.000.00 y $ 1.-600.00 como título, letras que fueron canceladas por transacción. Con estas dos letras pretendió establecer su coartada el abogado, ya que las letras por $ 6.000.00 y $ 4.000.00 no aparecen canceladas por Carvajal, a pesar de que lo fueron con el recibo de éste a Hernández, "mientras yo iba a la casa a traerle las letras canceladas" (Cuad. 2, fol. 18 vto.), como lo declara Carvajal y lo que nunca sucedió. No cabe duda de que entre el abogado Ramírez Ospina y Carvajal hubo acuerdo para no devolver las letras canceladas, y poder de esa suerte y con esa base, ejecutar a la sociedad ordinaria de minas "La Sorpresa" y "La Gruta".

Cuantas veces el abogado Ramírez Ospina ha tratado de aclarar su conducta, ha caído en una nueva contradicción: Al contestar el traslado de la demanda de excepciones, dijo que el recibo tantas veces citado "en ningún caso se refiere a obligaciones relacionadas con el actual juicio que adelanto en este Juzgado...." e indica que el pago hecho por Hernández se contrae a créditos personales a favor de Carvajal, y que él —Ramírez Ospina— hizo figurar en la acción de embargo preventivo que había promovido, en otro juicio ante el Juzgado 1º Civil de Popayán, contra Hernández. Al efecto explica que "la ejecución que adelanté en el Juzgado Primero Civil de este Circuito contra el precitado Hernández y a la cual se refiere el recibo a que se contrae esta declaración, tenía como base obligaciones personales contraídas por Hernández, obligaciones muy distintas a las que sirven de base para esta ejecución". (Carvajal contra la sociedad ordinaria de Minas.)

Pese a tan enfática declaración —rendida bajo juramento durante el trámite de las excepcio-

nes propuestas— el doctor Ramírez Ospina, al reclamar contra la sentencia de primer grado, adversa a las pretensiones de su mandante, adjuntó en apoyo de la exigibilidad y consiguiente validez de las letras de cambio tantas veces mencionadas, la siguiente aclaración suscrita por el señor Nepomuceno Hernández, con fecha 17 de junio de 1948, o sea el día siguiente de la expedición del recibo por $ 10.000.00:

"Yo, Nepomuceno Hernández.... hago constar que el recibo suscrito ayer por el señor Belisario Carvajal, en mi favor en relación con las letras de cambio fechadas el 2 de enero y 1º de febrero del presente año, por los valores de cuatro y seis mil pesos, respectivamente, giradas por el citado señor Carvajal a cargo de la Sociedad Ordinaria de Minas "La Sorpresa" y "La Gruta" domiciliada en esta ciudad....recibo en el cual consta que el señor Belisario Carvajal recibió de mí la suma total de diez mil pesos ($ 10.000.00) **para cancelar dichas letras,** corresponde en efectivo únicamente a la cancelación de la letra por valor de seis mil pesos ($ 6.000.00) quedando a cargo de la sociedad Ordinaria de Minas antes nombrada únicamente la letra por valor de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), letras éstas que obran en el juicio ejecutivo que cursa actualmente en el Juzgado Primero del Circuito Civil de Popayán contra la aludida sociedad...." Subrayó la Sala.)

En el escrito dirigido al Tribunal por el Dr. Ramírez Ospina para sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de excepciones, dijo, aludiendo a este último comprobante:

"Pero ocurre Honorables Magistrados, que tal recibo (el de los $ 10.000.00) tiene una explicación, y es la que consta en el documento que acompaño debidamente autenticado y suscrito por el señor Nepomuceno Hernández en presencia de testigos de esta ciudad. Con fundamento en lo expuesto, muy respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados, se sirvan revocar la providencia recurrida, **declarando no probada** la excepción parcial de pago propuesta por la parte demandada." (Subrayó la Sala.)

Posteriormente, al solicitar la práctica de pruebas dentro del término concedido en este juicio sumario, pidió el Dr. Ramírez Ospina la recepción de varias declaraciones, entre otras, la del acreedor Belisario Carvajal, para que depusiera sobre el punto que se transcribe a continuación:

"b) Los testigos Nepomuceno Hernández, Belisario Carvajal y Pedro Vélez Villa, dirán si es verdad y les consta, de manera personal y directa, por haber presenciado la transacción amigable habida entre el demandado señor Hernández y el demandante señor Belisario Carvajal, que los recibos que con motivo de la transacción se otorgaron en favor de Hernández, se refieren a **letras distintas de las que obran en el juicio ejecutivo que el mismo señor Belisario Carvajal, por medio de apoderado adelanta contra la Sociedad ordinaria de minas "La Sorpresa y la Gruta"** (Subrayó la Sala).

Al respecto se observa que el inculpado —tratando en vano de crear una situación confusa en este negocio— pretende desvirtuar totalmente los clarísimos términos del recibo del 16 de junio, diciendo que éste se refiere a una transacción habida entre Carvajal y Hernández con relación a otras obligaciones contenidas en letras de cambio diferentes, que el primero cobraba al segundo en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, (una por valor de $ 1.600.00 y la otra por la suma de $ 3.000.00), y no a las dos letras por $ 6.000.00 y $ 4.000.00 del ejecutivo instaurado en el Juzgado 2º Civil del mismo Circuito, no obstante que en la aclaración de Hernández, acogida como prueba para atacar el fallo de excepciones proferido por dicho Juzgado Segundo, se dice que ese recibo sí se refiere a la letra por $ 6.000.00 a cargo de la sociedad Ordinaria de Minas, a que se contrae dicho fallo.

A estas contradicciones manifiestas, viene a sumarse el testimonio rendido en las diligencias sumarias de que aquí se trata por el acreedor Belisario Carvajal, conforme al cual "esos recibos (la pregunta tampoco los especifica) corresponde (sic) única y exclusivamente a letras que yo le cancelé al señor Nepomuceno Hernández que no sé que las hecho él (sic). Esto lo hice por transacción amigable qué hice con él creyendo en la honorabilidad y honradez del señor Hernández y que esos recibos no forman parte de ninguna de las letras por las cuales ejecuto yo a la Sociedad ordinaria de Minas por medio de apoderado." Preguntado sobre si uno de los recibos a que se refirió en la anterior respuesta es el fechado el 16 de junio de 1948, contestó: "Que ese mismo recibo que yo le dí al Sr. Hernández es el mismo que le dí cancelando las letras bajo transacción amigable que hicimos porque por el momento no tenía las letras allí, mientras yo iba a la casa a traerle las letras canceladas." E interrogado sobre si fuera de las dos letras por $ 6.000.00 y $ 4.000.00 ya mencionadas existían otras por los mismos valores y de idéntica fecha,

giradas y aceptadas por las mismas personas, respondió evasivamente: "Son las mismas fechas que se firmaron las cuatro letras, en las dos primeras eran fiador (sic) el señor Nepomuceno Hernández que son las que forman parte de los recibos a que se hace alusión en este mismo juicio. Solamente quedan vivas las letras que me giró directamente el Gerente de la Sociedad de Minas denominada "La Gruta y La Sorpresa", gerente que era entonces Don Francisco Morales. Estas últimas letras son, la una por seis mil pesos ($ 6.000.00) y la otra por cuatro mil pesos ($ 4.000.00). Explica también el deponente que entre él y la sociedad ordinaria de Minas no ha existido un solo negocio sino varios.

Las anteriores explicaciones carecen de toda prueba en los autos. Ya se ha visto, según la versión inicial del doctor Ramírez Ospina, que el recibo de los $ 10.000.00 pagados por Hernández se refiere al arreglo o transacción amigable que puso término a las diligencias de embargo y secuestro preventivos, iniciadas en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, donde se perseguía la efectividad de dos letras de cambio por valor de $ 3.000.00 y $ 1.600.00 a cargo de Hernández, aseveración que después, con base en la constancia firmada por el mismo Hernández, echa por tierra, para sostener que el expresado recibo por $ 10.000.00 sí hace relación con la letra de $ 6.000.00, que sirvió de recaudo en la ejecución contra la Sociedad Ordinaria de Minas.

Todas estas maniobras del abogado acusado dan a conocer con toda evidencia su falta de moral en el ejercicio de su profesión.

De las sentencias de primera y segunda instancias dictadas en el incidente de excepciones de que se ha hecho referencia, se establece que el doctor Ramírez Ospina, después de testificar con su firma la cancelación de los instrumentos negociables girados contra la Sociedad Ordinaria de Minas "La Sorpresa y La Gruta", a título de endosatario al cobro, las tomó como base de la demanda ejecutiva contra la misma sociedad.

En todo el curso del incidente en referencia, así como en el presente juicio sumario, el doctor Ramírez Ospina, lejos de dar una explicación satisfactoria de aquella actuación, sólo ha logrado incurrir en contradicciones que agravan el cargo contra él deducido.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al conceptuar sobre los hechos analizados, dice:

"Este despacho se halla de acuerdo con las conclusiones del Tribunal de Popayán, porque en realidad en el proceso se ha demostrado:

"Que las letras que figuran en las diligencias de embargo y secuestro preventivos contra Nepomuceno Hernández, no podían haber sido canceladas con el recibo suscrito por Belisario Carvajal, de fecha 16 de junio de 1948, porque este recibo se refiere a unas letras por valor de seis mil y cuatro mil pesos, giradas en 1º de marzo y 2 de enero de 1948, respectivamente, y aquéllas eran por valor de tres mil y mil seiscientos pesos, de fechas 21 de noviembre y 2 de agosto de 1947, respectivamente.

"Que con el mencionado recibo no podían cancelarse obligaciones personales de Hernández, como lo pretende el inculpado, en primer lugar porque en el recibo, el señor Carvajal reconoce que las letras por valor de seis mil y cuatro mil pesos fueron giradas por él a cargo de la sociedad ordinaria de minas "La Sorpresa y La Gruta" y aceptadas por el señor Francisco Morales G. como representante legal de la mencionada sociedad, "quedando en esta forma canceladas dichas obligaciones". Y, en segundo lugar, porque el mismo Nepomuceno Hernández, en la constancia de fecha 17 de junio de 1948, admite que la letra por valor de seis mil pesos, que, según esa constancia, fue la que realmente canceló, estaba a cargo de la sociedad de minas "La Sorpresa y La Gruta", quedando a cargo de la Sociedad Ordinaria de Minas antes nombrada únicamente la letra por valor de cuatro mil pesos."

Y más adelante agrega:

"El Tribunal de Popayán consideró que el abogado inculpado "ha faltado gravemente a la delicadeza y decoro profesionales" al utilizar como recaudo ejecutivo unas letras que ya estaban canceladas. Este hecho es, a juicio del Tribunal, notoriamente atentatorio de la moral profesional y por consiguiente, encaja dentro del caso contemplado en el numeral 6º del artículo 10 de la Ley 21 de 1931".

De todo lo anterior se desprende que la responsabilidad del abogado doctor Camilo Ramírez Ospina está probada. Y en cuanto hace a la definición de la falta y a la sanción impuesta en el fallo recurrido, tampoco halla esta Sala observación alguna que formular.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre

de mil novecientos cincuenta y tres (1953), materia del presente recurso.

Costas a cargo del apelante.

Comuníquese esta decisión a todos los Tribunales y Juzgados del país.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvanse los autos.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.



IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIOS CONTRA SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

En memoriales autenticados ante una de las Inspecciones Judiciales de la ciudad de Popayán con fecha 17 de julio último, el abogado Camilo Ramírez Ospina solicita "al H. Magistrado sustanciador Dr. Goenaga y a la H. Corte Suprema, se sirvan RECONSIDERAR su fallo de fecha 16 de los corrientes, teniendo en cuenta como prueba a mi favor el certificado que acompaño y las explicaciones de este memorial, para que en cambio se me ABSUELVA de los cargos formulados en el fallo de primera instancia, que está a su atento estudio."

Lo que pretende el doctor Ramírez Ospina en este caso, es interponer un nuevo recurso contra la sentencia definitiva pronunciada por esta Sala el 16 de julio retropróximo, por medio de la cual se confirmó la dictada por el Tribunal Superior de Popayán en este juicio sumario, de fecha 30 de noviembre de 1953, por la cual se sancionó al mencionado doctor Ramírez Ospina con dos meses de suspensión del ejercicio de la abogacía.

Ninguna sentencia puede ser revocada o reformada por el mismo Juez o Tribunal que la pronuncia, según el mandato terminante del Art. 482 del C. Judicial. Respecto a las sentencias, una vez dictadas, sólo es permitido pedir aclaraciones, en relación con conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda a causa de una redacción ininteligible.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DENIEGA lo pedido en los memoriales de que se ha hecho referencia, suscritos por el Dr. Camilo Ramírez Ospina.

Cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano. Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS.— PRUEBA DEL CARACTER DE COMUNERO EN UNA COMUNIDAD DETERMINADA

El carácter de comunero y por ende copartícipe en una comunidad resulta no precisamente de las declaraciones que al respecto se hagan por una o varias personas. Hay necesidad de buscar y encontrar el apoyo de dichas declaraciones en los títulos constitutivos de derechos para cada persona en la comunidad, que, como lo dijo la Corte, "tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si opera a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior de Santa Marta profirió sentencia el 28 de abril de 1953 en el juicio ordinario de la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz y de Mario C. Gómez contra la Nación, propuesto mediante apoderado, para que se hagan estas declaraciones:

"Primera.—Que son de propiedad privada, o de la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz, los yacimientos de petróleo y demás sustancias minerales que se encuentren o puedan encontrarse en el globo de tierras denominado Ojo del Medio o La Cruz, ubicado en el municipio de Barrancas, del Departamento del Magdalena, y comprendido dentro de estos linderos: "Desde el lugar nombrado Los Pozos hasta el nombrado La Ceybita, en toda su extensión, y en lo ancho todo el espacio comprendido entre los cerros uno al norte y otro al sur".

"Segunda.—Que en consecuencia, respecto del globo de tierra antes alinderado, carece de valor o efecto el contrato sobre exploración y explotación de petróleos celebrado por la Nación con la Compañía de Petróleos El Cravo el día doce (12) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947); y que por ende son de propiedad de la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz, los petróleos explotados en virtud de dicho contrato, en cuanto tal explotación se haya realizado dentro de los límites del globo Ojo del Medio o La Cruz".

El fallo del Tribunal declara:

"1º—Que son de propiedad privada, o sea de la Comunidad del Ojo del Medio o La Cruz, los yacimientos de petróleo y de más sustancias minerales que se encuentren o puedan encontrarse en el globo de tierras denominado Ojo del Medio o La Cruz, ubicado en el Municipio de Barrancas del Departamento del Magdalena, y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde el lugar nombrado Los Pozos hasta el nombrado La Ceybita, en toda su extensión, y en lo ancho de todo el espacio comprendido entre los cerros uno al norte y otro al sur.

2º—No es el caso de decretar la segunda súplica del libelo."

Por consulta ordenada en la sentencia del Tribunal vino al negocio o la Corte, donde recibió el trámite legal correspondiente.

Al descorrer el traslado para alegar de conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Civil solicita se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva a la Nación de los cargos formulados en la demanda. Apoya su petición en varios razonamiento dirigidos a demostrar la falta de personería en juicio por parte de los actores. Estos no estuvieron representados durante el recurso, y por tanto no hicieron conocer de la Corte sus puntos de vista para sustentar su causa.

Personería de los actores

Es oportuno examinar si los actores en el juicio han estado representados debidamente, para lo cual ha de tenerse en cuenta que el doctor José María Riveira Daza propuso la demanda di-

ciéndose apoderado de la "Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz" y también del comunero Mario C. Gómez.

Representación de la comunidad

A este propósito el demandante gestor recibió poder del señor Gratiniano Gómez, vecino de Riohacha, quien al otorgarlo dijo obrar en su 'carácter de Administrador de la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz, organizada por medio del Acta que se elevó a escritura pública en la Notaría de este lugar y que lleva el número 119, de fecha 29 de octubre de 1947 debidamente registrada' (folio 99 cuaderno principal).

La escritura 119 citada protocoliza las diligencias y actos que numerosas personas llevaron a cabo con el objeto de organizar la comunidad de La Cruz u Ojo del Medio y nombrar el administrador de la misma. El señor Gratiniano Gómez presentó al Notario los documentos aludidos para su protocolización y ésta se hizo por ante dicho funcionario y se registró después, el 6 de noviembre de 1947, en la oficina de registro de Riohacha. (Folios 87 a 95 ibidem). De conformidad con es documento numerosas personas se constituyeron en junta preparatoria en Barrancas, Departamento del Magdalena, el día 8 del mes de septiembre de 1947, en la casa de habitación del señor Mario C. Gómez. Concurrieron 39, por sí mismas o por medio de apoderado, y exhibieron los títulos que debían acreditar sus derechos en la comunidad, que fueron examinados y calificados por una comisión designada al efecto y hallados válidos, sumando las acciones actuantes sesenta con ochocientos sesenta y tres milésimos de acción (60.863); y se observó que "también son comuneros en dichas tierras las personas que a continuación se expresan (se dan los nombres de ellas), con un total de 40.67 acciones sin representar en la junta. Asimismo se observó que las sesenta acciones representadas y las cuarenta de ausentes forman cien unidades o acciones que constituyen la totalidad de los derechos en la comunidad de La Cruz u Ojo del Medio, y que habiendo una representación de más de la mitad se podía formar legalmente la junta general de comuneros, la que en efecto se constituyó, trasladándose los interesados a presencia del Juez del Municipio y su secretario. Con esta solemnidad, no exigida por la ley pero que los comparecientes estimaron conveniente, actuó la junta general de comuneros, la que eligió por unanimidad al señor Gratiniano Gómez como administrador. El acta dice en este punto: "El señor Presidente declaró entonces que quedaba legalmente constituída la comunidad de Ojo del Medio o la Cruz con el nombramiento de Administrador que acababa de hacerse en la persona del señor Gratiniano Gómez, quien tendrá la personería de ella."

Debe la Corte examinar si esta designación de administrador de la Comunidad se hizo en forma legal y para ello ha de verificar si todos los que intervinieron en la junta general de comuneros acreditan ese carácter. Esto es importante para deducir si tal junta se constituyó y actuó legalmente en la ocasión a que se ha hecho referencia.

El carácter de comunero y por ende copartícipe en una comunidad resulta no precisamente de las declaraciones que al respecto se hagan por una o varias personas. Hay necesidad de buscar y encontrar el apoyo de dichas declaraciones en los títulos constitutivos de derechos para cada persona en la comunidad. Comprobación que habrá de consistir en el título traslaticio o de adjudicación correspondiente. Ya la Corte lo ha dicho así: "tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si opera a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de la adjudicación, de la cuota parte correspondientes en el bien respectivo". (Sentencia de 13 de febrero de 1946 G. J. Tomo LX. Folio 273 y siguientes). Al hablarse de títulos se entiende que el título debe hallarse extendido y registrado según la ley.

Se apoya esta demanda (documento d) en una adjudicación de tierras de que da cuenta "el título expedido por los representantes de la Corona Española en esta región para esta clase de asuntos, en el año de 1775, a favor de Simón Carrillo de las tierras de Ojo del Medio, que después se han llamado de La Cruz", título protocolizado en la Notaría de Riohacha por escritura sin número, de fecha 18 de junio de 1855. No se explica en la demanda cuándo y cómo se formó la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz, y los titulares de derecho en la comunidad, de acuerdo con lo expresado en el acta suscrita en Barrancas el 8 de septiembre de 1947, manifiestan serlo en razón de haber adquirido derechos en la comunidad. Desde luego lo que naturalmente ocurre pensar es que la Comunidad tiene origen en los sucesores de Simón Carrillo.

Como ya se anotó, en la Junta General de Comuneros que designó administrador estuvieron

representadas 60 unidades de las 100 que la forman, y se dijo allí que de dichas unidades o acciones pertenecen 17,100 al Sr. Teodosio Goenaga, 2,850 a María Luisa Goenaga de Goenaga, 2.850 a José Manuel Goenaga, 2.850 a Roberto Goenaga, 2.850 a Leticia Goenaga de Vélez, 2.850 a Margarita Goenaga, 2.850 a Catalina Goenaga de Díaz Granados, 2.850 a Eva Rosa Goenaga de Riveira, 2.850 a Elvia Goenaga Riveira, 2.850 a Ramiro Goenaga Riveira y 2.850 a María Concepción Riveira, lo que da un total de 45.600 acciones.

Al referirse el señor Procurador Delegado en lo Civil a los accionistas que derivan sus derechos de las sucesiones del doctor José Manuel Goenaga Villa y doña Manuela Gómez de Goenaga, observa lo siguiente:

"8º—Copia de la escritura pública Nº 128 de 5 de noviembre de 1947, pasada en la Notaría del Circuito de Riohacha, por la cual se protocolizó el "juicio de sucesión intestada del Sr. Dr. José Manuel Goenaga Villa y Manuela Gómez de Goenaga." De igual manera, obran el trabajo de partición, las hijuelas respectivas y la resolución aprobatoria de aquél.

"Las expresadas cartillas de adjudicación corresponden a las siguientes personas, quienes también figuran en el Acta de Organización de la Comunidad de "Ojo del Medio" o "La Cruz" como condueños del mentado globo de tierra. Teodosio Goenaga, María Luisa Goenaga de Goenaga, José Manuel Goenaga, Leticia Goenaga de Vélez, Margarita Goenaga, Roberto Goenaga Catalina Goenaga de Díaz Granados, Eva Rosa Goenaga de Riveira, Elvia Goenaga R., Ramiro Goenaga R., y Mría Concepción Goenaga (folios 27 y ss. del cuad. mencionado).

"Ahora bien: según la nota de inscripción puesta al pie del documento y autorizada por el señor Registrador del Circuito de Riohacha, aparece que "la primera copia de esta escritura fue registrada el seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) en el Libro de Registro número 1º, bajo la partida número 327, folios 113 a 121....".

"Otro tanto se hace constar en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Riohacha, punto 3º del mismo, y de que antes se hizo mención.

"Ocurre, empero, que el instrumento en referencia para que surta los efectos legales que le son propios, debió ser inscrito en el Libro de registro de causas mortuorias conforme al artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener origen las piezas de que allí se da razón en un juicio sucesorio. Por consiguiente, el documento que se examina no está registrado en forma legal, ni hace fe, al tenor del artículo 2673 del C. Civil".

También hace el señor Procurador Delegado en lo Civil igual observación respecto de los accionistas que derivan sus derechos de las sucesiones acumuladas de Antonio Romero, Josefa Gertrudis Romero de Peláez, Bertilda Romero de Solano, María Sebastiana de Yanci y José Francisco Romero. "Constan en dicha copia (se refiere a la escritura pública número 50 de 8 de septiembre de 1947) el trabajo de partición, las hijuelas respectivas y la sentencia aprobatoria de aquél. Las aludidas cartillas de adjudicación corresponden a las siguientes personas: Rosa Peláez Gómez, Bienvenida Peláez Gómez, Numa P. Peláez Gómez, José Antonio Peláez G., Nelson Peláez G., Pedro Pablo Peláez G., Cecilia Yanci P., Mireya Yanci P., Inmaculada Yanci P., Aquilino Yanci P., y Tomás Yanci P. (folios 67 y ss. del cuad. indicado).

Como en el caso de los dos instrumentos anteriores (escritura Nº 61 y 128) las personas aquí nombradas figuran en el Acta de Organización de la Comunidad demandante como condueños de las tierras de "Ojo del Medio" o "La Cruz". Así mismo ocurre que conforme a la nota de inscripción que ostenta el documento de que se trata, "fue registrada la primera copia de esta escritura, bajo partida número 310, folios 66 a 76 del Libro de Registro número 1º tomo II...." De igual razón da fe el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en su punto 13º, con la advertencia de que en éste se cita el Tomo 1º Al instrumento que se estudia cabe hacerle, pues, el mismo comentario de que fue objeto la escritura pública Nº 128 de 1947. Por tanto, tampoco presta dicha pieza mérito probatorio alguno".

Según el acta de la Junta General de Comuneros, Rosa Peláez Gómez, Bienvenida Peláez, Numa Pompilio Peláez, José Antonio Peláez, Nelson Peláez G., Pedro Pablo Peláez G., Mireya Yanci Peláez, Inmaculada Yanci Peláez, Celina Yanci Peláez, Aquilino Yanci Peláez y Tomás Yanci Peláez tiene cada uno derechos equivalentes a menos de una acción, con un total de dos acciones aproximadamente.

Merece consideración atenta de la Corte el reparo formulado por el señor Procurador Delegado e lo Civil a la validez jurídica de los títulos que forman los dos grupos ya relacionados, o sea que proceden de los juicios de sucesión del doctor

José Manuel Goenaga Villa y doña Manuela Gómez de Goenaga, y de Antonio Romero, Josefa Gertrudis Romero de Peláez, Bertina Romero de Solano, María Sebastiana de Yanci y José Francisco Romero.

Como lo establece el artículo 2637 del Código Civil, el Registro de los Instrumentos Públicos tiene por objeto servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos y dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos. Tal publicidad y el conocimiento consiguiente por las personas a quienes interesen esos actos y contratos debe hacerse, según el sistema del Código, es decir, por los medios que él señala. Al efecto dispone cuáles son los libros que debe llevar el Registrador, clasificando por materias las inscripciones. Las correspondientes al Libro Tercero son especiales para el registro de las causas mortuorias (Ley 57 de 1887 artículo 38). Quien desee conocer las trasmisiones de derechos hereditarios consultará el Libro correspondiente, o exigirá la certificación del caso, del propio modo que las personas a quienes convenga conocer si un inmueble está o nó gravado con hipoteca podrá pedir que se le certifique en este punto, previa consulta del Libro respectivo, y así para las demás atestaciones de que debe dar noticia el Registrador de acuerdo con lo que aparezca consignado en los libros de su oficina.

Para que pueda ser estimada como prueba una escritura pública, al tenor del artículo 630 del C. J., debe presentarse en copia autorizada por el Notario "**y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida**". En este juicio las copias de la escritura pública Nº 128 de 5 de noviembre de 1945, Notaría del Circuito de Riohacha, que protocolizó los juicios de sucesión del doctor José Manuel Goenaga Villa y doña Manuela Gómez de Goenaga, y de la escritura Nº 50 de 8 de septiembre de 1947, Notaría de Barrancas, que protocoliza el juicio de sucesión de Antonio Romero, Josefa Gertrudis Romero de Peláez, Bertina Romero de Solano, María Sebastiana de Yanci y José Francisco Romero, demuestran que su registro se hizo en el Libro Primero de la oficina de Registro de Riohacha, aquélla el 19 de enero de 1948 y la última el 21 de enero del mismo año (folios 15 y 76 vuelto del cuaderno principal). Con base en las atestaciones que aparecen en seguida de las copias a que se hace referencia, de las escrituras Nº 128 de 5 de noviembre de 1947 y 50 de 8 de septiembre de 1947, el señor Procurador ha observado que la inscripción en el registro se hizo en forma distinta a la prevista en la ley, pues que esos documentos no fueron registrados, como ésta lo ordena, en el Libro de Registro de Causas Mortuorias. Sin embargo, en cada una de las dos escrituras de que se trata se encuentra, además, otra constancia sobre el registro que echó de menos la Procuraduría. En efecto: dentro de la escritura Nº 128, después de incorporados varios documentos y la sentencia de partición, se dice: "Oficina de Registro del Circuito. Riohacha, noviembre 4 de 1947. Registrado hoy 4 de noviembre de 1947. En el Libro de Causas Mortuorias, tomo 1º partida 22, folio 176 a 221. El Registrador, José de Jesús Freile". Y al final de la escritura Nº 50 citada puede leerse: "Nota de Registro. Registrada la partida (sic) y la sentencia aprobatoria de ella, hoy veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, bajo partida número 5, páginas 229 y siguientes del Libro de Causas Mortuorias, tomo I. El Registrador (firmado), José de Jesús Freile". Hay un sello".

No resultando probada la omisión que servía de apoyo al reparo formulado por la Procuraduría en relación con el registro de las escrituras de que acaba de hacerse mérito, y no hallándose por otro aspecto motivo legal alguno para dejar de reconocer valor probatorio a tales instrumentos, la Corte los acoge como idóneos para el fin de la prueba a que están destinados. Dedúcese de lo antes expuesto que la representación de la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz en este juicio, ejercida por el apoderado que designó el administrador de dicha Comunidad es válida, como así lo es igualmente la personería sustantiva y adjetiva de esa Comunidad demandante.

Estando acridtada la personería de la Comunidad, no es necesario considerar separadamente la del señor Mario C. Gómez, quien demandó como comunero, ya que la demanda de éste es la misma, presentada por idéntico apoderado y para obtener declaraciones iguales en favor de la Comunidad.

La sentencia del Tribunal

Son tres los puntos principales estudiados en el fallo de primera instancia: el título antiguo emanado del Estado, que da origen a la propiedad particular cuyo reconocimiento reclama el actor en el juicio; la determinación de las tierras a que el título se refiere, y la comprobación del

dominio actual o reciente por parte de la Comunidad.

Título antiguo emanado del Estado

El título originario lo constituye la adjudicación de tierras hecha por las autoridades correspondientes coloniales en el año 1775, previo remate público, a Simón Carrillo, de media caballería de tierra en el sitio de Ojo del Medio, jurisdicción de Valledupar. Los documentos propios de la adjudicación aparecen protocolizados en la escritura extendida el 18 de junio de 1855 ante el Notario Público suplente del Primer Cantón de Riohacha (fls. 18 a 25 vuelto del cuaderno principal). De tal escritura se acompañó a la demanda la segunda copia expedida el 10 de septiembre de 1947 por el Notario de Riohacha, que se halla debidamente registrada. Para llegar al remate, y como se expresa en el título en cuestión, se cumplieron los requisitos establecidos en las leyes vigentes entonces y en particular lo ordenado por la Real Cédula-Instrucción de San Lorenzo, sobre régimen de tierras, expedida en año anterior a la adjudicación, o sea el de 1754. De ello se dejó constancia expresa en los documentos que forman el título. Se practicó mensura, deslinde y avalúo de la expresada media caballería de tierra, se hicieron pregones, se produjo el remate y finalmente se expedió el título. Sobre estos particulares corren transcritas en la sentencia consultada las partes principales del proceso de adjudicación, que no es necesario repetir aquí. Baste observar, en acuerdo con el Tribunal, que las formalidades y exigencias previstas por la legislación vigente cuando el título se expidió, fueron llenadas plenamente. Por lo visto y anotado, la Corte estima y encuentra válido legalmente el título originario aducido en el pleito.

Determinación de las tierras y superposición de áreas.

Para la determinación de las tierras a que el título se refiere solicitó el demandante dos pruebas, una consistente en declaraciones de testigos para establecer si las denominadas inicialmente Ojo del Medio son las mismas que después y hoy se conocen con el nombre de La Cruz; y una inspección ocular y pericial sobre los terrenos objeto de la demanda, con el fin de determinarlos y establecer su identidad con los que se adjudicaron en 1775 y la superposición sobre los mismos o parte de ellos de las tierras comprendidas por la propuesta de exploración y explotación de petróleos Nº 234.

La doble denominación de las tierras, llamadas inicialmente Ojo del Medio y después La Cruz, quedó acreditada en los autos con las declaraciones de Luis Solano y Reginaldo Fonseca. Estos testigos, y también Bartolomé Almenarez, afirman que conocen las tierras de Ojo del Medio o La Cruz, por tradición de sus mayores y por conocimiento directo desde su infancia y saben que los linderos de ese globo de tierras los constituyen los dos cerros que empiezan a enfrentarse en el caserío de Hatonuevo y terminan en La Cuestecita.

Desde la diligencia de deslinde y mensura de las tierras de Ojo del Medio practicada durante el proceso de expedición del título por las autoridades coloniales se señalaron puntos arcifinios y linderos, en los siguientes términos: "En este sitio de Ojo del Medio jurisdicción de la ciudad de los Reyes de Valle Dupar Yo D. Vizente Sebastián Maestre en virtud de la comisión ami despachada por el Sor. Gobor. Commte. Gerl. de esta provincia y Tessorero Ofzl. de ella haviendo llegado al cumplimiento de ella, y cittado a los circunvecinos Dn. Antonio de la Rocha, Luis Jossef de Sierra y Juan Casimiro de Ojeda, comencé a medir la tierra desde la Embocada del Arroyo, por el Serro de Paladines corriendo aguas arriba hasta el pie del Serro que llaman del Potrero, y de ay faldeando dicho Serranía hastta enfrentar con los Corazones y de esta medida atravezando el Plazo que donde llaman Pozos hastta ganar dho Serro Paladines, y baxando pa. abxo coriendo la misma falda de este se finalizó en donde comenzó, quedando cada frente a mil doscientas, y veintte, y cinco varas, y la circunferencia de quatro mil, y novesientas varas que es lo que compone las veinte y cinco fanegas de la media cavallería según la disposición del Sor Dn Juan de Villabona el año de mil setezientos y onze en cuya inteligencia, avalúo cada fanega de tierra...." (folio 18 vuelto cuaderno principal).

La diligencia de inspección ocular, con la intervención del perito único designado por las partes, la practicó el Tribunal Superior de Santa Marta. En el acta correspondiente se lee: "Habiendo salido la comisión en camioneta por la carretera que conduce a la ciudad Riohacha (partiendo de Barrancas), se llegó como a las ocho y diez minutos al arroyo llamado De Paladines, en el punto preciso donde hay un puente-

cito de madera, entre los kilómetros 97 y 98 de la citada carretera hacia el occidente y de ahí tomando la margen izquierda, como a unos diez metros del lugar anterior, sobre el mismo arroyo que corre de occidente a oriente, los testigos señores Luis Vicente Peláez y Francisco Romero, ambos mayores de edad, naturales y vecinos del precitado municipio, a quienes se les interrogó bajo la gravedad del juramento por el Magistrado ponente para que dijeran la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, en lo que supieren y les fuere preguntado, manifestaron que por conocimiento directo y por ser tradición entre todos los habitantes del lugar, ese punto se conoce como el de la Embocada del arroyo de los Paladines por la intersección con el arroyo del Gritador, desde hace muchísimo tiempo. Comprobado este lindero que es uno de los cuales a que se refieren los títulos y la demanda de este juicio, la comisión prosiguió en la misma camioneta hasta el corregimiento de Hatonuevo, de este mismo municipio, que en parte se encuentra dentro del predio materia de esta diligencia entre los kilómetros 96 y 97 de la susodicha carretera, pasándose por arroyo Seco como a veinte metros del poblado. Durante este trayecto se pudo observar la existencia de ganados, bestias, chivos, potreros con árboles frutales, casas, etc. lo que indica la explotación económica del terreno. Se llegó a un lugar conocido con el nombre de Pozo de Hatonuevo, manantial que da nacimiento al arroyo Paladines. El señor Magistrado ponente interrogó a los señores Alberto Luque, de setenta años de edad, y Froilán Britto, también mayor de edad, ambos naturales y vecinos del citado corregimiento de Hatonuevo, quienes bajo la gravedad del juramento prometieron decir verdad, toda la verdad sobre lo que supieren y les fuere preguntado, y al efecto afirmaron que ellos conocen y siempre han oído decir por todos los habitantes del Caserío, que es manantial se ha conocido siempre con el nombre de Pozo de Hatonuevo. Desde este lugar se divisó el cerro que llaman de El Potrero, que es otro punto de la alinderación, identificación que fue hecha con el mismo testimonio de los testigos nombrados anteriormente. En este estado se tomó nuevamente la camioneta y pasando por Hatonuevo se volvió a la carretera que conduce a Riohacha y se llegó hasta el kilómetro 88 donde hallóse un manantial, o pozo llamado La Cruz, que da origen al arroyo del mismo nombre con dirección sur-este, punto que fue comprobado por el dicho de los mismos testigos. Cercano al manantial hay un caserío que los mismos testigos dijeron que se llama La Cruz, sitio éste desde donde se pudo apreciar la existencia del cerro de Los Corazones, que está separado del cerro de El Potrero por el arroyo que se denomina Quebrada de Aguas Blancas; ambos cerros que constituyen estribaciones de la Sierra Nevada, según el concepto del perito, observación directa del personal de la comisión y de declaraciones de los testigos, están situados en la margen occidental de la carretera de Riohacha los cuales forman linderos arcifinios occidentales del globo objeto de esta inspección. Se siguió por la misma carretera hasta un punto que queda entre los kilómetros 75 y 74, de la misma carretera, cerca del caserío llamado La Cuestecita, lugar éste donde convergen la carretera nacional que viene de Carraipía, y punto donde termina de enfrentarse el cerro que se identificó como Cerro de Paladines. La comisión llegó hasta la Cuestecita y desde allí regresó por la misma carretera hasta el punto de partida, o sea el cerro de Paladines en el lugar que queda cerca del arroyo del mismo nombre. En esta forma quedó cumplido el punto a) del memorial de pruebas e identificado el globo de Ojo del Medio o La Cruz, cuyos dos nombres tiene."..... En cuanto al punto d) del mismo memorial de pruebas referente a establecer si el globo Ojo del Medio o La Cruz está comprendido en todo o en parte dentro del lote de la propuesta de petróleos Nº 234 que corre publicada en el Diario Oficial Nº 25960 de 15 de octubre de 1945 y que originó el contrato de petróleos celebrado entre el Gobierno nacional y la Compañía de Petróleos El Cravo, contrato publicado en el Diario Oficial Nº 26552 de 13 de octubre de 1946, consultado el asunto con el perito único doctor José María Castro Monsalvo, este dijo: "Que examinado el plano de la propuesta mencionada y que tiene a la vista sobre el terreno, comprendiendo el plano la carretera que va de Riohacha a Valledupar, en el sector que empieza en la Cuestecita y termina en Fonseca, estando dentro de esta carretera y en el sector mencionado los caseríos denominados Hato Nuevo y La Cruz, sitios éstos que están, según la comprobación que se hizo en esta diligencia, dentro del globo de Ojo del Medio o La Cruz, es obvio compaginar, y así lo hace el perito, que por lo menos en parte se superpone la propuesta en referencia con el globo de Ojo del Medio o La Cruz. Agrega el perito que esto se verá con mayor exactitud en el plano que de Ojo del Medio o La Cruz ha de levantar en breve y que acompañará con su

exposición técnica." (folios 12 y 13 cuaderno de pruebas del actor).

En el dictamen que posteriormente presentó al Tribunal el perito único consigna estas apreciaciones:

"c)—La superficie del globo de tierra denominado Ojo del Medio o La Cruz es de mil quinientas noventa y cinco hectáreas, con cinco mil cuatrocientos cincuenta y dos metros cuadrados (1.595 hects. 5.452 metros cuadrados), según plano que se adjunta y carteras de trabajo y de cálculo que se han entregado al abogado demandante. Para la determinación de la superficie se procedió así: identificados y localizados los vértices del polígono irregular que forma el globo de Ojo del Medio o La Cruz de conformidad con los linderos que constan en los folios 18 y siguientes del cuaderno principal del expediente y en el acta de inspección ocular del 4 de diciembre de 1948, se hizo el levantamiento a rumbo y distancia de los linderos o límites del globo entre los vértices citados siguiendo los contornos del terreno. Como aparece en las carteras respectivas, para la determinación de la superficie se aplicó el sistema de dobles coordenados y dobles áreas. La orientación general de las líneas limítrofes del globo se ajustó a las indicaciones magnéticas de la aguja de la brújula del Tránsito de Precisión usado para el levantamiento y las medidas se tomaron con cinta métrica metálica....".

"d)—Tanto en el plano de Ojo del Medio o La Cruz levatado por el perito como en el plano de la propuesta de lo concesión número 234 figura la carretera nacional Riohacha-Valledupar que referencia ampliamente el globo de tierra materia de este dictamen. Además, el paraje la Cruz que aparece dentro de ambos planos demuestra que el globo de Ojo del Medio o La Cruz está superpuesto al lote que aparece en el plano topográfico de la propuesta de la concesión Nº 234 formulada por el señor Roberto Londoño para la exploración y explotación de petróleos en terrenos ubicados en jurisdicción de los municipios de Fonseca y Barrancas, que originó el contrato de petróleos que aparece en el Diario Oficial Nº 26552 de 13 de octubre de 1947, entre el Gobierno nacional y la Compañía de Petróleos El Cravo. Tanto el plano general de la propuesta como el plano del globo Ojo del Medio o La Cruz que figuran en el expediente, comprueban ampliamente los fundamentos de este informe que respetuosamente someto a la consideración del señor Magistrado. Por otra parte, en el plano general de la propuesta 234 aparece superpuesto el globo de Ojo del Medio o La Cruz con la determinación precisa de los puntos de contacto citados anteriormente." (folios 17 y 17 vuelto, cuaderno de pruebas citado).

La verificación en el terreno ,durante la inspección ocular practicada en 1948, de los puntos arcifinios principales que figuran en el alindamiento dado a las tierras de Ojo del Medio al expedirse el título en 1775, y el dictamen del perito único en el presente juicio, que es claro y debidamente fundamentado, constituyen una prueba satisfactoria y plena acerca de la determinación del terreno a que la demanda se refiere, de su relación con el originariamente adjudicado por el Estado, y respecto de la superposición del área de la propuesta 234 a la de tierras de Ojo del Medio o La Cruz.

Título reciente de 30 años

Las escrituras que forman los títulos de esta categoría, allegadas al expediente, arrancan de los años de 1888, 1897 y 1898. En esos años, respectivamente, se extendieron la escritura Nº 25 de 1º de mayo de 1888, Notaría de Riohacha, por la cual José Manuel Goenaga V. adquirió derechos en el globo de Ojo del Medio o La Cruz por compra que de ellos hizo a Isidora Carrillo de Noriega; la de 23 de diciembre de 1897, Nº 34 de la Notaría de Barrancas, según la cual Medarda Romero adquirió derechos en el globo de La Cruz por compra a José Antonio Carrillo; y la de 4 de septiembre de 1898, Notaría de Barrancas, Nº 16, por la cual Calixto Camargo adquirió derechos en el globo de La Cruz por compra a Antonio Rosado. Posteriormente, y según se halla comprobado por las escrituras correspondientes, Víctor Ortiz compró derechos en Ojo del Medio o La Cruz a Antonio Rosado (escritura Nº 8, Notaría de Barrancas, 22 de noviembre de 1910; Reginaldo Fonseca adquirió derechos en Ojo del Medio o La Cruz por compra a Antonio Rosado (escritura Nº 36, Notaría de Barrancas, 20 de diciembre de 1919); Medarda Romero compró derechos a Mario C. Gómez en Ojo del Medio o La Cruz (Nº 13, Notaría de Riohacha, 10 de mayo de 1921); Lisandro Britto compró derechos en Ojo del Medio o La Cruz a Medarda Romero (Nº 18, Notaría de Riohacha, 10 de mayo de 1921); Maximiliano Hernández compró derechos en Ojo del Medio o La Cruz a Magdalena de Britto, Ana Tomasa, Marcelina, José del Carmen, Fulgencio, Graciano y Segundo Britto (Nº 19, Notaría de Barrancas, 10 de junio de 1929); Maximiliano

Hernández compró derechos en Ojo del Medio o La Cruz a Reginaldo Fonseca (Nº 26, Notaría de Barrancas, 4 de diciembre de 1929). Luego, en el año 1947, bajo el número 128, Notaría de Riohacha, el 5 de noviembre, se protocolizó el juicio de las sucesiones acumuladas de José Manuel Goenaga Villa y Manuela Gómez de Goenaga, en el cual se adjudicaron derechos en Ojo del Medio o La Cruz a sus herederos, las personas que figuran en esa escritura; y bajo el número 50, Notaría de Barrancas, el 8 de septiembre, se protocolizó el juicio de las sucesiones acumuladas de Antonio Romero, Tomás C. Peláez y otros, en el cual se adjudicaron derechos en Ojo del Medio o La Cruz a sus herederos.

Ya se vió cómo la comunidad de Ojo del Medio o La Cruz se constituyó legalmente según el acta de organización correspondientes protocolizada en la escritura 119 de 29 de octubre de 1947, Notaría de Riohacha. También se vió que de los comuneros estuvieron presentes en la Junta representantes de acciones o derechos equivalentes a más de un 60%. En dicha reunión estuvieron representadas 45 acciones pertenecientes a Teodosio Goenaga, María Luisa Goenaga y otros de la misma familia. Las demás personas con las cuales se completa el 60% de las acciones o derechos de la comunidad son sucesores del grupo inicial de Antonio Romero, Josefa Gertrudis Romero de Peláez, Bertilda Romero de Solano, María Sebastiana de Yanci y José Francisco Romero.

Por la relación que acaba de hacerse, resulta hallarse en el juicio plenamente acreditado que la Comunidad de Ojo del Medio o La Cruz posee títulos adquisitivos de derechos o ac iones sobre las tierras del mismo nombre, que abarcan un período de más de treinta años contados hacia atrás desde la presentación de la demanda. Se halla por lo mismo acreditado este presupuesto legal necesario para el éxito de las acciones de dominio del subsuelo.

El estudio que antecede demuestra ser acertada la sentencia del Tribunal que fue objeto de consulta, la que en consecuencia debe confirmarse.

Fallo

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada, que originó el trámite a que pone término la presente decisión.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán Néstor Pineda.—Gonzalo Vargas Rubiano, Conjuez.—Jorge García Merlano, Secretario.

AUN TRATANDOSE DE YACIMIENTOS PETROLIFEROS ADJUDICADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL ARTICULO 112 DEL CODIGO FISCAL DE 1912, SE REQUIERE QUE DENTRO DEL JUICIO ESTE DEBIDAMENTE IDENTIFICADO EL TERRENO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga.)

Por virtud de que el Ministerio de Minas y Petróleos, en Resolución de fecha 15 de enero de 1.945 denegó la admisión de la propuesta Nº 212 sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en terrenos situados en el municipio de Montería, presentada por el señor Hernando Salazar Mejía, por cuanto el área de dicha propuesta se superponía parcialmente sobre terrenos que por sentencia firme de esta Sala habían sido declarados de propiedad particular, el proponente, en escrito fechado el 1º de marzo de 1945, formuló una nueva propuesta con relación a la misma zona de terreno, pero excluyendo, como era obvio hacerlo, aquellos predios cuyo subsuelo petrolífero había sido declarado de pertenencia privada.

La nueva propuesta comprende una extensión de 48.986.89 hectáreas, cuyo lugar de ubicación se conoce con el nombre de Martinica, y aparece delimitada en la solicitud por los linderos que se especifican en el cuaderno respectivo (Cuad. Nº 1, fol. 34 v).

Esta propuesta, registrada bajo el número 343, fue objeto de los correspondientes estudios por los Servicios Técnico y Legal del Ministerio del ramo, y fue admitida por Resolución Nº 472 de 24 de julio de 1947, mediante la cual, al mismo tiempo, se denegó la admisión de la propuesta número 256 que con posteridad, y sobre los mismos terrenos, había formulado el señor Ramón Muñoz.

Tres meses después, el 29 de octubre, la Compañía Explotadora de Petróleos S. A., por medio de apoderado presentó al Ministerio de Minas oposición a dicha propuesta "en relación con el petróleo que pueda encontrarse dentro de las siguientes minas que son de propiedad particular, de la Compañía en cuyo nombre hablo, y que quedan dentro de la alinderación de la referida propuesta Nº 343....", minas que a continuación especifica por sus nombres y linderos.

Afirma el opositor que las minas referidas, denominadas 'El Grito', 'Barrancón', 'Ají', 'El Loncho', 'El Rumor', 'Volcán de San Diego', 'Priscrito', 'La Ciega de los Angeles', 'El Cocuyo', 'Méndez', 'Antoñito', 'Volcán del Medio', 'Las Pavas', 'Dos Bocas', 'Aguas Prietas', 'Aguila' y 'Lorencita', son de propiedad particular de la compañía reclamante, pues fueron adjudicadas en el año de 1.913 por la Gobernación de Bolívar a favor de particulares, según consta en las respectivas escrituras públicas que en cada caso se mencionan, y que, en consecuencia, no pueden ser materia del contrato que persigue la propuesta 343 del señor Hernando Salazar.

Con la oposición se llevaron al Ministerio copias de las escrituras públicas siguientes:

1197, fechada el 9 de diciembre de 1913, de la Notaría 1ª de Cartagena, sobre protocolización de las diligencias sobre adjudicación de la mina 'Lorencita'.

20, otorgada en la Notaría 1ª de Cartagena el 20 de noviembre de 1.914, para protocolizar el título de adjudicación de la mina 'Aguila'.

21, pasada en la Notaría 1ª de Cartagena el 8 de enero de 1914, por la cual se hizo protocolización de igual título con respecto a la mina 'Las Pavas'.

23, de 8 de enero de 1914, otorgada en la Notaría 1ª de Cartagena, sobre protocolización del título de adjudicación de la mina 'Volcán del Medio'.

26, de 9 de enero de 1914, de la misma Notaría 1ª, que recoge el título de adjudicación de la mina 'Dos Bocas'.

854, pasada en la Notaría 2ª de Cartagena el 20 de noviembre de 1922, sobre protocolización de la adjudicación de la mina 'Aguas Prietas',

642 de 22 de noviembre de 1922, de la Notaría 1ª de Cartagena, por medio de la cual se protocolizaron los títulos de adjudicación de las minas 'El Rumor', 'El Volcán de San Diego', 'Prisquito', 'La ciega de los Angeles', 'El Cocuyo', 'Méndez' y 'Antoñito'.

Se acompañaron también varias copias de escrituras sobre protocolización de recibos sobre pago de impuestos para redimir a perpetuidad las minas anteriormente mencionadas; las referentes a la constitución de las sociedades "Cía. Explotadora de Petróleo del Sinú, sobre reforma de estatutos de esta misma sociedad, de liquidación de ésta y constitución de la actual sociedad "Cía. Explotadora de Petróleos S. A.", en cuyo nombre y representación se formula la oposición a que se está haciendo referencia.

También se allegaron al libelo los correspondientes certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Montería sobre tradición, propiedad actual y libertad de cada una de las minas de petróleo objeto de la oposición.

En el expediente figuran asimismo nueve (9) cuadernos que contienen datos y cálculos relativos a la localización de las 17 minas a que se refiere el opositor y que, según consta en autos, fueron elaborados con el objeto de realizar la entrega oficial de las mismas minas.

Como era de rigor, todos los documentos y títulos de que se ha hecho referencia, fueron objeto de estudios realizados por los Servicios Técnico y Legal del Ministerio, el primero de los cuales se relaciona con la localización y determinación, por linderos y cabida, de las minas objeto de la oposición, con serios reparos de su parte, y, el segundo, con el mérito probatorio de los títulos aducidos.

Con fundamento en las conclusiones del Departamento Legal, el Ministerio de Minas y Petróleos dictó la Resolución Nº 699 de 22 de septiembre de 1949, por medio de la cual admitió la oposición, y dispuso enviarla, con todos sus antecedentes y documentos, a esta Sala de la Corte, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 5º de la Ley 160 de 1936.

Agotado el trámite del juicio breve y sumario, procede esta Sala a fallar la controversia, con intervención del Conjuez doctor Manuel Antonio Suárez Hoyos, en reemplazo del Magistrado impedido, doctor Néstor Pineda.

La prosperidad de las acciones sobre dominio privado del petróleo pende, según constante jurisprudencia de esta Corte, de estos tres requisitos: a) Título emanado del Estado con anterioridad a la expedición del C. Fiscal de 1873, o adjudicación de la mina de petróleo de conformidad con el Art. 112 de la Ley 110 de 1912; b) Determinación del terreno objeto de la demanda, y c) Superposición del área de la propuesta o concesión sobre el inmueble de la litis.

Sostiene el apoderado de la compañía opositora en su alegato que en los casos en que como éste, no se trata de petróleos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sino de minas adjudicadas durante la corta vigencia del Art. 112 de la Ley 110 de 1912, "basta", es decir, no se exige nada más, para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la Ley 160 de 1936, que presentar "el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

Refiriéndose a esta misma tesis, enunciada por la misma empresa opositora en el juicio ordinario de única instancia, relacionado con la propiedad privada de la mina de petróleo "Aguas Blancas", interferida entonces según la demanda por la propuesta Nº 849 del Sr. Charles F. Fogarty, dijo la Corte en sentencia de fecha 7 de julio de 1953, que desató esa controversia:

"Sostiene el citado apoderado que "el legislador no sometió a la misma tarifa probatoria ni a los mismos requisitos adicionales, la demostración de la propiedad privada de los petróleos adjudicados como minas conforme al Código Fiscal de 1912, y a los yacimientos que se encuentren en el subsuelo de terrenos que salieron del patrimonio del Estado antes de la reserva de 1873." Llega a esta conclusión, porque, según él, y de acuerdo con la parte final del artículo 10 de la Ley 160 de 1936, "basta, con presentar, para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la misma ley, el título de adjudicación expedido por la autoridad competente durante la vigencia del citado artículo (112) del Código Fiscal." Y en el evento de que la Corte resuelva acogerse al informe del servicio técnico del Ministerio, el apoderado de la Compañía invoca en su defensa "la prescripción extraordinaria que saneó, por el sólo transcurso del tiempo, todo vicio, informalidad o defecto de que puedan adolecer los títulos de la mina....".

"A estas consideraciones del apoderado de la Compañía opositora, hace la Sala las siguientes anotaciones:

"A lo que hace referencia al artículo 10 con el término "bastando" es una salvedad a lo dispues-

to en el aparte a) del inciso 2º del artículo 7º de la misma ley 160, al dar a las adjudicaciones expedidas de acuerdo con la ley 110 de 1912 el valor de título emanado del Estado con idéntico valor legal a los otorgados por éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"Además, el artículo 10 citado limita la aplicación del término "bastando" a sólo los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la ley citada, comoquiera que la declaración que compete hacer al Gobierno de haberse dado cumplimiento a las formalidades del aviso de que habla ese mismo precepto, "sólo tendrá lugar —dice el artículo 7º— si entre las pruebas que se acompañan al aviso figuran las siguientes:

"a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia" (para el evento de los terrenos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal, presentar el correspondiente título de adjudicación).

"b) Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente; títulos y certificados que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria.

"c) La determinación precisa del terreno de que se trata. El Ministerio, cuando lo estime necesario, podrá disponer que a costa del interesado se verifique sobre el terreno la exactitud de la identificación presentada...."

"Luego —concluye el fallo— en la hipótesis del artículo 10 no puede descartarse la determinación precisa del terreno."

No siendo suficiente, pues, la sola presentación del título de adjudicación de la mina o minas de petróleo para considerar por de contado establecida su determinación como cuerpo cierto, se impone, de acuerdo con práctica constante de la Corte, examinar, antes que el valor jurídico del título o títulos aducidos a la controversia, la prueba atinente a la identificación, que consiste en la verificación técnicamente realizada del contenido de esos títulos sobre la realidad topográfica del terreno a que ellos se contraen.

En suma, se debe traducir sobre el terreno el texto de los linderos de cada título de adjudicación, con el concurso de técnicos. Esta prueba, de la que no quiso hacer uso el opositor, la excusa en su alegato cuando afirma que "La Compañía Explotadora de Petróleos S. A., satisfizo a cabalidad el deber probatorio, la única exigencia legal, de presentar los títulos de adjudicación de las minas, legalmente expedidos durante la vigencia del Código Fiscal de 1912, títulos que, según lo dispuesto en el Art. 10 de la Ley 160 de 1936, "bastan" para acreditar la propiedad privada de tales minas", explicación ésta que contradice abiertamente la doctrina de la Corte a este respecto.

Según la demanda, las 17 minas de petróleo adjudicadas por la Gobernación de Bolívar en 1913, y de que hoy se considera titular la Compañía opositora, están determinadas por los linderos que sirvieron de fundamento a las diligencias de entrega de ellas al adjudicatario, y que se relacionan en el escrito de oposición.

Sobre el particular, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato expresa lo siguiente:

"Dentro del orden lógico a seguir, en el estudio de los juicios relativos a la propiedad del petróleo, lo primero es definir si quien alega el dominio privado del subsuelo petrolífero en determinado fundo, ha cumplido el requisito de identificar la finca con la precisión exigida por la ley, y establecido ese hecho en los autos, avocar, entonces sí, el estudio jurídico de la documentación aportada. Porque si el requisito esencial de la identificación no se satisface, deviene innecesario emprender el estudio de la titulación traída, comoquiera que de lo que se trata es de proferir una declaración en concreto sobre una determinada porción de terrenos que debe quedar perfectamente separada de otras superficies, o excluída del área a que se refiere una propuesta de contrato, en el evento de las oposiciones. Así lo tiene dicho esa H. Sala en reiterada jurisprudencia."

Luego de puntualizar los hechos que constituyen la finalidad de la determinación del terreno cuyo subsuelo petrolífero se pretende de dominio particular, agrega:

"Ahora bien: la observancia y cumplimiento de los requisitos anteriores tiene por objeto identificar con absoluta precisión el predio sobre el cual versa la litis, y conocer con exactitud, en los casos de oposición, el cuerpo cierto que debe excluírse del área solicitada en concesión por el proponente del contrato. Pero, claro está, esa identificación no es posible hacerla teóricamente con base en las enunciaciones que contengan los títulos, sino que es menester relacionar lo que esos títulos expresen con la realidad topográfica del predio de que se trata, y solamente

cuando de esa confrontación entre el contenido teórico del título y el examen del predio a que éste se refiere, surja la identidad del fundo, se habrá cumplido con el requisito de que se viene hablando, en orden a acreditar la propiedad privada sobre el petróleo subyacente en un determinado globo de tierra.

" ....

"En cuanto al caso de autos, son conocidas ya, y lo fueron oportunamente por la Cía., opositora, las conclusiones a que llegó el Servicio Técnico del Ministerio de Minas, respecto de las pruebas aportadas por aquélla para sustentar sus pretensiones. Naturalmente, la Compañía opositora si algún interés hubiese tenido en la defensa de sus pretensos derechos, debió haber subsanado las deficiencias destacadas por los técnicos del Ministerio acudiendo a la prueba de rigor que para tales casos procede, como lo es la práctica de una inspección ocular sobre el terreno con intervención de peritos, tendiente a establecer la identificación precisa de la mina reclamada."

Y en lo que toca al saneamiento de las "informalidades, defectos o deficiencias" de los diecisiete (17) títulos en que se funda la oposición, el interesado invoca el fenómeno jurídico de la prescripción, con apoyo en el concepto favorable que a dicha tesis emitió el Departamento Legal del Ministerio de Minas y Petróleos. Para rebatir ese argumento, bastaría transcribir lo que sobre análoga alegación dijo esta Sala en sentencia de 7 de julio de 1953, ya mencionada, pero a ella es conveniente agregar estas consideraciones:

Frente al Estado, en el caso que se estudia, no es dable alegar la prescripción adquisitiva del dominio sobre el petróleo, por cuanto es bien sabido que aquí no se aplican las normas generales sobre dominio de terreno sino la muy especial del dominio de las minas, a saber: el título de adjudicación conforme a lo establecido por el artículo 112 del Código Fiscal de 1912. De manera que si lo que se quiso aducir fue la prescripción adquisitiva, ella es ineficaz. Ni tampoco puede alegarse, como excepción en este proceso, la prescripción extintiva contra el Estado, porque no se trata de sanear un título viciado por alguno de los defectos a que se refiere el Libro IV, Título 2º del Código Civil, exclusivamente aplicable a puntos de derecho, y no a puntos de hecho, como es la no identificación del predio o de las minas materia de la oposición, con la sola base de haberse exhibido el título, porque, como se ha dicho en la constante doctrina de la Corte, es imprescindible la confrontación de los linderos señalados en el título con los lindes del propio terreno. Por esto, no habiéndose verificado en este juicio breve y sumario tal requisito, no cabe la prescripción ni como acción ni como excepción.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA INFUNDADA la oposición formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por la Compañía Explotadora de Petróleos S. A. contra la propuesta de contrato número 343 del señor Hernando Salazar Mejía, sobre exploración y explotación de petróleos, propuesta que fue admitida por Resolución número 472 de 24 de julio de 1947, proferida por dicho Ministerio.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, y ejecutoriada, devuélvase al Ministerio de Minas y Petróleos para los efectos legales a que haya lugar.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Goenaga.—Manuel Antonio Suárez Hoyos, Conjuez.—Jorge García Merlano, Secretario.

NECESIDAD DE QUE EL TERRENO DONDE SE ENCUENTREN LOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS SE HALLE BIEN DETERMINADO DENTRO DEL JUICIO CUANDO ESTE VERSA SOBRE PROPIEDAD DE LOS MISMOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.)

Resultando:

La Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos hizo propuesta, por conducto del Ministerio del ramo, al Gobierno Nacional, para contratar la exploración y explotación de los que pudieran encontrarse en el subsuelo de un globo de terreno de 49.800 hectáreas, ubicado en los municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga y otros, del departamento del Atlántico, propuesta que se registró bajo el número 131 y fue aceptada mediante la Resolución del 21 de diciembre de 1943.

El señor Alberto Marulanda mayor y vecino de Barranquilla demandó a la Nación, para que con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público y por los procedimientos de un juicio ordinario, se reconociera que pertenece en propiedad privada al demandante el petróleo que pueda hallarse en unas tierras denominadas "Cascajal" o "Camajorú", en el municipio de Sabanalarga del citado departamento del Atlántico y que la demanda señala comprendidas por los siguientes linderos: "Sitio Viejo de Cascajal, aguas arriba; Sabanas de Pedro Hoyos, Sabanas de Peladero, aguas arriba; Poza de Cañengue, aguas arriba; Bocas del Caño; Jaüey de Avila o de Magué, o Jagüey de Majaguo Blanco y Callo de Limón o Muñecal"; y que, además, por hallarse superpuestas por el área de la concesión en proyecto, según la propuesta número 131 de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, dichas tierras deberán quedar excluídas del área de tal concesión.

Se alega, pues, de manera expresa, la propiedad privada del petróleo fundándose el demandante en que él deriva su título de quienes lo bubieron del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva nacional.

La demanda se entabló ante el Tribunal del domicilio del demandante, o sea el del Distrito Judicial de Barranquilla, quien la admitió por auto del 2 de julio de 1946, que ordenó correrla en traslado al señor Fiscal. Este se opuso, negó los hechos y dijo proponer excepciones.

La causa se abrió a prueba, se recibieron algunas y el Tribunal vino a poner fin a la primera instancia con el fallo de 29 de octubre de 1947 que despachó desfavorablemente tanto las peticiones principales como las subsidiarias, tendientes al reconocimiento del dominio y absolvió a la Nación de los cargos formulados por la parte actora. Es de observar que ésta había obtenido la inscripción de su demanda pero posteriormente y por no haber constituído la caución que exige la ley, el Tribunal en auto del 2 de noviembre de 1946 ordenó que aquella inscripción se cancelara; con todo, la orden de cancelación la reitera la sentencia que acaba de citarse.

Notificada ella, apeló el demandante, y concedido el recurso por auto de 22 de noviembre de 1947, llegaron los autos a la Corte donde continuó la tramitación propia de la segunda instancia hasta el punto de dictarse el auto de traslado a las partes con fecha 3 de diciembre de 1949. El señor apoderado de la parte demandante, ante la Corte, manifestó en escrito del 26 de octubre de 1950, que desistía de la acción instaurada, "para enrumbarse por otras más acordes con la presente pretensión del propietario", según sus propias palábras.

Sin embargo, como el señor Procurador Delegado en lo Civil observara que el señor apoderado carecía de facultad al respecto, la Sala negó el desistimiento en providencia de 22 de noviembre del mismo año de 1950.

También con anterioridad había sido necesario requerir al apoderado del demandante, para que devolviera los autos recibidos en traslado desde el 13 de diciembre de 1949; requerimiento que se

decretó por auto del 10 de octubre de 1950 y bajo la prevención de multa.

El señor Procurador Delegado en lo Civil alegó de conclusión por escrito y se citó para sentencia el 14 de diciembre de 1951, junto con el señalamiento para que comparecieran las partes en audiencia pública, la cual se celebró con el solo concurso del apoderado de la parte demandante, el 18 de febrero de 1952. El 21 de los mismos presentó éste un resumen escrito de sus alegaciones orales, cuyas apreciaciones facilitan mucho, por el notable esfuerzo de síntesis que contienen, la decisión del presente negocio.

Como surgiera la duda de si la demanda, con que se inició el juicio, se hubiera presentado en tiempo, o sea dentro del término que la ley señala para acudir al juicio ordinario cuando el interesado no formuló oportunamente oposición, duda que sugirió el señor Agente del Ministerio Público en la primera instancia, la Sala hizo uso de la facultad de dictar auto para mejor proveer, con fecha 29 de mayo próximo pasado, cuyo cumplimiento, visto el informe del Ministerio de Minas y Petróleos del 27 de julio siguiente, se hizo posible por lo ordenado en auto del 30 de los mismos, a que respondió el certificado de la Secretaría de la Sala, de fecha 13 de los corrientes, el cual despejó por completo aquella duda, permitiendo penetrar en el fondo del negocio.

En efecto: el término para formular oposiciones empezó a correr el 20 de marzo y expiró el 2 de junio de 1944, conforme lo atestigua la Secretaría General del Ministerio de Minas y Petróleos en la certificación cuya copia obra en autos.

El señor Alberto Marulanda introdujo su demanda a la Secretaría del Tribunal el 31 de mayo de 1946, según nota de presentación puesta por el funcionario competente que recibió el libelo. Así, pues, la demanda alcanzó a proponerse en tiempo oportuno, porque lo fue antes de expirar el plazo señalado por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, para los juicios ordinarios sobre la propiedad del petróleo, que es de dos años, los cuales vencían el 3 de junio de 1946, es decir, dos días después de la presentación de la demanda.

Para resolver,

Se considera:

Según práctica tradicional, para el despacho de estos negocios, ha de examinarse ante todo, lo relativo a la determinación precisa del terreno de que se trata, y sólo cuando se encuentra satisfecho este requisito, a juicio de la Corte, se pasará adelante con la apreciación de los títulos. El problema debe plantearse, como es obvio, entre dos extremos: a), la realidad topográfica según los documentos más recientes que presenta el actor como respaldo del dominio que pretende, de acuerdo con el concepto relativo de este derecho entre particulares, y b), la correspondencia de esa misma realidad topográfica con la resultante de los títulos que acreditan haber salido el terreno del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873. Para esto es inevitable considerar, así sea sumariamente, esos mismos títulos, a los cuales se empieza por reconocerles una supuesta eficacia, a fin de confrontar los datos de hecho contenidos en ellos, con la realidad topográfica que se alega en la demanda.

Aquí el resultado de la confrontación citada lo representan el dictamen de los peritos y el acta de la inspección ocular que, en asocio de los mismos, practicó el señor funcionario comisionado de la segunda instancia. El acta de la diligencia de reconocimiento del predio de Cascajal o Camajorú, practicada por el Tribunal de Barranquilla el 14 de diciembre de 1950, redactada en la misma fecha, y el concepto rendido casi a continuación, constituyen, pues, el material que debe analizarse. Según testimonio de aquella acta, el magistrado se trasladó al terreno con su secretario, acompañado por los peritos principales y el tercero nombrado por ellos. Empezó la diligencia recibiendo las declaraciones de los testigos "presentados al efecto", quienes iban indicando los nombres de los puntos incluídos en la expresión de linderos tomada de la propia demanda: único y exclusivo punto de partida para la investigación que se proponían hacer, pues debe advertirse que para el despacho comisorio no se dispuso de otro elemento que el indicado. Por eso los testigos se limitaron a decir que los sitios o lugares por donde recorría el terreno el personal de la diligencia se llamaban como se encuentra en la demanda. Pero no consta que se hubieran examinado documentos modernos, ni menos antiguos, de donde se hubieran tomado aquellos sitios o lugares así denominados, lo cual también se explica porque de los instrumentos aportados al debate nada se incluyó en el despacho de comisión, con destino a la doble confrontación topográfica de que se ha tratado.

La simple verificación mecánica de que da cuenta el acta del reconocimiento ocular es tan deficiente, que no se tomaron rumbos ni distan-

cias, hasta el punto de que no se explica cómo, por ejemplo, saliendo del "Sitio Viejo de Cascajal", hacia las "Sabanas de Pedro Hoyos", hubiera debido seguirse por ciertas "aguas arriba" que rezan los linderos. Porque, leyendo éstos (los de la demanda) se presume que aquel Sitio Viejo de Cascajal estuviera ubicado en paraje no muy lejano de alguna corriente de agua (río Magdalena o cualquier afluente por allí), pero a los testigos no se les interrogó sobre esto, ni el funcionario creyó del caso averiguarlo por sí o con el concurso de los peritos, quienes tampoco se fijaron en tal circunstancia. Tamañas deficiencias se explican, desde luego, por el descuido en la petición de la prueba, dejando librar el despacho de comisión en la forma como quedó. La diligencia revela que el personal daba por probado lo mismo que estaba por probar; es decir, que iban a recorrer unos linderos que ellos conocían de antemano sin saber por qué y que sólo faltaba solemnizar con testimonios de pura fórmula.

No es necesario detenerse en otros detalles para comprender que, tal procedimiento, no es el indicado para determinar un terreno al cual se refieren documentos demostrativos de su adquisición.

El dictamen de los peritos señores Berdugo, Moreno Vives y Martínez Miranda, tampoco responde a las exigencias propias de una prueba de esta índole, porque, según principio elemental de la ley (artículo 716 del código judicial), el dictamen debe expresar "en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen". Para comprobar lo dicho basta leer lo que sigue:

"Los suscritos, doctores Juan Jacobo Berdugo, Antonio Moreno Vives y Heberto Martínez Miranda, los dos primeros como peritos principales y el último como dirimente, en el juicio de oposición que contra la Nación adelanta el doctor Diego Llinás Pimienta sobre las tierras de "Cascajal" o "Camajorú", venimos a rendir nuestro dictamen pericial, dentro del término que para ello nos concedió el señor Magistrado.

Consideraciones preliminares.—Desde las primeras horas del día 14 del presente mes, fecha fijada para la inspección ocular, comenzamos a recorrer, en unión del señor Magistrado, su Secretario, los testigos del caso y demás personal de la diligencia, los linderos de las tierras de "Cascajal", los cuales fueron debidamente identificados, como consta en el acta de inspección que reposa en ese Despacho.

Ubicación y linderos de las tierras de "Cascajal".—El globo de tierras de "Cascajal" está ubicado en el Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico. Tiene la forma de un polígono irregular cuyos linderos fueron satisfactoriamente identificados, según consta en la diligencia ocular, y fueron posteriormente verificados en el terreno por los suscritos peritos. El globo de "Cascajal" colinda así: Por el Norte con tierras de Sabanalarga, y las de "Guaimaral"; por el Sur, parte con tierras llamadas del Santísimo, parte con las de "Rincón Cochero" y otra parte con las tierras de Ponedera; por el Este, con tierras de Ponedera y por el Oeste, con tierras del Santísimo y tierras de Sabanalarga. Son linderos definidos y establecidos en el terreno, como vértices del polígono irregular que contiene las tierras de "Cascajal", los siguientes: Sitio viejo de Cascajal; Sabanas de Pedro Hoyos o de Peladero; Poza Cañengue; Boca del Caño, Jaguey de Mague; Cayo Limón y nuevamente Sitio Viejo de Cascajal, donde el polígono cierra.

Hemos relacionado técnicamente entre sí estos vértices, con base en su identificación hecha en la diligencia ocular, y de este modo hemos levantado el croquis exacto de las tierras de "Cascajal" o "Camajorú". Este croquis lo hemos trasladado del "Fotocalco del Departamento del Atlántico" hecho por el Instituto Geográfico Militar Catastral en 1944, traslado que hemos hecho con los fines que adelante explicaremos.

Superposición de los terrenos solicitados por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleo, según propuesta número 131, sobre las tierras de "Cascajal" o Camajorú.—En el Diario Oficial número 25460 de 2 de febrero de 1944, corre publicada la propuesta número 131 hecha por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleo al Gobierno Nacional, sobre exploración y explotación de petróleo en un globo de terreno de 49.800 hectáreas. Este Diario Oficial lo hemos tenido a la vista los peritos. Con el fin de demostrar con la máxima claridad que el globo de tierras a que se refiere la mencionada propuesta número 131 contiene en su totalidad a las tierras de "Cascajal" o "Camajorú", tierras éstas materia del presente litigio, hemos trasladado, al propio Mapa del Atlántico arriba referenciado, el rectángulo que contiene las 49.880 hectáreas, utilizando para ello los datos técnicos que describen la propuesta de contrato de la Compañía Anglo Colombiana de Petróleo. Del simple examen de este mapa se establece en forma incontrovertible, que la propues-

ta Nº 131 contiene en su totalidad las tierras de "Cascajal" o, lo que es lo mismo, que la mentada propuesta se superpone a la totalidad de las tierras de "Cascajal". Renunciamos el resto del término que el señor Magistrado nos concedió para este informe. Acompañamos el Fotocalco del Departamento del Atlántico, hecho por el Instituto Geográfico, con los trazos que en él hemos hecho para mayor claridad de la justicia".

No se explica por qué se omitió incorporar en el despacho de comisión, para la práctica de la inspección ocular, la procedencia auténtica de la expresión de linderos, que se incluyó en la demanda y que parece no ha debido ser otra que la copia auténtica de la llamada partida número 16, extendida el 31 de diciembre de 1867 por los Concejales del Cabildo de Sabanalarga y que el señor apoderado transcribe en su resumen escrito de las alegaciones orales.

Es verdad que en el expediente figuran:

a).—La certificación del señor José Gabriel Tatis, agente especial de bienes desamortizados del segundo círculo en el Estado Soberano de Bolívar, quien atestigua sobre la existencia del remate efectuado el 21 de enero de 1867, de las referidas tierras de Cascajal, documento que dice así:

"En la ciudad de Cartagena a los veinte y un días del mes de enero de mil ochocientos sesenta y siete, siendo el día señalado para el remate de cuatro caballerías de tierra denominadas Cascajal en la jurisdicción del distrito de Sabanalarga, embargada al presbítero señor Julián José Pertuz para el pago de réditos que se adeudan a la Nación, del capital de cuatrocientos pesos de ley, a favor del ramo de Capellanías, yo el infrascrito agente especial b/d (sic) del Estado, me constituí en el local de la Agencia principal, y por voz de Federico Rodríguez que hizo de pregonero, por no haberlo público, se pregonó la venta de las citadas tierras y en estado (sic) se presentó el señor Luis José Cantillo e hizo la postura siguiente: reconocer los cuatrocientos pesos que gravan dichas tierras en favor del Gobierno de la Unión, dar (sic) de contado veinte y cinco pesos en billetes de tesorería, pagar las costas del juicio en dinero sonante, otorgar la correspondiente escritura y hacer la redención (sic) del término de la ley. Pregonada esta postura por voz del mismo pregonero por diferentes ocasiones sin que hubiese ocurrido otra persona que la mejorase, llegada que fue la hora, mandé a percibir de remate. Con lo cual se concluyó la presente diligencia que firma el rematador junto conmigo el Agente. F. J. Tatis Luis F. Cantillo".

b).—La aprobación del Poder Ejecutivo del Estado Soberano de Bolívar y la nota de la Secretaría General del Estado que remite los autos;

c).—Las siguientes piezas:

"Agencia de bienes desamortizados del segundo circuito.—Cartagena, enero 23 de 1867. —Habiéndose aprobado por el Poder Ejecutivo del Estado el remate efectuado el 21 del corriente a favor del señor Luis F. Cantillo de las tierras de Cascajal situadas en la Provincia de Sabanalarga, exíjase de dicho señor los veinticinco pesos en billetes de tesorería del contado que ofreció y hecho que sea tásense las costas, regístrese el acto del remate y ofíciese al juez de la Provincia de Sabanalarga para que le dé la respectiva posesión y le expida la copia certificada.—F. G. Tatis.—En el mismo día notifiqué el auto que precede al señor Luis F. Cantillo y dijo: que consignaba los veinticinco pesos en billetes de tesorería del contado ofrecido y firma después de mí. Tatis.—Luis F. Cantillo.—Agencia especial de bienes desamortizados del segundo circuito.—Cartagena enero 31 de 1867.—Habiendo cumplido con las condiciones del remate el señor Luis F. Cantillo de las tierras nombradas Cascajal ofíciese al señor Juez de la Provincia de Sabanalarga para que le dé la posesión de la finca.—F. G. Tatis.—Agencia de Bienes Desamortizados del segundo circuito.—Cartagena, febrero 4 de 1867.—En esta fecha y bajo el número 160 se ofició al señor Juez de Sabanalarga para que diera la posesión respectiva al señor Luis F. Cantillo y entregase las diligencias originales para que le sirvan de posesión F. G. Tatis.—Número veinte y uno. Oficina Principal de Registro y anotación de hipotecas. Se ha registrado al folio 6 y su vuelto del libro de registro del presente año. Cartagena, febrero 8 de 1867.—Juan Ramos".

Más abajo está el testimonio del presidente del Concejo de Sabanalarga sobre que el 31 de diciembre de 1867, se registró aquel título para cumplir con lo mandado por la Ley de 10 octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar; pero en parte alguna halló la Sala, como ocurrió en el Tribunal, el original o la copia certificada de la partida Nº 16 que cita el señor apoderado y de donde se toma la siguiente expresión de linderos, quizá la más antigua que contenga datos menos vagos, aunque todavía no coincide con la que transcribe la demanda, procedente ésta de títulos más recientes otorgados entre personas particulares, a

saber: "Sitio Viejo de Cascajal (no dice, como la demanda, "aguas arriba", de este punto a la Sabana de Pedro Hoyos, Sabana de Pelado o Peladero, Posa de Cañengue, Boca del río (no lo nombra), Jagüey de Albiza o Albricia (sic) Jagüey de Majaguo Blanco, Cayo o Caño de Limón y Muñecal".

Todavía pueden anotarse otras deficiencias importantes.

En el cuaderno número 6, agregado a un nuevo escrito de los señores peritos, enderezado a contestar los reparos que formuló el señor Procurador cuando se le pasó en traslado el dictamen, se encontró un legajo que contiene la copia simple de una sentencia proferida por el Juzgado único Civil del Circuito de Sabanalarga a 26 de agosto de 1946, en el juicio ordinario de oposición a un deslinde de las tierras de Cascajal, etc., promovido por el municipio de ese nombre contra el señor Alberto Marulanda. Aunque la copia no se trajo de manera regular a los autos, de ella se extracta el pasaje que sigue, el cual hubiera podido orientar mejor las pretensiones de la demanda hacia un estudio más serio y completo por parte de los peritos. En efecto: allí se plantea una duda que, de haberse resuelto, hubiera contribuído a aclarar no poco la confusa cuestión de los linderos. Dice, pues, lo pertinente:

"Es importante advertir que la línea que demarca el predio de Camajorú o Cascajal, no cierra la figura geométrica denominada polígono que debe contener el área del predio careciendo del lindero comprendido entre el punto de Cascajal Viejo que es el de partida y el de Caño de Limón o Muñecal, que constituye el terminal y, la escritura número 15 de fecha 10 de agosto de 1870 que contiene la protocolización que se hizo de la diligencia de posesión que se dió a los vecinos del distrito de Sabanalarga el día 30 de julio de 1870 del predio conocido con el nombre de Rincón Cochero y cuya línea norte parte de la Sabana de Pedro Hoyos a las Bocas de arroyo Guanábano que es su línea del norte aceptada por el deslindante en su demanda como divisorio entre el dicho predio de Rincón Cochero y el de Camajorú o Cascajal y que fue excluída expresamente por él de la demanda. Con estas pruebas a la vista debió producirse la diligencia de deslinde, etc.".

No puede menos de pensarse en que, si a los peritos se les hubiera pedido que dictaminaran, con vista de los títulos de las propiedades aledañas o colindantes, cuyas copias se hubieran producido legalmente en el juicio, tales como las de "Rincón Cochero", "Santa Rita", etc., que se mencionan, si fuera practicable obtener la determinación de las tierras de "Cascajal", en función de sus límites externos, por la dificultad de hacerlo con solos los internos, a buen seguro que el dictamen hubiera quedado fundado, como lo manda la ley. Porque es lo cierto que el segundo escrito, producido a petición del señor Procurador, como ya se dijo, no alcanza a colmar las deficiencias y reparos que éste le anotó pues, pese a su rica literatura, resulta tan ineficaz como el primer dictamen.

Pero hay más: se confirma la conclusión desfavorable a que llegó el Tribunal, acerca de las pruebas producidas en primera instancia, considerando que, en la segunda, no hubiera sido difícil mejorar este extremo, de haberse atendido a que en el título emanado del Estado ,que consiste en un remate de manos muertas efectuado en 1867, se conservó un dato importante sobre cabida, comoquiera que se dijo que las tierras de Cascajal constan de cuatro caballerías de tierras. Ahora bien: combinando esa cabida con los linderos del Registro efectuado en cumplimiento de la Ley de Bolívar de 10 de octubre de 1867, cuya existencia se supone verosímil, quizá se hubiera llegado, a través de una inspección ocular bien practicada y con el concurso de los peritos, a conseguir **la determinación precisa del terreno de que se trata,** requisito que, de ninguna manera, está satisfecho en el presente negocio, resultando inoficioso detenerse más para despacharlo en el mismo sentido con que lo despachó la sentencia que se revisa.

Fallo

Por lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Costas a cargo del apelante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase oportunamente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.— Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.— Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Pagns.

SALA PLENA

Proyecto de Acto Legislativo sobre reforma judicial.—Texto del proyecto elaborado por la Comisión nombrada por la Corte Suprema de Justicia, compuesta por los Honorables Magistrados Roberto Goenaga, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez y Néstor Pineda, y aprobado por unanimidad, en Sala Plena, en la sesión del 13 de agosto de 1954 225

SALA DE CASACION CIVIL

Cuando el contrato de compraventa de derechos hereditarios no sea aleatorio, cabe la rescisión por lesión enorme, si los bienes del patrimonio sucesoral son todos inmuebles, o si habiendo bienes raíces y otros muebles, la lesión enorme aparezca teniendo en cuenta tan sólo el valor de los inmuebles.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de San Gil profirió en el juicio ordinario seguido por Natividad y Briceida Villar contra Saúl Villar Flórez. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 227

Contra el cesionario pueden hacerse valer los asientos hechos en los libros de comercio del cedente, pero él puede probar, con todos los medios de prueba, contra ellos.—La confesión preestablecida en un documento escrito no es prueba distinta del documento mismo. Error de hecho en la apreciación de pruebas.—En el juicio ordinario que Ruperto Aya, como cesionario del Banco de Bogotá y del Banco Alemán Antioqueño, siguió contra la sucesión de Diógenes Troncoso y contra la Compañía Urbanizadora de Palanquero; la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: doctor Darío Echandía 235

En la legislación colombiana es lícito el litisconsorcio llamado impropio, es decir, el que ocurre cuando entre las personas que formen el respectivo grupo hay tan sólo afinidad jurídica de situaciones distintas sometidas a la decisión del juez.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá dictó en el juicio ordinario intentado por Eliseo Moreno, como heredero de David Moreno y de Petronila Aguirre, contra Leonidas Barbosa y otros, sobre reivindicación; y, en su lugar, niega todas las peticiones de la demanda y, consecuencialmente, absuelve a los demandados de los cargos que contra ellos se formularon.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 244

Prueba de la existencia de una sociedad de hecho.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario que Luis Rojas Peña siguió contra Manuel S. Mosquera, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la del Juez 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, favorable al demandado.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 252

Testamento verbal.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario seguido por Olimpo Osorio contra Néstor Cote Castillo, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 258

Contra partición rehecha no cabe hacer objeciones que debieron formularse contra el primer trabajo, ni las que propuestas fueron rechazadas.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió

Pagns.

en los juicios de sucesión acumulados de Loreto Jiménez y Ana Rosa Cárdenas, y por la cual aprobó el trabajo de partición efectuado dentro de dichos juicios.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 263

Acción reivindicatoria.— Violación de la ley por error de hecho en apreciación de pruebas.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido por Francisco Corredor Franco contra Julio Vicente Corredor.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 266

Acción de nulidad de un testamento.—Naturaleza y alcance del recurso de casación. En el juicio ordinario que Pablo Emilio Sánchez y otros siguieron contra Alejandrina Villate v. de Sánchez y otros, sobre nulidad del testamento otorgado por Tobías Sánchez Burgos; no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que, confirmando la del Juez 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, denegó las peticiones de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 269

Acción de filiación natural.—Posesión notoria del estado de hijo.—Cuando la acción se apoya en esta posesión notoria, no debe exigirse la partida de nacimiento del hijo.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Halimón Ally de Marrugo y otros contra Carlina Vásquez v. de Ally, y que decidió que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 295

Alcance del artículo 7º de la Ley 28 de 1932. La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió en el juicio ordinario seguido por Eugenia Korgi de Rodríguez, Jaime Korgi Bonilla y otras, contra Odette Chedraui de Korgi; y en su lugar, declara que es absolutamente nulo el acto o contrato de liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Salim Korgi y Odette Chedraui de Korgi, en cuanto por él se traspasó a la mencionada Odette de Korgi el derecho de dominio sobre la mitad de un inmueble, que se determina. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 299

Cuando demandada la restitución de una cosa, se condena a pagar su precio porque se deniega la restitución en especie por haberse hecho imposible, no hay inconsonancia entre la demanda y la sentencia.—Imposibilidad de acusar, a la vez, por error de hecho y por error de derecho en la apreciación de una prueba.—No puede invocar la causal sexta de casación con fundamento en nulidad por ilegitimidad de la personería, sino la parte que no estuvo debidamente representada.— En el juicio ordinario promovido por Schall Pavenstadt & Co. Inc., contra Leonardo Tafur Garcés y otros, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali.—Magistrado Ponente: José J. Gómez R. 309

Recurso de hecho.—Interpretación del mandato.—En virtud de recurso de hecho, la Corte concede el de casación interpuesto por el Dr. Fidel Rodríguez, apoderado de la parte demandada, en la segunda instancia del juicio seguido por Carmelina Margarita Escobar Borja contra Unaldo Cadavid.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 319

La falta de prueba de la presonería sustantiva del demandante es cuestión de fondo, y no mero presupuesto procesal.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por Pedro José Mejía Giraldo y otros contra Gabriel Restrepo T., y otra, sentencia que confirmando la del Juez del Circuito de Yarumal, declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 321

Son formas equivalentes demandar la sucesión de una persona representada por sus herederos, y demandar a alguien como he-

Pagns.

redero de otro.—La sucesión carece de capacidad para ser parte en juicio.—No es posible acusar por error de hecho y por error de derecho en la apreciación de unas mismas pruebas.— Cuando se acusa por error de derecho, el recurrente debe señalar los preceptos legales sobre pruebas que fueron infringidas con ese error.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario seguido por Honorio Rodas Jaramillo contra la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo(representada por María López de Rodas, sobre nulidad del testamento de aquél.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. ... 325

El arrendatario que conserva en su poder la cosa arrendada, en virtud del derecho de retención que la sentencia de lanzamiento le reconoció para garantizarle el pago de mejoras, no puede por ese solo hecho disfrutar de la dicha cosa sin pagar canon alguno; el que, además, no se regirá por lo estipulado en el contrato de arrendamiento que ya ha fenecido.—Casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que el Dr. Carlos Navarro M., y otro siguieron conrta Francisco Castillo.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 333

Es absolutamente inconducente el cargo en casación que no se dirige a impugnar los fundamentos del fallo recurrido.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio de Aristóbulo Santacruz y otras contra Abelardo Bermúdez, y que, confirmando la del Juez del Circuito Civil de Girardot, declaró no fundadas las objeciones del demandado y aprobó el trabajo de partición material de unos bienes, cuya división había sido solicitada. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 337

La demanda de resolución de un contrato, no suple la falta de requerimiento judicial, cuando él es necesario para constituír en mora al deudor.—En el juicio ordinario que la Cooperativa de Empleados de la Contraloría General de la República Limitada siguió contra Carlos Eduardo Gutiérrez Anzola, no se casa la sentencia proferida por Tribunal Superior de Bogotá, que, confirmando la del Juez Civil del Circuito de la misma ciudad, denegó las peticiones de la demanda.— Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 340

La condición de herederos en los demandados en juicio sobre filiación natural cuando la acción se intenta después de fallecido el presuntó padre, no es cuestión atinente a la capacidad procesal, sino que es uno de los elementos estructurales de la acción.—Presupuestos procesales.— La ineptitud sustantiva de la demanda no es excepción.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de Concepción Cleves, como madre de Ofelia Cleves, contra Elena Angelina Castellanos Ortiz y otras.— Magistrado. Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 345

La apreciación de si el grado de privación de la vista en el testador era tal que hiciera obligatoria la aplicación de las normas que el Código Civil establece para el testamento del ciego, corresponde al Tribunal, en el juicio en que se demanda la nulidad, por tal motivo, del acto testamentario; y la Corte no puede modificarla en casación, salvo error evidente de hecho.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Ana Valenzuela Fonnegra contra Inés Valenzuela Fonnegra y otro, sobre nulidad del testamento otorgado por Matilde Fonnegra viuda de Valenzuela.— Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 354

Acción ordinaria de separación de bienes.—Técnica de casación.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, favorable a la demandante en el juicio seguido por Evangelina Carrillo de Alarcón contra Juan N. Alarcón.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 366

Acción reivindicatoria.—Caso en que se reivindica tan sólo una porción de un te-

Pagns.

rreno más grande, de todo el cual es propietario el demandante.—No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la del Juez del Circuito Civil de la misma ciudad, absolutoria de la parte demandada en el juicio ordinario seguido por Emilio Franco Suárez y otro contra Medardo Piedrahita y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel.. 369

En juicio sobre nulidad de un testamento, la falta de la existencia de éste, no es falta de un presupuesto procesal, que impida fallar en el fondo; sino falta de prueba de un hecho fundamental de la acción, que determina un fallo adverso al actor.—Se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Boglotá decidió que "no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.—Sin costas en ambas instancias", en el juicio ordinario seguido por Hernando S. de Santamaría contra la señora Jean Muton, nacida, Valentina Xenia Ziwes y otro; y en su lugar la Corte absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, y y condena al demandante a pagar las costas de las instancias.—Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 372

Cuantía para el recurso de casación.—En virtud de recurso de hecho, la Corte concede el de casación interpuesto por la parte demandante en el juicio ordinario de Ramón López y otras contra Luis Estrada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 378

El que en proceso penal se haya sobreseído en favor de uno o de varios agentes de una persona jurídica, no exime, por sí solo, a esta de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados con el hecho dañoso, si dicha responsabilidad se hace depender también de la actividad de otros que no fueron procesados en lo penal.—Interpretación del artículo 28 del C. de P. P.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio promovido por Gregorio Mosquera D., y otra contra "Elliot S. A. de Panamá" (Elliot Shipping and Land Company); revoca la Corte la dictada en primera instancia por el Juez de Circuito de Buenaventura, declara no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción, que alegó la parte demandada, y condena a ésta a pagar a los demandantes indemnización de perjuicios morales subjetivos. — Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 379

En un juicio sobre rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme, no se requiere el certificado sobre suficiencia del título, de que trata el artículo 635 del C. J. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, dictada en el juicio ordinario que Joaquín Antonio Viveros siguió contra Joaquín Caldas Luna, favorable al demandado.— Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 387

La ilegitimidad de la personería sustantiva no es una excepción.—Para que se trate de acción de recobro, y no de acción reivindicatoria, es necesario que desde el comienzo del juicio aparezca claramente que el demandado no tiene la cosa como poseedor.— No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá decidió el juicio ordinario intentado por el Dr. Carlos Hernández García, como curador **ad litem** de Emma Mendoza Vega y de otros contra María del Carmen Rodríguez y por ésta, en propio nombre y como representante legal de Jorge Mendoza Rodríguez, contra aquéllos, en demanda de reconvención.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 393

Acción de indemnización de perjuicios.—Soberanía de los juzgadores de instancia al hacer la reducción prevista por el artículo 2357 del Código Civil, por concurrencia de culpas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario de Servando Fonseca contra Fabio A. Espinosa.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 400

Pagns.

Requisitos para que pueda considerarse demostrada en juicio la existencia de una sociedad de hecho.—Cuándo puede variarse en casación la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas del proceso.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá decidió el juicio ordinario seguido por Alejandro E. Santamaría contra Guillermo Urrego Bernal.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 407

Por la sola enajenación de una propiedad que es riberana de un río, no se enajenan también las islas que se hayan adquirido por acceder a dicha finca, sino se requiere que se exprese claramente que asímismo se enajenan tales islas.—En el juicio ordinario que Adán Charry siguió contra Saturia Alvarez de García, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que denegó las súplicas de la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 413

Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados al propietario de una casa, con la construcción de un edificio en el terreno colindante.— Relaciones de vecindad.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Alicia Perdomo Escobar contra Santiago Peña Sánchez; sentencia que, revocando la de primera instancia, absolvió al demandado.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 425

Acción reivindicatoria.—Requisitos de la demanda de casación cuando se acusa por errónea apreciación de las pruebas del juicio.—Cuándo es posible variar en casación la apreciación que el Tribunal hizo de esas pruebas.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Custodio Galarza y otra contra Graciliana González de Galarza y otros, y por la González de Galarza contra Custodio Galarza, en demanda de reconvención.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 435

Pagns.

SALA DE CASACION PENAL

Lista de Conjueces elegidos por Acuerdo Nº 13, de 12 de agosto de 1954 441

Homicidio preterintencional. — Interpretación del veredicto del jurado.—Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Tunja condenó a Roberto Avila a la sanción principal de cinco años de presidio, y en su lugar se le condena a la de diez meses de prisión.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 442

Abuso de autoridad.—Prevaricato.— Confirma la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Quibdó ordenó cesar todo procedimiento contra el Dr. Rito Ricardo Beltrán Reyes, en su condición de Juez de Menores de la misma ciudad.—Magistrado. Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 446

La opinión como causal de impedimento.—Se declara probada la causal de impedimento que el Dr. Jesús María Fontalvo Fontalvo manifestó para intervenir en el proceso que se adelanta contra Enrique Vélez Pérez y otros, por estafa y hurto.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro.. 449

El representado puede desistir por sí mismo del recurso interpuesto por su apoderado. Se acepta el desistimiento que Hernando Guarín Zárate hizo del recurso de casación interpuesto por su apoderado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en proceso contra Guarín por los delitos de falsedad en documento y hurto.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 451

Requisitos para que pueda separarse un funcionario por impedimento consistente en enemistad grave.—No se acepta el impedimento manifestado por el Dr. Primitivo Vergara Crespo, Fiscal del Tribunal Supesior de Buga, para intervenir en el proceso contra Jair Valencia Pulgarín.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve .. 452

Pagns.

No interrumpe el término para la interposición del recurso de casación el hecho de que el expediente no permanezca en el Tribunal.—La Corte no accede a reponer su propio auto por el cual declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Buga.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 454

Requisitos de la demanda de casación.—Prueba de la imputabilidad en el delito de peculado.—Causal tercera de casación. Caso en que la discrepancia entre lo afirmado en el auto de proceder y lo dicho en la sentencia no se refiere a un presupuesto del juicio penal, sino sólo a una circunstancia que modifica la sanción.—No invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso contra Obdulio Sánchez Gómez por el delito de peculado.— Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 457

La opinión como causal de impedimento.—Se declara fundado el que el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, Dr. Jesús María Fontalvo Fontalvo, manifestó para conocer del proceso por homicidio, seguido contra Roberto Hernández Torres. Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 461

Jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar.—Agentes de Policía.—Se dirime la colisión de competencias negativa surgida entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria acerca del conocimiento de un proceso contra José Marcelino Camacho ex-Agente de las Fuerzas de Policía, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro .. 463

De conformidad con el Código Penal vigente, el varón no puede ser sujeto pasivo del delito de rapto.—Se dirime la colisión de competencias que acerca del conocimiento de un proceso contra Enrique Martínez Monsalve, surgió entre el Juez del Circuito Penal de Santa Rosa de Cabal y el del Circuito Penal de Pereira.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 466

Pagns.

Delito de falsedad en una nómina.—Diferencia entre documentos públicos y documentos oficiales.—Se sobresee definitivamente en favor del Dr. Augusto Tinoco Pérez, Fiscal 2º del Tribunal Superior de Cartagena, por cargos de responsabilidad.— Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 468

La afirmación de la riña imprevista no excluye la del asesinato.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Popayán condenó a Leonidas Medina Valencia como responsable del delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 472

Nulidad por no haberse notificado personalmente al procesado el auto de llamamiento a juicio.—Confirma la Corte el auto por el cual el Tribunal Superior de Barranquilla no accedió a declarar nulo lo actuado en el juicio contra el Dr. Emiliano I. Morillo, por abuso de autoridad, a partir del auto de proceder.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 476

Cuando la Justicia Militar es competente para conocer de procesos contra civiles al servicio de las Fuerzas de Policía y por delitos comunes cometidos por ellos.—Se resuelve que la justicia común es la competente para conocer de un proceso contra José Adelmo Rodríguez Rodríguez, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 478

Requisitos para que la intervención en política por parte de un empleado judicial configure delito.—Se confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó al Dr. Alberto Jaimes Alvarez, ex-Juez del Circuito Penal de Málaga.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 480

Aplicación inmediata de las leyes de procedimiento.—La Corte no invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá impuso a Daniel Castro Díaz la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio.—Ma-

Pagns.

gistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 483

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Consulta de sentencias proferidas en juicios contra entidades de derecho público.—No accede la Corte a reponer su propia providencia por la cual ordenó fijar el negocio en lista, en la segunda instancia de un juicio seguido contra la Nación y procedente del Tribunal Superior de Santa Marta; juicio en el cual en la sentencia de primer grado se declaró que la Comunidad demandante es propietaria de unos yacimientos petrolíferos.—Auto del Magistrado sustanciador Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 486

Acción de indemnización de perjuicios.—Perjuicios materiales originados en la muerte de una persona.—Se reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Beltrán F. Dangond contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 488

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—Confirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Pamplona profirió en el juicio ordinario de Juan Ovalle y otros contra la Nación. Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A. 492

Alcance de la competencia de la Corte para conocer en única instancia de controversias contra la Nación originadas en contratos celebrados por ésta.—Se revoca la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario seguido contra la Nación y el Municipio de la misma ciudad, por Cecilia Restrepo v. de Restrepo y otro; y, en su lugar, la Corte absuelve a las entidades demandadas.— Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga .. 494

Se imponen sanciones disciplinarias a un abogado.—Se confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Popayán sancionó con dos meses de suspensión del ejercicio de su profesión al abogado Camilo Ramírez Ospina, por faltas cometidas con ocasión de ese ejercicio. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 504

Improcedencia del recurso de reposición contra sentencias.—Se deniega la reposición solicitada por el abogado Camilo Ramírez Ospina, de la sentencia de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente de este índice.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 510

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.— Prueba del carácter de comunero en una comunidad determinada.— Confirma la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario de Comunidad del Ojo del Medio o de la Cruz y otro contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 511

Aún tratándose de yacimientos petrolíferos adjudicados durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal de 1912, se requiere que dentro del juicio esté debidamente identificado el terreno.—Se declara infundada la oposición que la Compañía Explotadora de Petróleos S. A., formuló a la propuesta Nº 343, de Hernando Salazar Mejía, sobre exploración y explotación de yacimientos petrolíferos de propiedad nacional. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 519

Necesidad de que el terreno donde se encuentran los yacimientos petrolíferos se halle bien determinado dentro del juicio, cuando éste versa sobre propiedad de los mismos.— Confirma la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario de Alberto Marulanda contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. .. 523

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nª 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

(PUBLICACION DIRIGIDA POR LOS DOCTORES JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI Y LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA)

TOMO LXXVIII - BOGOTA, COLOMBIA. SEPTIEMBRE DE 1954 - NUMERO 2146

SALA DE CASACION CIVIL

EL HEREDERO SI PUEDE GRAVAR CON HIPOTECA UNO O VARIOS INMUEBLES DETERMINADOS DE LA SUCESION ILIQUIDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a diociocho de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes:

1º—Por escritura número 502 de 3 de noviembre de 1930, otorgada ante el Notario del Circuito de Arbeláez, **Daniel Roldán** se constituyó deudor de **Antonio** y **José Agustín Pabón** "por iguales partes de la cantidad de mil pesos M/cte." recibida por aquél en calidad de mutuo. Para garantizar el pago, el deudor hipotecó un predio denominado "Todos los Santos", ubicado en el Municipio de Arbeláez. En la cláusula séptima de la mencionada escritura se lee: "Que la finca que por la presente escritura hipoteca representa los derechos y acciones adquiridos por varias compras en las sucesiones de Neftalí Cruz y Demetrio Ardila".

2º—Al pie de la copia autenticada de este instrumento aparece una nota de cesión de los acreedores a favor de **Jesús María Rodríguez**, fechada el 24 de agosto de 1931. Los cedentes hacen constar que el deudor no ha pagado suma alguna y que además vendió la finca hipotecada a **Gabriel Palacios.**

Aceptan las partes el hecho de que **Daniel Roldán** por escritura número 40 de 28 de enero de 1931, celebró con **Gabriel Palacios** un contrato de permuta de los bienes hipotecados. Esta escritura no se encuentra en los autos.

4.—**Jesús María Rodríguez,** en su carácter de cesionario, promovió juicio especial de venta de la cosa hipotecada contra **Gabriel Palacios,** entonces poseedor inscrito de ella. El Juzgado del Circuito denegó las peticiones formuladas por el demandante, pero el correspondiente fallo fue revocado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 10 de febrero de 1934, que decretó la venta en pública subasta. Esta se efectuó el 14 de diciembre de 1937. Fue rematante **José Agustín Pabón.**

5.—**José Agustín Pabón** vendió los bienes rematados a **Jesús María Rodríguez** por escritura número 1655 de 18 de julio de 1939 de la Notaría segunda de Bogotá, registrada el 27 del mismo mes.

6.—Mientras se adelantaba el referido juicio especial de venta, **Daniel Roldán** promovió contra **Gabriel Palacios** juicio sobre resolución del contrato de permuta que consta en la ya citada escritura pública número 40 de 28 de enero de

1931. La resolución fue decretada en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 11 de marzo de 1939, registrada el 8 de noviembre del mismo año. Los bienes le fueron entregados a Roldán.

7.—Por escritura número 120 de 4 de mayo de 1942, de la Notaría de Pandi, **Daniel Roldán** vendió a **Ignacio Roldán Pinilla** el referido predio "Todos los Santos".

8.—En demanda ordinaria promovida por **Jesús María Rodríguez** contra **Daniel Roldán** e **Ignacio Roldán Pinilla**, ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá, pidió el demandante que se declarara:

a) Que es simulado el contrato consignado en la escritura 120 de 1942 de la Notaría de Pandi, sobre venta de **Daniel Roldán** a **Ignacio Roldán Pinilla**;

b) Que es nulo el mismo contrato;

c) Que el estado de los respectivos bienes es el mismo que existía con anterioridad a la celebración del citado contrato;

d) Que es válido el juicio especial de venta seguido por **Rodríguez** contra **Roldán**;

e) Que es válida la venta de **José Agustín Pabón** a **Jesús María Rodríguez** que consta en escritura número 1655 de 1939 de la Notaría segunda de Bogotá;

f) Que **José Agustín Pabón** es sucesor o causahabiente de **Daniel Roldán** en el dominio y posesión de los bienes rematados por aquél; y que **Jesús María Rodríguez** es, a su vez, sucesor o causahabiente de **José Agustín Pabón**;

g) Que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio sobre resolución del contrato de permuta celebrado entre **Roldán** y **Palacios**, surte efecto a favor de **Jesús María Rodríguez**, sin afectar la hipoteca constituída por **Roldán** a favor de los **Pabón**;

h) Que los demandados deben entregar al demandante los bienes que recibió **Daniel Roldán** en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá sobre resolución del contrato de permuta **Roldán - Palacios**, con los respectivos frutos;

i) Que los registros efectuados en el juicio ordinario de **Roldán** contra **Palacios**, se consideren cumplidos a favor de **Jesús M. Rodríguez**;

j) Que los demandados deben pagar al demandante los perjuicios sufridos por éste como consecuencia de la entrega de los bienes hecha a **Roldán**. Y además, deben ser condenados en costas.

En subsidio:

a) Que está vigente el préstamo con garantía hipotecaria que consta en la escritura 502 de 3 de noviembre de 1930, de la Notaría de Arbeláez;

b) Que los demandados deben pagar la cantidad expresada en tal escritura, con los intereses y las costas causadas en el juicio especial de venta;

c) Que los demandados deben ser condenados en costas. Coadyuvó esta demanda **José Agustín Pabón**.

9.—Los demandados se opusieron a las declaraciones pedidas en la demanda y al propio tiempo promovieron demanda de reconvención en la cual pidieron que se declarara:

a) Que es nula la cesión del crédito hipotecario a cargo de **Roldán**, hecha por los **Pabón** a **Rodríguez**;

b) Que es nula la hipoteca que se hizo constar en la escritura 502 de 1930 de la Notaría de Arbeláez;

c) Que es nula la sentencia que ordenó la venta en pública subasta en el juicio especial de Jesús María Rodríguez contra **Gabriel Palacios**

d) Que es nulo el registro de la diligencia de remate efectuado por **José Agustín Pabón**, en el mencionado juicio

e) Que el conjunto de los derechos que componen la propiedad denominada "Los Medios y Todos los Santos" volvió legalmente a poder de **Daniel Roldán** y es hoy de **Ignacio Roldán Pinilla**;

f) Que los contrademandados deben pagar al demandante todos los perjuicios que éste sufrió con el juicio especial de venta y con el remate que en éste se efectuó;

g) Que los contrademandados deben pagar al demandante en reconvención los frutos del referido inmueble desde el día en que lo recibieron hasta el día en que se le hizo entrega de él a **Roldán**;

h) Que los contrademandados deben pagar las costas del juicio.

10.—Denegó el Juzgado las peticiones de la demanda principal y accedió a las solicitudes de la demanda de reconvención.

Apelado el fallo por la parte demandante, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 12 de febrero de 1951, decidió:

"1º—Es legal y eficaz el contrato de mutuo y el accesorio de hipoteca que consta en la escritura número 502 otorgada el 15 de abril de 1942 en la Notaría del Circuito de Arbeláez, entre Daniel Roldán, como deudor, y Antonio y José Agustín Pabón, como acreedores; y la cesión que éstos hi-

cieron a Jesús María Rodríguez, al tenor de tal instrumento público y de la nota puesta al pie del mismo. **Parágrafo.**—Si el registro de tal acto se hubiera cancelado, ofíciese, por el Juzgado del conocimiento, al Registrador respectivo, para que lo reviva 2º—Es legal el contrato recogido en la escritura Nº 1655 otorgada el 18 de junio de 1939 en la Notaría segunda de este Circuito, respecto de los demandados. 3º—Declárase probada la excepción perentoria de petición de modo indebido respecto de las súplicas: Cuarta de la demanda principal; tercera y cuarta, sexta y séptima de la de reconvención. 4º—Los derechos vinculados en el predio denominado "Los Medios y Todos los Santos" volvieron al patrimonio de **Daniel Roldán** como consecuencia de la sentencia que decretó la resolución de la permuta celebrada por escritura pública Nº 40 de 28 de enero de 1931. 5º Niéganse todas las demás peticiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención. 6º—Sin costas en ninguna de las instancias". En providencia posterior aclaró el Tribunal que la escritura de hipoteca es la Nº -502 de 3 de noviembre de 1930.

Consideró, en síntesis, el sentenciador:

a) Que es válida la hipoteca constituída por **Roldán** a favor de los **Pabón**, que consta en la escritura 502 de 1930, de la Notaría de Arbeláez, aunque en dicha escritura se exprese que el inmueble hipotecado "representa los derechos y acciones adquiridos por varias compras en las sucesiones de Neftalí Cruz y Demetrio Ardila". Para decidirlo así, se fundó el Tribunal en la doctrina expuesta por la Corte en sentencia de 20 de febrero de 1942.

b) Que la venta de **José Agustín Pabón** a **Jesús María Rodríguez**, que consta en la escritura 1655 de 1939, es válida pero que, como es obvio, tal declaración deja a salvo las relaciones entre comprador y vendedor, que no son objeto de la controversia.

c) Que en relación con las peticiones **tercera y cuarta** de la demanda de reconvención, sobre nulidad del juicio de venta de **Rodríguez contra Palacios** y del registro de la diligencia de remate efectuado en tal juicio; y con las peticiones **sexta y séptima** sobre pago de los perjuicios causados al contrademandante por dicho juicio y de los frutos de la finca rematada durante el tiempo en que la tuvieron los demandados, era necesario declarar probada la **excepción de petición de modo indebido**, por no haber sido demandado **Gabriel Palacios**, parte que fue en las relaciones impugnadas en la contrademanda y de que tratan las mencionadas peticiones.

11.—Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada.

El recurso de casación

12.—Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, formula tres cargos el recurrente:

a) "Violación directa de los artículos 655, 667, 2439 y 2443 del Código Civil, aplicación indebida e interpretación errónea de los mandatos citados", por haber resuelto el Tribunal que es válido el contrato de mutuo con garantía hipotecaria que consta en la escritura 502 de 3 de noviembre de 1930;

b) "Violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea" del artículo 789 del Código Civil, por haber declarado el Tribunal válido el contrato que consta en la escritura Nº 1655 de 18 de julio de 1939;

c) "Violación directa, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 2341 y 2358, 961 y 964, 741, 3º, 768, 765, 3º, 768 y 778 del Código Civil" por haber declarado el Tribunal probada la excepción perentoria de petición de modo indebido respecto de las peticiones sexta y séptima de la demanda de reconvención, sobre pago de **perjuicios y frutos.**

La Corte pasa a analizar estos cargos, en su orden, con la advertencia previa, respecto de todos ellos, de que no aparecen debidamente formulados ya que si se acusa un fallo por infracción directa de textos legales, no puede acusársele al propio tiempo por aplicación indebida ni por interpretación errónea de los mismos, porque tales extremos son incompatibles y aparecen nítidadamente separados en el artículo 520 del Código Judicial.

Primero

13.—Considera el recurrente que el Tribunal infringe los artículos 665, 667, 2439 y 2443 del Código Civil, por haber declarado válida la hipoteca de que trata la escritura 502 de 1930. Expone al respecto: "La limitación del 2443 es literal: 'Sobre bienes raíces que se posean en propiedad o en usufructo o sobre naves! Dos clases de derechos reales, según el 665 ibidem: el de dominio o propiedad sobre bienes raíces y sobre naves y

otro, también derecho real, excepcional sobre usufructo. En consecuencia, los otros derechos reales enumerados en el citado artículo 665, por el expreso mandato del 2443, no son susceptibles de hipoteca; la enumeración de esta disposición es taxativa, no ejemplar"; agrega que "no es por el aspecto de cosa ajena o propia sino por la expresa prohibición legal" y concluye que 'con la interpretación extensiva se violan las citadas disposiciones legales porque se desconoce la clasificación de los derechos reales y sus consecuencias para enajenarlos y gravarlos". En otros términos: según el recurrente, la hipoteca no es nula por ser de cosa ajena sino por versar sobre el derecho de herencia, que no es susceptible de gravamen hipotecario.

La Corte considera:

Que el heredero no puede hipotecar el derecho real de herencia, o sea el derecho de suceder al difunto en la universalidad de su patrimonio o en una cuota de ésta; así se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 2443 del Código Civil, citado por el recurrente;

Que, en cambio, el heredero sí puede gravar con hipoteca uno o varios inmuebles determinados de la sucesión ilíquida, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 779, 1401 y 1441 del Código Civil, hipoteca que, como es obvio, queda sometida a la condición de que el inmueble o inmuebles gravados por el heredero se le adjudiquen a éste en la respectiva partición;

Que la hipoteca de que da cuenta la escritura 502 de 1930, que el Tribunal declara válida y eficaz, no versa sobre un derecho real de herencia, como tal, sino que recae sobre un cuerpo cierto, claramente determinado por su situación y linderos, perteneciente, según dice tal escritura, a una sucesión ilíquida;

Que, en consecuencia el fallo acusado, al declarar válido el mencionado gravamen hipotecario, no desconoce la clasificación de los derechos reales ni viola las disposiciones legales citada por el recurrente;

Que aunque lo expuesto es suficiente para desechar el cargo, tal como aparece formulado, conviene agregar que la Corte, en fallo de 20 de febrero de 1942, citado por el sentenciador, y cuyos fundamentos no combate el recurrente, resolvió que 'la hipoteca anterior a la partición puede tener la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudica al hipotecante o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor", y que "el heredero puede constituir hipoteca sobre un bien del causante y que tal gravamen no puede tenerse por nulo mientras la partición no haya adjudicado ese bien a otro u otros herederos, sencillamente porque mientras no haya sucedido no puede conceptuarse fundadamente que esa hipoteca sea de cosa ajena". (G. J. 1983, pág. 72). La Corte reitera la doctrina expuesta en el citado fallo que tiene un claro fundamento en las disposiciones legales sobre el efecto declarativo de la partición (Artículos 779, 1401 del Código Civil).

Segundo

14.—Según el recurrente, el Tribunal al decidir que es válido el contrato que consta en la escritura 1655 de 1939, sobre venta de Pabón a Rodríguez, viola el artículo 789 del Código Civil que determina en qué casos cesa la posesión inscrita.

A lo cual se observa que al resolver el Tribunal sobre la validez del mencionado contrato, que sólo produce obligaciones para las partes, nada decidió en relación con la posesión inscrita del inmueble a que tal contrato se refiere. En consecuencia, no pudo incurrir en violación de la disposición legal citada por el recurrente.

Tercero

15.—Considera el recurrente que el Tribunal, al declarar fundada la excepción de petición de modo indebido respecto de las peticiones sexta y séptima de la demanda de reconvención, viola las disposiciones de los artículos 2341 y 2348 del Código Civil, 961 y 964, 741, 3°, 752, 765, 3°; 768 y 778 de la misma obra. Dice el recurrente que no era necesario demandar a Gabriel Palacios en relación con tales peticiones ya que Pabón y Rodríguez son causahabientes de aquél.

La Corte considera:

Que el sentenciador obró legalmente al declarar probada la referida excepción respecto de las peticiones tercera y cuarta de la contrademanda, relativa a la nulidad del juicio especial de venta de Rodríguez contra Palacios por no haber sido demandado este último; así lo reconoce el propio recurrente ya que se abstiene de acusar el fallo por este aspecto;

Que las peticiones sexta y séptima de la contrademanda son, como acertadamente lo expresa el Tribunal, consecuencia de las citadas peticiones tercera y cuarta, de tal manera que, declara-

da probada la referida excepción respecto de éstas, era preciso hacerlo también en relación con aquéllas. En efecto: si no era posible decidir, sin audiencia de Palacios, sobre la nulidad del juicio de venta, es claro que tampoco se podía resolver sobre las consecuencias que el contrademandante le atribuye a esa pretendida nulidad en relación con los perjuicios que dice haber sufrido por razón de tal juicio y sobre frutos del inmueble que en él se remató;

Que el hecho de haber adquirido Pabón el inmueble por remate efectuado en dicho juicio no lo convierte, como lo cree el recurrente, en sucesor de Palacios hasta el extremo de que demandar a aquél sea lo mismo que demandar a éste;

Que, en consecuencia, la sentencia acusada no viola las disposiciones legales citadas por el recurrente, muchas de las cuales, por otra parte, son absolutamente extrañas a la cuestión que aparece planteada en el cargo que se analiza.

16.—En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá para decidir este litigio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.— Alfonso Márquez Páez.— Eduardo Rodríguez Piñeres, (Salvando su voto). Alberto Zuleta Angel. — Ernesto Melendro L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RODRIGUEZ PIÑERES

Dejo a salvo mi firma puesta al pie del fallo que precede, en cumplimiento de mi deber, por no estar de acuerdo con la tesis en éste sostenida de que la hipoteca constituída sobre un bien de una sucesión antes de ser ésta liquidada, absolutamente nula **ab initio**, se revalida retroactivamente si el inmueble se adjudica al sujeto que la constituyó.

Ello porque, conforme a lo preceptuado por el artículo 2.443 del Código Civil, "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves".

Consiguientemente, hipoteca que se constituya por persona que no sea el dueño del bien o, mejor dicho, de quien no tiene la posesión inscrita del mismo, nace afectada de nulidad absoluta, conforme al artículo 1.740 del Código Civil, según el cual "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo...".

Porque el llamado derecho real de herencia, habida cuenta de las restricciones consagradas en los textos citados, no confiere al heredero sobre los bienes comunes, otra facultad que la de pedir y obtener que se le adjudique en la partición de la herencia los que resulten corresponderle; y porque el efecto retroactivo que se produce **ipso jure** al considerarse por el artículo 1.401 del mentado Código Civil, en armonía con el 1.871 del mismo, consistente en tenerse al heredero que ha enajenado un bien de la sucesión, como dueño de éste desde el momento del fallecimiento del **de cujus**, si se le adjudica en la partición, no puede aplicarse al caso de que tal heredero lo haya hipotecado aunque la venta de cosa ajena es considerada por la ley como válida por no producir más que obligaciones, dado que la hipoteca de cosa ajena, o en que no se ejerce la posesión inscrita, es absolutamente nula, a tenor de la disposición clara y expresa del ya citado artículo 2.443 del Código Civil, no cabiendo analogía entre las dos construcciones jurídicas: de un lado, la enajenación de un bien que produce respecto del vendedor la obligación personal de hacer tradición de la cosa que fue objeto del contrato, ora sea propia o ajena, y, del otro, la constitución del derecho real hipotecario, que produce efecto erga omnes y que no puede ser obra sino de quien al establecerse el gravamen sea propietario; calidad de que a la sazón carece el que no es sino partícipe en comunidad universal.

Por último, observo que al asunto podía dársele otra solución desde este punto de vista: el de considerar que a la hipoteca de un bien hereditario se la considerara como de bien futuro y se le aplicara el artículo 2.444 del Código Civil conforme al cual "la hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo, y a medida que los adquiera".

Lo que no puede admitirse, repito, es lo de aplicar a la hipoteca de un bien hereditario el efecto retroactivo prescrito por el citado artículo 1.401 del Código Civil.

Fecha **us supra**.

RECURSO DE REVISION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Félix, Antonio y Nicolás Jinete Vargas, por medio de apoderado, promovieron recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla el día 22 de noviembre de 1951 en el juicio ordinario seguido por los nombrados señores contra Rafael Fonseca y Alberto Vargas.

En la mencionada sentencia, dicho Tribunal confirmó en todas sus partes la del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla en que se absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda.

Dicen, en síntesis, los demandantes:

a) Que en el fallo cuya revisión se pide, expresó el sentenciador: "Es de importancia anotar que ni en las correspondientes hijuelas de los hermanos Jinete ni en documento posterior presentado durante el término probatorio aparece la manera como la señora Francisca Vargas hubo el terreno ubicado en la Isla de Cabica, constante de cuarenta (40) hectáreas".

b) Que después de pronunciado el referido fallo se encontró un documento privado del año de 1891 en que consta que Francisca Vargas compró a Isidora González el inmueble a que se refirió el juicio; y,

c) Que si el Tribunal hubiera tenido a la vista tal documento, la sentencia hubiera sido favorable a los demandantes.

Surtida la tramitación legal correspondiente, la Corte procede a decidir el recurso, para lo cual considera:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 542 del Código Judicial puede revisarse una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida;

Que el documento acompañado a la demanda de revisión no es pieza decisiva, ya que se trata de un simple documento privado que carece por completo de valor para comprobar la compra de un bien inmueble; y,

Que en el supuesto de que lo fuera, tampoco sería posible ordenar la revisión solicitada ya que no se ha demostrado que tal documento se recobró con posterioridad al fallo del Tribunal ni se ha alegado siquiera que hubiera sido detenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

Lo expuesto es suficiente para concluír que debe denegarse la revisión solicitada.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundado el recurso de revisión propuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla el día 22 de noviembre de 1951 en el juicio de Félix, Antonio y Nicolás Jinete Vargas contra Rafael Fonseca y Alberto Vargas y condena en costas a la parte recurrente.

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

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.— NECESIDAD DE QUE LA PROPIEDAD DEL ACTOR APAREZCA PLENAMENTE COMPROBADA RESPECTO DE LA COSA SINGULAR QUE ES OBJETO DE LA REIVINDICACION, PARA QUE ESTA PROSPERE

Si de los títulos aducidos por el demandante aparece que en el lote cuya propiedad quiere acreditar por medio de ellos, hay algunas porciones que pertenecen a otras personas; es necesario, para que prospere la acción reivindicatoria, que aquél demuestre identificándolo convenientemente, que lo que pretende le sea restituído no es una de aquellas porciones que según sus propios títulos no le pertenecen.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

El 17 de febrero de 1950 fue repartida al Juez Segundo Civil del Circuito de Manizales una demanda ordinaria presentada por Tiberio Duque como apoderado de Julio Gallego, contra Pablo Rodríguez, sobre reivindicación de un predio rural situado en el Municipio de María, con fundamento en los siguientes hechos:

"Por escritura Nº 117, de 8 de abril de mil novecientos cuarenta y tres, de la Notaría de Chinchiná, Julio Gallego Flórez, adquirió de Miguel Giraldo Tamayo, un terreno situado en el Municipio de María llamado "Montevideo", paraje de "Los Cuervos", fracción de "San Julián", delimitado así: De una cañada que termina en el río Chinchiná, lindero con Mariana Llanos; cañada arriba al camino de Villamaría; línea recta al filo; éste arriba, lindando con la Llanos a salir al camino viejo, que por el Alto "De San Julián", va a Villamaría, San Francisco, hoy Chinchiná, y Santa Rosa de Cabal; por éste al lindero del señor Fermín Castaño; por éste a un mojón donde principia el lindero con propiedad que fue de Pedro Pablo Barrera, en medio de dos guayabos, como a tres o cuatro varas, a la derecha del camino "De San Julián" o "Los Cuervos", línea recta de para abajo, a un mojón de piedra que deslinda los terrenos de Pedro Pablo Barrera, y Agapito Parra, como a diez y siete varas arriba del camino nuevo de Villamaría San Francisco; por el amagamiento al Río Chinchiná, y éste arriba al punto de partida. Se advierte (dice la escritura), que en el lindero con propiedad que fue de Mariana Llanos, y que hoy es de sus herederos, en la parte que correspondió a Pedro Osorio Llanos, se clavaron cuatro mojones de cemento, en línea recta. Y que en el lindero con Pedro Pablo Barrera y Fermín Castaño, se sustituyó el mojón de piedra entre dos guayabos, por uno de cemento; y que en el lindero con el mismo Pedro Pablo Barrera y Manuel Castaño, en el nacimiento del agua, el mojón de piedra que allí había, se cambió por uno de cemento. También agrega la escritura lo siguiente: "La misma propiedad que vende, tiene en la escritura Nº 1.181, otorgada ante el señor Notario Segundo de Manizales con fecha 16 de diciembre de mil novecientos veintiuno, registrada el 20 de los mismos mes y año, en el libro primero, a folios 429 a 430, en la oficina de Registro de Manizales, bajo la partida Nº 926, los siguientes linderos: De una cañada que termina en el Río Chinchiná, y que está antes del principio de "La Playa", que en ese terreno forma el río, lindero con Mariana Llano; cañada arriba, a salir al camino o travesía que hoy va de Villamaría a San Francisco, y de aquí en línea recta al filo; filo arriba, lindando siempre con Mariana Llano, y por la orilla de la montaña, hasta subir a encontrar el camino viejo que por el Alto de San Julián, va de Villamaría a San Francisco y a Santa Rosa; por este camino, y siguiendo el que va para el paraje de "Los Cuervos", y San Francisco, hasta encontrar el lindero con Fermín Castaño, a un mojón donde principia el lindero con Pedro Pablo Barrera, mojón de piedra que está clavado en medio de dos guayabos como de tres o cuatro varas a la derecha del camino que baja de las partidas de "San Julián", o "Los Cuervos"; y de este mojón, línea recta rigurosa hacia abajo, a un mojón de pie-

dra que se clavó en el nacimiento del amagamiento; que deslinda los terrenos de Pedro Pablo Barrera y Agapito Parra a unas 16 varas poco más o menos hacia arriba del camino nuevo o travesía que conduce de Villamaría a San Francisco; de este mojón que se encuentra también como unas 16 varas de distancia, poco más o menos de una piedra grande que está al borde del camino citado; siguiendo el mismo amagamiento, hasta el río Chinchiná; Chinchiná arriba hasta llegar a la cañada, punto de partida, en lindero con Mariana Llano. Por la escritura citada, en el punto anterior, compró el señor Francisco Gregory a Gabriel Badillo, la propiedad que se ha descrito y de ese título se toman textualmente estas salvedades o advertencias que hacen suyas también el señor Miguel Giraldo T., que dentro del terreno que vende y se deja alinderado existen dos derechos ya deslindados, uno de Ponciano Galvis y otro de Gertrudis v. de García. Además agrega el vendedor de hoy, que en la escritura por medio de la cual se vendió una zona desprendida de tal propiedad al Departamento de Caldas, con destino al Ferrocarril de Caldas, el Departamento adquirió unos compromisos y que los derechos en tal escritura establecidos, también los cede el comprador, pues él no se reserva nada de lo que en tal propiedad, o adherido a ella, pueda tener o tenga.

"2º—Cuando fue a poseer la finca de "Montevideo", el comprador Julio Gallego Flórez, encontró un lote que integra esa finca ocupado por el señor Pablo Rodríguez, lote que se delimita así: "De la casa de Pablo Rodríguez, unos cinco metros hacia arriba; línea recta a la cañada; cañada arriba al camino de "San Julián", camino abajo, hasta el lado de abajo de la casa de Joaquín Castro; rodeando el viso del asiento, hacia abajo a la vuelta del camino de la finca de "Montevideo"; camino abajo, al mojón primer lindero. Ese terreno está mejorado con café, tiene una casa con helda, cañeros, sementeras de plátano y consta de unas cinco cuadras.

"3º—A pesar de que ese lote pertenece a la finca de "Montevideo", pues está comprendido entre todos los títulos, que marcan una vieja tradición desde que el terreno fue de Gabriel Badillo, hasta el actual propietario don Julio Gallego Flórez, el poseedor material señor Pablo Rodríguez, se ha negado a entregar ese terreno al señor Gallego, ni se presta para transacción amigable. De manera pues que don Julio Gallego tiene que promover juicio reivindicatorio o de dominio para lograr la entrega del terreno por parte de don Pablo Rodríguez".

El demandado se opuso porque precisamente el predio objeto de la reivindicación representa el derecho de Gertrudis v. de García a que se refieren y dejan a salvo los títulos del demandante y que la misma señora de García le vendió como cuerpo cierto, determinado por linderos, al demandado, por escritura Nº 507 de 5 de diciembre de 1925, otorgada en la Notaría de Chinchiná, predio que desde cinco años antes poseía ya el demandado, "a ciencia y paciencia de todo el vecindario, inclusive del dueño de "Montevideo", que en ese entonces lo era el señor Francisco Gregory".

Alegó, además, el demandado la prescripción adquisitiva.

Adelantada la primera instancia, el juez la finalizó con sentencia absolutoria de 18 de agosto de 1951; pero el Tribunal la revocó el 8 de agosto de 1953, y en su lugar decretó lo pedido por el demandante.

El demandado interpuso el recurso de casación, que la Corte procede a decidir hoy, mediante las consideraciones que siguen:

La acusación

Dice el recurrente:

"La sentencia contiene graves errores de hecho y de derecho, que me dan motivo para acusarla por la causal primera del artículo 520 del C. Judicial. La mala aplicación de la ley, y por ende su violación, proviene de la equivocada apreciación de las pruebas, que llevó al Tribunal a desatar la reivindicación en favor del demandante sin la base de un título eficaz de propiedad, en relación con el globo poseído por el demandado. A continuación señalaré uno a uno tales errores".

En seguida se pormenorizan los cargos en concreto, en cinco capítulos, que la Corte examinará, principiando por los primeros, que por su estrecha relación se complementan:

1º—"Error de hecho evidente, violatorio de los artículos 789 y 950 del C. Civil. Proviene tal error de que el Tribunal, al apreciar la escritura Nº 117 de 8 de abril de 1943, que es el título de propiedad invocado por el demandante, no advirtió el hecho notorio de que tal título hállase parcialmente cancelado, por la venta que de una parte de la finca de 'Montevideo' hízole Gallego Flórez a Libardo Builes, mediante escritura pública Nº 112 de 8 de febrero de 1950, de acuerdo con el

certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Manizales, que obra al fl. 12 v. a 13 del C. Nº 5. El Tribunal le dió pleno mérito probatorio al título de propiedad de Gallego Flórez, como si estuviese vigente en la actualidad. No advirtió así la existencia en el proceso de un comprobante fundamental, que está indicando que cuando propuso la demanda el demandante no era dueño de la porción de la finca de "Montevideo" que le vendió a Builes, la cual no se identificó durante el juicio para establecer que es un globo distinto e independiente del poseído por el demandado señor Rodríguez. Mientras este vacío subsista, el demandante no puede invocar la escritura 117, en parte cancelada, para acreditar que es dueño merced a ella, del globo de tierra materia de la reivindicación, colocado dentro de los linderos generales de "Montevideo".

"La falta de toda apreciación del mencionado certificado del Registrador es un error de hecho evidente, tan notorio, como la propia existencia en el juicio del certificado que no vió el Tribunal. En consecuencia, esta entidad violó indirectamente las dos disposiciones mencionadas: el artículo 789, por cuanto el certificado acredita que por voluntad del mismo Gallego ya no es poseedor inscrito de una porción de "Montevideo", cuya localización en el terreno ignórase; y el artículo 950, porque, con la sola base de la escritura el Tribunal le atribuye a Gallego en su calidad de dueño, la acción reivindicatoria sobre lo poseído por el demandado, sin que esté establecido sobre qué parte de "Montevideo", conserva el actor la posesión inscrita, después de la venta que le hizo a Libardo Builes".

Refuerzan este reparo, que no tiene réplica, las siguientes razones expuestas por el Magistrado del Tribunal sentenciador, Dr. Agustín Santacoloma de los Ríos, en su salvamento de voto:

"Existe otro motivo superior aún de incertidumbre respecto del derecho de dominio del actor sobre el lote de terreno reclamado, resultante de que el señor Julio Gallego vendió, antes de iniciar el presente juicio, dos porciones de la finca relacionada en los títulos que presentó como prueba de propiedad. Así lo certifica el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Manizales (folio 12 vuelto y 13, cuaderno Nº 5), quien dice además que el título del actor fue cancelado parcialmente por razón de esas ventas. Y como no se intentó siquiera traer prueba alguna de que el lote reivindicado está incluído dentro de lo que le quedó a Gallego de la expresada finca, es inaceptable que aquel título parcialmente cancelado pueda hacerse valer eficazmente, como prueba de dominio, contra el demandado Pablo Rodríguez.

"Es verdad procesal no controvertida y sí probada por distintos medios, que el lote de terreno poseído por Rodríguez está dentro de los linderos que relaciona la escritura número 117 de 8 de abril de 1943, mediante la cual compró el demandante toda la finca. Pero de allí no puede concluírse, como concluyó la mayoría de la Sala, que dicho lote está también incluído dentro de lo que le quedó a Gallego después de que hizo las mencionadas enajenaciones.

"En resumen, está probado que el demandante, al tiempo de iniciarse este juicio, era dueño apenas de una parte de la finca que compró en 1943. Pero no resulta probado, ni aún remotamente, que el lote de terreno que trata de reivindicar esté dentro de esa parte de que era dueño, y no dentro de las que vendió con anterioridad a la presentación y notificación de la demanda.

"Sigo creyendo, pues, que bastarían las dos consideraciones anotadas para llegar a una conclusión contraria de la que adoptó la mayoría de la Sala. Observo además que hay una abundante prueba testimonial, de la cual podría deducirse también que el origen de la posesión del demandado Pablo Rodríguez es anterior a las fechas de los dos únicos títulos presentados por el actor; y que, por tanto, a aquél lo sigue amparando la presunción de dueño de que trata el artículo 762 del Código Civil".

2º — "Error evidente de hecho y de derecho violatorio de los artículos 785 y 950 del Código Civil.

"Estriba tal error en el alcance probatorio que el Tribunal le asigna al título escriturario presentado por el demandante, o sea, la escritura pública Nº 117 de 8 de abril de 1943, en orden a acreditar la posesión inscrita y el dominio del demandante sobre la porción discutida. En su salvamento de voto, el Magistrado disidente doctor Santacoloma de los Ríos, examina el problema que suscita el texto de la mencionada escritura. Me permito transcribir el convincente razonamiento del distinguido Magistrado:

"En mi concepto el título escriturario presentado por la parte demandante es tan deficiente y obscuro, que con base en él, únicamente, es imposible demostrar dominio sobre una porción determinada de la finca objeto del contrato de

compraventa que se hizo constar en esa escritura. En efecto, el mencionado título expresa que Miguel Giraldo T. le vende a Julio Gallego Flórez (demandante) una finca denominada "Montevideo" por linderos claramente determinados; pero que mediante la escritura Nº 1181, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales el 16 de diciembre de 1921, el señor Francisco Gregory compró al señor Gabriel Badillo la misma propiedad, y que "de ese título se toman textualmente estas salvedades o advertencias que hace suyas el otorgante Miguel Giraldo T.: "Que dentro del terreno que vende y se deja alinderado existen dos derechos ya delimitados, uno de Ponciano Galvis y otro de Gertrudis viuda de García".

"Ahora bien: como las escrituras mencionadas no señalan la ubicación y cabida de los "derechos deslindados de que trata la salvedad expresada, lo mismo podrían estar ellos en el centro de la finca que en uno cualquiera de sus costados. Lo que a este respecto dicen algunos testigos y peritos, no podría tenerse sino como una simple conjetura; por lo cual parece más lógica y más digna de tenerse en cuenta la siguiente conclusión a que llegaron los peritos Ramón Franco y Enrique Arango, quienes actuaron en esta segunda instancia: "....Con relación a que se indique, de que los lotes citados y excluídos en las escrituras viejas estaban en el centro de la finca de Montevideo, manifiesto, que por no haber señalado linderos en la hacienda de Montevideo, en las escrituras dichas, bien pueden aparecer los lotes en cualquier parte de lote general de la hacienda expresada".

"En consecuencia es notorio que el Tribunal incidió en los errores apuntados, por estimar implícitamente que la escritura 117, y las demás que la anteceden, como títulos de propiedad del demandante, acreditan la posesión inscrita de éste sobre el globo materia de la reivindicación. El mencionado título, como los que le preceden no acreditan que las sucesivas tradiciones del inmueble de "Montevideo" comprendiesen también el globo de tierra poseído por el demandado Rodríguez y cuya entrega se le demanda. La imprecisión con que en definitiva se alinderó en aquellos títulos el citado inmueble, en relación con los dos derechos de Ponciano Galvis y Gertrudis de García, dejan igualmente en el vacío la tradición, y en esas circunstancias los títulos no sirven para invocar propiedad contra mi representado".

Además de lo expuesto, concurren en este litigio varias circunstancias que patentizan los errores manifiestos de hecho que en la apreciación de las pruebas le imputa el recurrente al Tribunal y que indujeron a éste al quebrantamiento de las disposiciones sustantivas que se indican como violadas.

Así, el demandante al iniciar el juicio le denunció el pleito a Miguel Giraldo, su vendedor, éste a su antecesora Blanca Murillo viuda de Gregory.

Ahora bien: esta señora, que, en principio, era de suponer que coadyuvara la demanda de Gallego para librarse de la posible acción de saneamiento, asumió una franca actitud contraria al actor, porque en su concepto implicaba desconocimiento, por parte del comprador Gallego, de las salvedades sobre porciones ajenas que se hicieron constar en todos los títulos traslaticios de la finca, desde la escritura 1181 de 16 de diciembre de 1921 por la cual Gabriel Badillo le vendió a Francisco Gregory, y pidió que se absolviera al demandado Rodríguez.

Por otra parte, entre los pruebas que tuvo en cuenta el Juez de circuito para pronunciar fallo adverso al demandante, figuran las posiciones que el último absolvió el 6 de marzo de 1951, en las respuestas a los puntos 4º y siguientes, tocantes a las porciones o derechos de Ponciano Galvis y Gertrudis v. de García, a que se refieren las salvedades ya mencionadas. A ese respecto ha reconocido "que uno de esos terrenos deslindados de que habla la escritura, **lo representa Pablo Rodríguez**"; y aunque más adelante agrega que el predio que reivindica es diferente, eso no aparece demostrado a satisfacción.

Todo lo expuesto conduce a la conclusión de que el Tribunal incurrió en los errores y violaciones que se le imputan en los cargos ya examinados, lo que hace inútil el estudio de los demás, por ser bastantes los primeros para casar la sentencia condenatoria recurrida, y suficientes para pronunciar la absolución.

En tal virtud 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 condenatoria recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Manizales con fecha 8 de agosto de 1953, y en su

lugar confirma la absolutoria pronunciada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Manizales el 18 de agosto de 1951.

No hay lugar a condenar en costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RECURSO DE HECHO.— CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION.—APRECIACION DE UN DICTAMEN PERICIAL POR PARTE DEL JUZGADOR

Como lo ha dicho la Corte, en los artículos 721 y 722 del Código Judicial no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad o manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente Dr. Manuel Barrera Parra)

Por sentencia del 25 de agosto de 1953, el Tribunal de Tunja falló favorablemente al actor el juicio ordinario reivindicatorio seguido ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja por Miguel Ruget C., y Domingo Solórzano U., contra Pablo Alejandro Rodríguez.

Los actores habían pedido en su demanda del 26 de febrero de 1952 que se condenara al demandado a la restitución del inmueble denominado "Chacón", ubicado en la vereda de "El Centro" del municipio de Leiva, y al pago de $ 3.200,00 por concepto de frutos de la finca en ocho años, y de $ 500,00 por el valor de una casa destruída por el demandado. En la demanda se estimó la cuantía en la suma de $ 5.000,00.

La sentencia condenó al demandado a la restitución del inmueble, y al pago de los frutos producidos por el inmueble a razón de $ 500,00 anuales, desde la notificación de la demanda, y de las dos terceras partes de las costas del juicio en la primera y segunda instancia.

Contra este fallo interpuso oportunamente recurso de casación la parte vencida.

Como el Tribunal tuviera motivo de duda respecto de la cuantía de la acción, en uso de la facultad concedida en el art. 524 del C. J., ordenó la práctica de un avalúo pericial para determinarla, antes de conceder el recurso.

El Tribunal conoció las exposiciones de los peritos por él designados, y resolvió negar el recurso en auto del 21 de abril del año en curso. Contra esta providencia interpuso recurso de reposición la parte demandada, pero el Tribunal la confirmó en proveído del 29 de mayo siguiente, concediendo al mismo tiempo el recurso de hecho para ante la Corte, oportunamente introducido por el inconforme.

Corresponde a la Sala decidir si en el presente negocio procede el recurso de casación.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 3547 de 1950, para la procedencia del recurso extraordinario de casación es necesario que la cuantía del negocio alcance por lo menos a $ 10.000.00.

El Tribunal negó el recurso porque estimó que la cuantía no llegaba a dicha cantidad, en el presente caso.

Tres avalúos se practicaron: uno, suscrito por los señores Antonio Ezequiel Correa y Pedro Garrido Villate, de fecha 29 de octubre de 1953, señala al inmueble objeto de la reivindicación un valor comercial de $ 12.002,80; otro, firmado por los señores Jorge Castro R., y Salomón Campos R., de fecha 27 de enero de 1954, fija un justiprecio de $ 3.800.00, y el tercero, emitido por los señores Carlos Julio Villate y José del C. Páez Pérez, señala tal valor en la cantidad de $ 9.800.00.

El tribunal explica así la práctica de estos experticios:

"1.—Como hubiera motivo de duda respecto a la cuantía de la acción, para efectos del recurso de casación interpuesto por el apoderado del demandado, se nombraron peritos que la determinaron. (C. Fl. 17 v.).

"II.—Al darse traslado del respectivo dictamen, fue objeto por el apoderado de los demandantes,

con la tacha de error grave (C. 8 fl. 1 y ss.).

"III.—Abierta la articulación, en el período de prueba se ordenó un experticio que determinara la cabida del predio y la calidad de la tierra. (C. 9 fl. 2 v.).

"IV.—La tacha se decidió en auto de fecha cinco de febrero del corriente año, con la declaración de ser erróneo el dictamen objetado y la orden de practicar un nuevo y definitivo experticio. (C. 8 fl. y ss.) (Sic).

"V.—Se rindió un nuevo dictamen en donde se dió al predio objeto del juicio un valor de nueve mil ochocientos pesos ($ 9.800.00) moneda legal. (C. 8 fl. 21)".

Pero el Tribunal desechó las conclusiones del tercero y último peritazgo, con estas razones:

'Para que un dictamen pericial tenga el valor 'de plena prueba se requiere que sea uniforme, explicado y debidamente fundamentado. (Artículos 721 y 722 del C. J.).

"El dictamen rendido por los peritos Carlos Julio Villate y José del C. Páez Pérez es uniforme, pero no aparece debidamente explicado ni fundamentado.

"Confrontado el dictamen en referencia con las pruebas que se dedujeron en la articulación, resalta su falta de fundamento y lo erróneo de la conclusión a que llegaron. En efecto si se tiene en cuenta la extensión superficiaria del terreno que es de dos fanegadas, 4.678 metros cuadrados (C. 6 fl. 19) la calidad de la tierra del mismo según el experticio debidamente fundamentado de los peritos Jorge Castro y Salomón Campos (C. 9 fl. 15) y el precio de las distintas clases de tierra por fanegada según las declaraciones de personas de la región, se tendría como valor del terreno uno muy inferior al señalado por los peritos. Según esas pruebas el valor de la fenagada de tierra de primera oscila entre dos mil y dos mil quinientos pesos: el de segunda tiene que ser inferior. En cambio si se tiene en cuenta los datos mencionados y se aceptara el valor dado por los últimos peritos se tendría que el valor de la fanegada en el terreno en referencia sería de tres mil quinientos noventa pesos ($ 3.590.00) moneda legal, lo que aparece francamente exagerado".

Al resolver la reposición el Tribunal amplió las anteriores razones así:

"En cuanto a la falta de fundamentación del último dictamen.

"a).—Superficie. Según el dictamen rendido por los peritos Jorge Castro y Salomón Campos, la extensión superficial del lote es de dos fanegadas 4.678 m2. (C. 0, fl. 1º). Según el último dictamen la extensión superficiaria es de 2 fanegadas 3.597 m2. (C. C. fl. 21). Diferencia: 1.081 m2. El Tribunal aceptó el primer dictamen por aparecer las medidas y operaciones que explican el resultado, lo que no sucede en el otro experticio. Es claro que la diferencia anotada favorece al recurrente, pues dá al lote mayor extensión. Pero en todo caso sirve para demostrar lo infundado del experticio.

"b).—Clase de tierra. Tanto el dictamen que se declaró erróneo como el último dicen que la tierra es de 2ª clase. Ahora bien: de acuerdo con las declaraciones que se recibieron en el trámite de la articulación, el valor de la fanegada de tierra de primera clase oscila entre dos mil y dos mil quinientos pesos, luego la de segunda clase debe tener un valor inferior. Tomando como base el límite mínimo del valor de la tierra de primera, se tendría para el predio un valor de cinco mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 5.450.00) M/cte. La diferencia entre esta cantidad y la de nueve mil ochocientos pesos ($ 9.8000.00), fijada en el último peritazgo, es tan considerable que no puede menos de demostrar lo infundado del segundo dictamen.

"No sobra recordar lo dicho en el auto que declaró erróneo el experticio rendido por los doctores Garrido y Correa: 'Los primeros peritos dicen: 'El inmueble está destinado para el pastoreo y engorde de ganado; está formado por tierras de primera clase'. En desacuerdo con los anteriores dicen los segundos: 'Analizando los factores ya expuestos, concluímos que en el terreno materia de nuestro estudio, se presentan alteraciones en los factores de fertilidad, por estar en deficiencia sus estados físicos, químico y biológico. Teniendo en cuenta esta consideración general y la cercanía a Leiva que lo favorece algo, es nuestra opinión que —la tierra en cuestión la clasificamos como de segunda clase'. Los primeros peritos no explicaron los fundamentos que tuvieron para dar a la clase de tierra la primera categoría. En cambio los segundos tienen en cuenta las condiciones físicas, químicas y biológicas que explican por qué el terreno no puede ser de primera clase.

En efecto, ha sufrido un deslave que lo ha empobrecido en su capa vegetal; ésta es de mediana profundidad; la textura del suelo es pesada por ser de naturaleza arcillosa; su permeabilidad, dadas las condiciones anteriores, es lenta. El contenido de materia orgánica es bajo y la reacción

de acidez demuestra que el suelo se encuentra en estado de no asimilación'. (C. 8 fl. 9 v.).

"c).—Valor de las tierras en Leiva. El peritazgo que se analiza dice: 'Teniendo en cuenta el valor comercial de las tierras de Leiva, el valor de la moneda, etc., avaluamos el terreno en la suma de nueve mil ochocientos pesos ($ 9.800,00) M/Cte'. Ya se vió cómo el valor de la tierra de segunda, por fanegada, no pasa de dos mil pesos. En el trámite de la articulación no se pudo establecer que este valor debiera sufrir modificación por razón de factores locales que hicieran subir la demanda de tierras en Leiva. Al respecto se dijo en el auto que declaró erróneo el primer experticio: "c).—El tercer motivo de objeción se puede sintetizar diciendo que los peritos tomaron en cuenta factores de hecho que no operan para efecto del avalúo de las tierras en Leiva.

"Los peritos no toman en cuenta la fanegada ni la hectárea sino que valoran por metro cuadrado. El criterio de la valoración por metro o vara cuadrada tiene aplicación cuando el desarrollo urbanístico ha llegado tal (sic) punto que las transacciones sobre finca raíz se motivan de preferencia en la necesidad de construír viviendas o establecimientos con destino industrial o comercial. Este no parece ser el caso de Villa de Leiva, como se deduce de todas las exposiciones de los testigos que no hablan de valor por metro o vara cuadrada, sino por fanegada o hectárea y aún llegan a explicar cómo muchas veces no se precisa la cabida sino que se tiene en cuenta el lote. A igual conclusión se llega si se estudian esas exposiciones, porque ellas hacen referencia al destino de las tierras para la agricultura o la ganadería, pero no a la urbanización. Los mismos peritos al hablar del potrero de 'El Chanchón" lo consideran desde el punto de vista de su destinación agrícola o ganadera, pero no como terreno urbanizable.

"No se pueden desconocer algunos factores que tienden a mejorar las condiciones económicas y culturales de Leiva, pero no hasta el punto de constituír una revolución en su economía rudimentaria.

"Se puede, pues, concluír con que los peritos erraron al valorar el terreno, no de acuerdo con su destinación económica, sino según perspectivas de valoración con base en un supuesto desarrollo urbanístico que no aparece.

"Las conclusiones a que se ha llegado, están respaldadas además por el valor que se ha dado al predio de acuerdo con el catastro municipal. Según éste el terreno de 'El Chanchón' aparece avaluado en la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500,000) M/cte. (C. 10, fl. 10)' (C. 8, fl. 10).

"No está, pues, debidamente fundado el último avalúo porque sin razón hace subir el valor de la tierra, hablando de valor comercial, valor de la moneda, etc., cuando se ha demostrado cuál es el verdadero valor por fanegada en Leiva de las tierras de segunda clase, y particularmente cómo no hay factores que permitan darle un mayor valor a la tierra de 'El Chanchón".

En resumen:

El Tribunal, no hallándolo debidamente fundamentado, rechazó el avalúo de $ 9.800.00 asignado por los peritos al predio objeto de la litis, y estimó que el valor del predio, conforme a otros elementos de juicio, sería de $ 5.450,00.

Para determinar la cuantía de la acción, a tal valor habría que agregar el de las prestaciones accesorias solicitadas en la demanda, a saber, el valor de los frutos fijados en 3.200 y el valor de la casa destruída señalado en $ 500.00. Pero con la agregación de estos valores la cuantía apenas ascendería a $ 9.150.00.

El recurrente critica los razonamientos del Tribunal en cuanto considera el dictamen desechado, carente de la debida fundamentación.

La Sala para responder al recurrente, hace referencia a la doctrina de la Corte que atribuye al juzgador plena libertad para apreciar si un dictamen se halla o no debidamente fundamentado.

Refiriéndose la Corte al alcance de los artículos 721 y 722 del Código Judicial, ha dicho:

"No se establece en estos artículos del código la imperativa **aceptación mecánica** por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, **que es la esencial de la prueba pericial,** es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos" (Casación, mayo 9 de 1938, XLVI, 422).

La Sala no tiene motivo legal para modificar la apreciación del Tribunal de Tunja respecto a

la indebida fundamentación del dictamen pericial que hubo de rechazar por las consideraciones atrás transcritas.

Así, la cuantía de la acción no alcanzaría al mínimo señalado en el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 3547 de 1950.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, declara legalmente negado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja el 25 de agosto de 1953 en el juicio ordinario reivindicatorio de Miguel Ruget C., y Domingo Solórzano U., contra Pablo Alejandro Rodríguez.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, comuníquese al Tribunal Superior de Tunja y archívese la actuación.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

IMPOSIBILIDAD DE EQUIPARAR O CONFUNDIR LA SIMULACION Y LA NULIDAD

1—La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparados, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad y a la simulación para conservarles su propia fisonomía.

La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena.

2—Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la causal segunda de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez)

En la escritura pública 227 de 4 de abril de 1932 Notaría 1ª de Tunja, Clemente Bustamante, casado con Soledad Medina, dijo dar en venta a Juan B. Ruiz varios inmuebles, por precio de $ 2.000 que declaró recibido. Más tarde, en la misma Notaría y por escritura 142 de 11 de marzo de 1933, Juan B. Ruiz expresó vender a Clemente Bustamante aquellos mismos bienes, por precio de $ 1.000 que también declaró recibido.

El aparente comprador y después vendedor Juan B. Ruiz, por escritura 910 de 8 de noviembre de 1946, declaró ante el Notario 1º de Tunja que a solicitud de Clemente Bustamante había aceptado aquella escritura de venta, la 227 de 4 de abril de 1932, en forma simulada, "pues que el otorgante no le pagó un solo centavo del precio allí estipulado, ni estuvo tampoco el exponente un solo momento en posesión de dichos bienes, precisamente por haber sido simulada dicha escritura", y agrega:

"**Tercero.**—Que más tarde el exponente, o sea cuando Bustamante le pidió le devolviera tales bienes por haber pasado el peligro de un embargo que lo amenazaba, procedente de una fianza, el exponente le devolvió tales bienes por medio de la escritura número 142, de fecha 11 de marzo de 1933, que el exponente otorgó en esta misma Notaría, sin recibir por tanto, tampoco el otorgante, del señor Clemente Bustamante un solo centavo por razón del precio en esta escritura estipulado.

"**Cuarto.**—Que, por tanto, los bienes materia de las dos escrituras especificadas antes, no salieron del patrimonio, ni de la posesión del señor Clemente Bustamante, por motivo de la escritura de venta simulada que le hizo al exponente y que es la primera de las aquí citadas".

En su testamento, otorgado ante el Notario 5º de Bogotá, por escritura 1917 de 22 de agosto de 1944, Clemente Bustamante reconoció como hijo natural suyo a Luis Alberto y le autorizó para usar el apellido Bustamante. El testador murió el 23 de julio de 1949, a los 75 años de edad.

Fue iniciado el presente juicio con demanda de 10 de abril de 1951 dirigida por Luis Alberto Bustamante contra Juan B. Ruiz y Soledad Medina viuda de Bustamante, para pedir las declaraciones siguientes:

"a) Que es nula la compraventa que aparece en la escritura pública número 227 de fecha 4 de abril de 1932 otorgada en la Notaría 1ª del Cir-

cuito de Tunja, o sea la mencionada en el párrafo de este escrito con el número 2 en la enumeración de los hechos.

"b) Que es nula la compraventa que aparece en la escritura pública número 142 de fecha 11 de marzo de 1933 otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Tunja, o sea la mencionada en el párrafo de este escrito señalado con el número 3 en la relación de los hechos.

"c) Que, en consecuencia, los bienes descritos por su nombre, ubicación y linderos en los párrafos de este escrito señalados con el número 1 de la relación de hechos pertenecen a la sucesión ilíquida formada por el matrimonio que contrajeron Clemente Bustamante y Soledad Medina.

"d) Que los demandados deben ser condenados en costas, en caso de oposición a esta demanda".

Ruíz confesó los hechos y no se opuso a la acción; en tanto que la señora Medina de Bustamante no contestó el libelo y apenas buscó que fuese repuesto el auto admisorio de la demanda.

Por sentencia proferida el 4 de septiembre de 1952, el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá absolvió a los demandados de todas las súplicas de la demanda, y el proveído recibió confirmación del Tribunal Superior, en su fallo de fecha 20 de enero de 1953, contra el que se interpuso oportunamente recurso de casación.

Se acusa la sentencia por la causal 1ª, como "violatoria de leyes sustantivas en todos los conceptos de infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación —dice la demanda— así como también por errores de hecho evidente y de derecho en la apreciación de las pruebas del proceso."

Estima el recurrente que el sentenciador violó los artículos 1501, 1502, 1524, 1602, 1740, 1741, 1757, 1769 y 1849 del Código Civil, y los artículos 603, 604, 606 y 630 del Código Judicial; y después de referirse a las cosas que en los contratos son de su esencia, de su naturaleza o puramente accidentales, dice:

"El contrato de compraventa es bilateral, que hace nacer prestaciones recíprocas para las dos partes, por su condición de oneroso y conmutativo. Y cuando el contrato carece de cosas que exige la esencia de él, o el contrato no existe o degenera en otro diferente. Es de la esencia de la compraventa además del consentimiento de las partes, una cosa, y un precio en dinero. Si falta la cosa o el precio, porque el contrato sea simulado, de confianza, éste no existe."

Alude a que el demandado Ruíz confiesa que no hubo precio en la venta que le hiciera Clemente Bustamante, no solo en la escritura 910 de 8 de noviembre de 1946, otorgada en la Notaría 1ª de Tunja, sino también cuando admitió los hechos de la demanda, y considera que por faltar el precio como requisito esencial, el contrato es absolutamente nulo, según los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. Afirma que en el fallo acusado se le atribuye validez al contrato, a pesar de que Bustamante no tuvo verdadera voluntad de vender, ni Ruíz la de comprar los inmuebles que allí figuran, y aunque el contrato no tuvo causa real, pues no hubo precio, ni siquiera la intención de pagarlo, y agrega:

"Por igual concepto infringió la sentencia los artículos 1849 y 1857 del precitado Código, porque dió por válida, respecto a Juan B. Ruíz, una compraventa en la cual no hubo realmente el comprador la obligación de pagar el precio, ni existió consentimiento real, sino fingido y simulado, acerca de la cosa y el precio; lo cual implica que no se llenaron los requisitos exigidos por esos dos artículos para la existencia y validez del contrato de compraventa".

Dice que en el caso sub- judice debió declararse la nulidad absoluta del contrato, por estar probada superabundantemente, y alega que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho, por prescindir de la declaración de Ruíz en la citada escritura 910 de 8 de noviembre de 1946, así como también del reconocimiento judicial hecho por el mismo Ruíz al contestar la demanda, esto es, cuando admitió que en la compraventa no hubo precio, por ser un contrato simulado o de confianza, con lo cual el recurrente estima probados a plenitud los hechos generadores de la acción de nulidad.

Se considera:

La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparados, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse,y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad y a la simulación para conservales su propia fisonomía.

La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto ju-

rídico, sino solo en producir lá apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacios o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena.

Tal es la doctrina en que se inspira el fallo de casación, aún no publicado en la Gaceta Judicial, proferido por la Corte el 8 de junio de 1954 en el juicio de Ana Felisa Montoya y otros contra Emilia Montoya viuda de García. Allí, entre otras cosas se lee:

"La formulación de estos cargos impone a la Corte, para demostrar que son infundados, la tarea de reafirmar las diferencias existentes entre uno y otro fenómeno en nuestra legislación positiva, que en este particular ha sido amplia y reiteradamente interpretada. Al efecto expone:

"1) La nulidad de los actos y contratos está definida y especificada en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, como lo dice el Tribunal. Según el primero de ellos, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto, según su especie o calidad. El segundo artículo expresa cuándo la nulidad es absoluta y cuándo es relativa.

"La nulidad sustantiva sólo puede ocurrir respecto de los negocios jurídicos, esto es, de las manifestaciones verdaderas de voluntad encaminadas a producir consecuencias jurídicas. O de otro modo: no hay nulidad sino en las manifestaciones volitivas tendientes a que nazcan, se modifiquen o se extingan relaciones de derecho.

"Incuestionablemente el negocio jurídico tiene como presupuesto necesario la seriedad en la intención y en la volutad de quien o quienes se proponen crearlo, para lo cual es preciso que esas personas procedan con sometimiento estricto a las normas dictadas por el legislador, ya en cuanto éstas se refieren a los elementos esenciales del acto o contrato mismo, ya en cuanto digan relación a la forma que deba contenerlo. Pero puede acontecer, y a menudo acontece, que a pesar de esa intención y de esa volutad serias, el negocio jurídico carezca de alguno o algunos de esos elementos, que se suponen existentes; o que ellos surjan a la vida con determinados vicios señalados en la ley. Entonces el acto o contrato será nulo, absoluta o relativamente, según que el defecto encaje en una o en otra de las dos especies de nulidad mencionadas. Así, por ejemplo, el acuerdo de voluntades, sincero y sin ambages, mediante el cual una parte pretende adquirir de otra una cosa que se da por existente y en realidad no existe (art. 1870 del Código Civil), es nulo por falta de objeto y, por consiguiente, por **falta de causa** (esta opinión la expresan los doctrinantes Vera y Vélez). Igualmente nula por **falta de causa** será la compra de cosa propia prevista en el art. 1872 del mismo Código; de suerte que si el acuerdo de voluntades se ha ajustado realmente sobre esa base falsa, "el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que ha dado por ella". Habrá nulidad absoluta en cualquiera de los actos y contratos a que se refieren los artículos 1.519, 1.520, 1.521 y 1.523 **ibidem** porque en la realidad, y según la ley, tienen un **objeto ilícito.** Y la misma nulidad se presenta cuando el móvil del acto o contrato que se realiza por el espontáneo querer de las partes está prohibido por la ley, o es contrario a las buenas costumbres o al orden público, porque entonces se entiende que en él hay **causa ilícita** (artículos 1524 y 1.741 del Código Civil). Además, en todos los casos en que el consentimiento nace, pero viciado por error, fuerza o dolo, el negocio jurídico es nulo **relativamente,** o, mejor dicho, rescindible o anulable.

"En síntesis, la nulidad sustantiva, en cualquiera de sus especies, no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación.

"2) La simulación, en cambio, es fenómeno complejo que tiene características enteramente distintas de la nulidad, aunque con ellas tenga puntos tangenciales que requieren un deslinde ideológico para evitar confusiones de graves consecuencias.

"Simulación, ha dicho Ferrara, es la declaración de un contenido de voluntad no **real, emitida conscientemente y de acuerdo, entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico** que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo."

"El profesor argentino Héctor Cámara dice: "El acto simulado consiste **en el acuerdo** de las partes de dar una declaración de voluntad o designio divergente de sus pensamientos íntimos, y

agrega: "con el fin de engañar innocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros".

"El Decano de la Facultad de Derecho de París, profesor Juilliot de la Morandiere, la define así: "Hay simulación cuando las partes, habiendo celebrado una convención aparente, modifican o suprimen sus efectos por medio de otra convención, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta": Y detalla así sus características:

"Primera característica: Las partes están plenamente de acuerdo sobre lo que en realidad quieren hacer; ellas no se engañan mutuamente. Así viene a distinguirse cuidadosamente la simulación del dolo. Hay dolo cuando una de las partes ha disimulado algunos elementos del contrato a la otra, la cual, a consecuencia de esas maniobras fraudulentas, viene a ser inducida a error. Por tanto, las dos partes no están exactamente de acuerdo sobre lo que ellas quieren hacer. En la simulación al contrario, las dos partes están de acuerdo. Volvamos a tomar mi ejemplo: están de acuerdo para hacer una donación en realidad y una venta en apariencia; es en virtud de su voluntad común como acto real viene a quedar disimulado bajo otro acto aparente.

"Segunda característica: El acto que modifica al primero, es contemporáneo del primero. Es preciso distinguir la simulación de la revocación y de la resiliación. Hay revocación o resiliación cuando las partes que han hecho y querido hacer un acto que produzca ciertos determinados efectos, y se entienden en seguida para poner fin a tales efectos o para modificarlos. Mas en el momento en que han celebrado el primer acto jurídico, estaban de acuerdo para querer ese acto y sus efectos. Cambian en seguida de parecer. La simulación supone al contrario que el primer acto no tiene, en el espíritu de las partes, ningún valor desde el momento en que la verifican y que la segunda convención, que es la real, es contemporáneo de la primera..

"Tercera característica: El acto modificador es un acto secreto; tal acto no debe ser enunciado por el primero; el acto aparente no debe revelar que él disimula otro."

De la doctrina expuesta por esos autorizados tratadistas se desprende, en primer término, la diferencia específica que hay entre la nulidad y la simulación, pues en tanto que la primera es un vicio determinado por la ley que destruye o puede destruír la eficacia de un verdadero negocio jurídico, considerado en sí mismo, la simulación consiste, ya en el encubrimiento de una situación jurídica existente, que en el fondo no se quiere modificar sino tan solo ocultar (simulación absoluta); o también es el disimulo convenido del **contrato** realmente celebrado, que no se quiere publicar (simulación relativa). En uno y otro caso los simulantes realizan el ocultamiento con el velo de un contrato lícito, que es meramente aparente porque carece, cuando menos, por el querer verdadero y secreto de las partes, de alguno o algunos de los elementos sin los cuales no existe.

"3) La diferencia doctrinaria de estos dos fenómenos, lleva necesariamente a establecer la que hay en el concepto de **causa** cuando éste se relaciona con ellos.

Según la doctrina clásica, la causa en los contratos bilaterales, es la contraprestación a que están obligadas las partes, y siempre se mantiene idéntica en el mismo tipo de contratos; al paso que en los contratos unilaterales ella puede consistir en la mera liberalidad y no es preciso expresarla, o en la entrega de la cosa. Distinto es el significado del vocablo en los contratos simulados: la **causa simulandi** no es más que el **motivo,** lícito o ilícito, y siempre variable en cada caso, que induce a la ficción del "contrato" ostensible. Cuando se trata de la causa de los negocios jurídicos, se está hablando de la razón de ser ellos existentes. Pero este concepto no cuadra con los negocios aparentes porque de la inexistencia (que a ello equivale la apariencia) no puede decirse que tenga causa. Entiéndese, en consecuencia, que la **causa simulandi** no es más que la causa subjetiva ,el móvil que explica por qué se ha tendido una cortina de humo, por qué se ha fabricado una máscara con la cual se oculta y disimula una situación jurídica que antes existía, o un contrato verdadero que a su amparo y simultáneamente se hace nacer para que produzca sus efectos indirectamente.

"De aquí se derivan las siguientes consecuencias atañaderas a la ilicitud de la causa:

"1ª—Mientras que la **causa ilícita** destruye o está en aptitud de destruír el negocio jurídico por razón del vicio congénito que en sí lleva, la **causa simulandi** no produce semejante resultado respecto del convenio real disfrazado, el que, considerado aisladamente, debe tener su propia causa —lícita o ilícita—, a virtud de la cual genera, con independencia de la **causa simulandi,** efectos en derecho, o carece de ellos, según sea la calidad de su misma causa. En otros términos; apartado el velo simulatorio, ha de analizarse el pacto secreto en su propia formación, de acuer-

do con las normas comunes que rigen los contratos. De esta suerte, la **causa simulandi** no sirve sino para explicar el por qué del engaño, de la ficción ante terceros, señalando además, el derrotero para adquirir las pruebas con que se establezca que el negocio declarado es nada más que aparente.

"2ª—Las acciones para demandar la nulidad y la simulación tienen naturaleza y contenido distinto. La de nulidad es **constitutiva** y **de condena:** lo primero, porque destruye una situación jurídica creada; lo último, porque según la ley, lleva a reivindicar la cosa, aún contra terceros de buena fe. En cambio la acción de simulación es **declartiva** porque con ella tan sólo se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponda sobre el fingido. Pero esto no es óbice para que a la acción de simulación se la considere como principal y puedan acumulársele otras, encaminadas a amparar derechos que tengan nexos con la situación jurídica encubierta. "Quien la promueve —dice Ferrara—, no necesita demostrar que la simulación fué fraudulenta, ya que la acción sería admisible aunque aquélla hubiera sido lícita. Aunque el fraude interviene con frecuencia en los actos simulados, ello es indiferente desde el punto de vista jurídico porque el acreedor no pretende fundarse en esa responsabilidad del obligado para rescindir los actos perjudiciales, sino probar solamente la inexistencia de los actos realizados, y sentar que ni ha sufrido por ellos perjuicio alguno ni debe sufrirlo. Su acción se dirige a restablecer la verdad, a poner en claro lo dudoso o equívoco, a destruír la apariencia, y no tiene por qué apoyarse en la culpabilidad delictuosa del deudor. El único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de interés, determinado a veces por el elemento del daño cuya naturaleza y extensión son diversas, porque si en la Pauliana el perjuicio consiste en la insolvencia del deudor, en la de simulación resulta el perjuicio de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y, por consiguiente, de la amenaza de su posible violación. Además, el elemento del daño en la acción de simulación tiene un aspecto más amplio y multiforme, ya que no consiste solamente, en una disminución de la garantía de los acreedores, sino en cierto peligro de perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal".

Si se trata de fenómenos jurídicos con individualidad propia, sin son de naturaleza diferente las condiciones de la acción de nulidad y los presupuestos de la acción de simulación y en el presente juicio se llenaron los de la última y no los de la primera; y si, además, fue propuesta la acción de nulidad y no la de simulación, es indudable que precisamente por faltar los elementos fundamentales de la acción, era el caso de absolver, que fue lo resuelto por el Tribunal en el fallo acusado. En consecuencia, no prospera el cargo.

Por lo demás, según lo advierte el sentenciador, no solamente se restableció el derecho por haberse cumplido por Ruíz el convenio secreto con Bustamante, sino que por acto adicional ante Notario el mismo Ruíz declaró expresamente la simulación, sin que por ello pueda decirse que en el caso de autos tenga existencia el conflicto de intereses suceptibles de resolución por la autoridad jurisdiccional del Estado, desde luego que las partes estuvieron íntegramente avenidas.

Al final de la demanda el recurrente alega, sin mencionar la causal 2ª, que el fallo no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Pero como la sentencia fue plenamente absolutoria, por sustracción de materia no hay campo para que el cargo pudiese tener cabida.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida con fecha 20 de enero de 1953, que ha sido objeto del recurso.

No hay costas en el recurso.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EN JUICIO DE RESCISION POR LESION ENORME, EL AVALUO CATASTRAL NO CONSTITUYE SINO UN INDICIO LEJANO ACERCA DEL VALOR DEL INMUEBLE OBJETO DEL CONTRATO CUYA RESCISION SE DEMANDA

1—Es constante y reiterada la doctrina de la Corte conforme a la cual la soberanía del Tribunal para apreciar las pruebas, máxime la pericial, no se halla limitada sino cuando en tal apreciación incurre en manifiesto u ostensible error de hecho o de derecho.

2—El avalúo catastral dado a un bien, para efectos fiscales, no constituye sino un indicio lejano acerca del valor de un inmueble, sobre el cual prevalece naturalmente el comercial que se obtiene por medio de peritos, cuando se trata de establecer el verdadero valor de una finca en juicio de rescisión de un contrato, por haber sufrido lesión enorme una de las partes contratantes.

E igual cosa es aplicable respecto de los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos sobre los precios que hayan tenido tales o cuales inmuebles.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

En artículo de muerte, Dolores Ortega B., mujer soltera, el 18 de febrero de 1945, por medio de escritura pública número 150, que otorgó ante el Notario Segundo del Circuito de Ipiales en el Municipio de Pupiales, declaró:

"Primero.—Que transfiere a título de venta al Dr. Julio Ortega B., mayor de edad, casado, vecino del distrito de Ipiales, cedulado allí bajo el número 1067027, el derecho de dominio que tiene en una finca rural, denominada "Santa Lucía", parte integrante de la hacienda del mismo nombre, ubicada en este distrito y conocida la finca por estos linderos: Oriente, con la quebrada "Cuatis" y propiedades de Sara Ortega, zanja al medio; Norte, con las de Sara y Enrique Ortega B., zanja y camino de entrada al medio; Occidente, con las de Enrique Ortega B. y del mismo comprador, camino de entrada por medio; y Sur, con las del mismo comprador y Benjamín Ortega B., camino y mojones conocidos por medio. Dentro del terreno existe una casa de tapias, cubierta de tejas, y otra de vareque (sic) cubierta de paja, que también entran en la venta. Además en esta venta quedan incluídos los siguientes semovientes: ocho vacas madres, con sus respectivas crías; dos yuntas de bueyes, un toro reproductor (pintado), tres vaconas, tres torejones, dos caballos de carga, dos yeguas, la una con cría (chúcaro) y un macho de carga color plomo.

"Segundo.—Así mismo le transfiere en venta al mismo comprador, todas las acciones y derechos que tiene y le corresponde en la sucesión intestada de su hermano legítimo señor Aquilino Ortega B., fallecido hace algún tiempo, cuyas acciones y derechos se radican en la universalidad de bienes dejados por el citado causante, para lo cual queda el comprador subrogado en todos los derechos que a la exponente le asisten en dicha sucesión.

"Tercero.—Que el fundo "Santa Lucía" lo adquirió la exponente por medio de la escritura Nº 545 de 4 de noviembre de 1937, otorgada en este Circuito, la que se halla debidamente registrada, la misma que entrega como título traslativo de dominio. De lo demás no entrega título escriturario.

"Cuarto.—Que el precio total de esta venta es por la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) oro, los que serán pagados por el comprador dentro del término de tres meses, a contar de esta fecha, sin reconocer intereses durante ese tiempo; anotando que si la exponente falleciera antes del término citado, el comprador entregará ese valor de acuerdo con las instrucciones particulares dadas por la exponente al mismo comprador" (C. 2º, ff. 69 v. y 70).

En la mañana del día siguiente falleció dicha señorita (**Ibidem**, f. 81).

El 13 de septiembre del mismo año, Enrique y Segundo Ortega B., hermanos legítimos de la difunta Dolores y del Médico señor doctor Julio Ortega B., comprador de sus bienes, entablaron demanda contra el último, en la que pidieron:

'Se declare preferentemente la **nulidad** de las declaraciones de voluntad —acto o contrato— contenidas en la escritura pública número 150 de 18 de febrero de 1945, otorgada ante el señor Notario 2º de este Circuito por los otorgantes: la mentada causante Dolores Ortega B. y el demandado. Cuya nulidad debe declararse: o por carecer de uno o algunos de los elementos necesarios para su formación, o por faltarle al mismo acto o contrato que contiene tal escritura, uno o algunos de los eleuentos indispensables para su validez, o por existir cualqier vicio de aquellos que hacen anulables toda declaración de voluntad, semejante a las contenidas en el aludido instrumento.

"**Subsidiariamente** a la anterior declaración de nulidad, y caso de tenerse por válido en su fondo y en su forma o exento de todo vicio, el contenido de la escritura, **se declare**, en tal supuesto, **lesivo** el contrato de compraventa que contiene, **en lo referente** al inmueble "Santa Lucía" que adelante se alindera, por ende rescindida por lesión enorme la venta del mismo inmueble; y que el demandado está obligado, al fallarse esta primera acción subsidiaria, a consentir en la rescisión o a completarle a la sucesión o herencia de la vendedora el justo precio de este inmueble que es uno de los objetos sobre que versa al escritura y declaraciones en ella formuladas, con deducción de la décima parte de que habla la ley, dentro del término que para ello se le fija al demandado.

"Finalmente, si no se accede a ninguna de las acciones anteriores, eso si considerándose a las declaraciones contenidas en la escritura como un contrato bilateral, **se declare resuelto** en todas sus partes este mismo contrato con indemnización de perjuicios a cargo del demandado, por el incumplimiento de sus obligaciones, y que se le derivan en su condición de comprador" (C. 1º, f. 2).

Notificada la demanda, el doctor Julio Ortega B. se opuso a que se hicieran tales declaraciones.

Tramitada la primera instancia del juicio, el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, lo falló por estas palabras:

"**Primero.**—Declarar lesivo el contrato de compraventa contenido en escritura pública Nº 150 de 18 de febrero de 1945, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, entre la señorita Dolores Ortega B. (vendedora) y el Dr. Julio Ortega B., (comprador), ambos de notas civiles conocidas, en lo referente al inmueble Santa Lucía con las casas en él existentes, ubicado en el Municipio de Pupiales, determinado por los siguientes linderos: Oriente, con la quebrada Cuatis y terrenos de Sara Ortega, zanja al medio; Norte, con los de la misma y Enrique Ortega B., zanja y camino de entrada por medio; Occidente, con las de Enrique Ortega y el mismo comprador, camino de entrada por medio; y Sur, con las del mismo comprador y Benjamín Ortega B. camino y mojones por medio; y por ende rescindida por lesión enorme la venta del mismo inmueble;

"**Segundo.**—Consecuencialmente el demandado doctor Julio Ortega B., queda obligado, o a consentir en la rescisión de la venta antes dicha, o a completarle a la sucesión o herencia de la vendedora señorita Dolores Ortega B., o a quienes sus derechos legalmente representan, el justo precio de este inmueble, o sea la suma de $ 14.011,88, con deducción de la décima parte de que habla la ley;

"**Tercero.**—Igualmente el demandado doctor Julio Ortega B. deberá pagar intereses o frutos, desde la fecha de la demanda, a la misma sucesión, o a quien sus derechos represente;

"**Cuarto.**—Se absuelve al demandado de los demás cargos contra él formulados" (C. 1º, f. 71).

Apelada que fue esta providencia y surtida la segunda de las instancias del juicio, se le puso fin con la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que en su parte resolutiva dice:

"1º—Declárase rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado entre el doctor Julio Ortega B., como comprador, y la señorita Dolores Ortega B., como vendedora, por medio de la escritura pública número 150 de 18 de febrero de 1945, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Ipiales y registrada al fl. 49, partida Nº 336 del Libro de Registro Nº 1 del Tomo 1º, con fecha 22 de febrero de 1945, de la

Oficina de Registro de Instrumentos P. P. y P. P. del Circuito de Ipiales.

"2º—Dentro de los diez días de ejecutoriada esta sentencia el comprador doctor Julio Ortega B., restituirá a la sucesión o a los herederos de la señorita Dolores Ortega B., el inmueble "Santa Lucía" con las respectivas edificaciones trasmitidos por la precitada escritura Nº 150; y la sucesión o los herederos de la vendedora devolverán al doctor Julio Ortega B., la cantidad de tres mil cincuenta pesos con setenta y cinco centavos ($ 3.050,75), que pagó como precio de la venta. En cuanto a expensas del contrato, mejoras, intereses, frutos y deterioros se observará lo dispuesto por los artículos 1.948 y 1.952 del C. C.;

"3º—Queda a salvo a favor del comprador doctor Julio Ortega B., el derecho otorgado por el artículo 1.148 del C. C., del que podrá hacer uso dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, vencidos los cuales sin haber optado por pagar y sin haber pagado efectivamente la diferencia entre el justo precio de la cosa y el precio pagado conforme al contrato con deducción de una décima parte, se entenderá que la rescisión queda consentida por él.

"4º—Al ocurrir este último evento, se cancelará la inscripción de la citada escritura de compraventa en la oficina de registro respectiva, a la que se oficiará en consecuencia, así como también al Notario para la anotación correspondiente al margen de la respectiva matriz.

"5º—El comprador cumplirá el deber impuesto por el artículo 1953 del C. C." (C. 9º, f. 28).

Contra este fallo interpusieron el recurso de casación ambas partes; pero sólo fundó el suyo el recurrente demandado en cuyo estudio emprende la Corte.

La casación

El recurrente acusa la sentencia por tres extremos atañederos a la Causal Primera de las establecidas por el artículo 520 del Código Judicial.

El primero

Lo formula el recurrente así:

"El Tribunal incurrió en error de hecho evidente al fijar en una suma que "equivale" a $ 3.050-75 el precio que el comprador Dr. Julio Ortega B. pagó efectivamente por la compraventa del inmueble "Santa Lucía", y para decretar, en consecuencia, la rescisión del contrato por lesión enorme, por dos motivos fundamentales: Primero. Por apreciar equivocadamente el contrato de compraventa de que da fe la escritura pública Nº 150 de 18 de febrero de 1945, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, y que se encuentra en los folios 69, 70 y 71 del cuaderno Nº 2, "Pruebas de la parte demandante", en cuanto al precio que convinieron las partes por la compraventa del inmueble. Tal error llevó al Tribunal a afirmar que "el precio pagado por el predio "Santa Lucía" equivale a tres mil cincuenta pesos con setenta y cinco centavos", cuando, en realidad, el precio que convinieron las partes fue el de cinco mil pesos ($ 5.000.00). Segundo. Por no considerar el valor probatorio de los documentos que constan a los folios 32, 33, 34 y 36 del cuaderno Nº 3, "Pruebas del demandado, todos los cuales demuestran, en forma categórica, que el precio que pagó el comprador fue la suma exacta de $ 5.000.00. Este error ostensible condujo al Tribunal a afirmar que el "precio pagado por el predio "Santa Lucía" equivale a tres mil cincuenta pesos con setenta y cinco centavos", afirmación esta que está en contradicción manifiesta con la cantidad de $ 5.000.00 que pagó realmente el comprador. Los dos errores anotados hicieron que el Tribunal tomara como extremo de comparación con el justo precio de la cosa en la fecha del contrato la cantidad de $ 3.050-75, en vez de $ 5.000-00, incurriendo en un error manifiesto por valor de $ 1.949-25. Como consecuencia de los dos errores de hecho en referencia, el fallo recurrido quebranta la ley sustantiva, con violación de los artículos 655, 656, 658, 1.602, 1.618, 1.624, 1.626, 1.627, 1.653 a 1.665, 1.759, 1.765, 1.849, 1.857, 1.864, 1.886, 1.928, 1.929, y 1.947 del Código Civil, en concordancia con los artículos 593, 597, 601, 603, 630, 632, 636, 975, y 976 del Código Judicial". (Ff. 10 v. a 11).

Sobre lo cual la Corte observa:

a)—Que el razonamiento de la demanda tendiente a establecer la violación de la larga lista de artículos del Código Civil que cita el recurrente, por haber calculado separadamente el valor del inmueble y de los semovientes, dándole al primero el avalúo de $ 3.050-75, en vez del de $ 5.000-00, que fue la cantidad efectivamente pagada por el total, le condujo a incurrir "en un error manifiesto por valor de $ 1.949-25", lo cual no es cierto, pues la sentencia acusada se asienta en la sólida base de la estimación de la prueba pericial producida en el juicio con los siguientes resultados que se enfrentan así:

Dictamen detallado de los peritos Otálora, Silva y Montenegro.

Otálora		Silva	Montenegro
Terreno	$ 12.011.88	$ 2.467.50	$ 3.600.00
Semovientes	$ 1.990.00	$ 1.585.00	$ 1.672.75
Casa	$ 2.000.00	$ 1.510.00	$ 1.750.00
Suma	$ 16.001.88	$ 5.562.50	$ 7.022.75
	Promedio	$ 9.529.04	

Dictamen indiscriminado de los peritos Coral, Arturo y Chamorro.

Coral	Arturo	Chamorro
$ 7.220.00	$ 14.000.00	$ 7.380.00
	Promedio $ 9.533.33	

Dictamen de los peritos Vela y Almeida, designados por el Juez en uso de la facultad conferida por la parte final del Artículo 721 del Código Judicial, exclusión hecha de semovientes:

Vela	Almeida
Terreno ....$ 12.011.88	$ 12.011.88
Casa .. ....$ 2.000.00	$ 2.000.00
Suma .. .. $ 14.011.88	$ 14.011.88

b)—Que, en vista de estas liquidaciones, el Tribunal sale verdadero en la estimación que, en relación con la suma fijada como precio, hizo del inmueble de Santa Lucía (terreno y edificaciones) en ....$ 3.050.75
que, agregada al avalúo dado a los semovientes en el dictamen Otálora-Silva Montenegro que da un promedio de ....$ 1.749.25
mas el valor de los derechos hereditarios en la sucesión de Aquilino Ortega B. (punto Segundo de la Escritura número 150 citada ..$ 200.00 $ 1.949.25
completa la suma de ....$ 5.000.00, que representa el monto del precio de la venta, cuya rescición no se ha pedido sino en lo atinente al terreno de Santa Lucía con sus habitaciones; punto extraño por ello al recurso de casación que se ventila.

c)—Que el Tribunal, al apreciar todos estos avalúos pesando las bases con las cuales fueron dados, se produce así:

"El avalúo por medio de peritos sufrió varias incidencias hasta el punto de que el Juez hizo uso de la facultad concedida por el final del inciso 2º del artículo 721 del C. J. y ordenó un nuevo avalúo por peritos que él designó. Esos peritos conceptuaron únánimemente que el precio del inmueble era de $ 14.011,88. En esta instancia, y durante el término de prueba, a petición de parte se recaudó otra pericia en la cual intervinieron como peritos los señores Raúl Coral, Tomás Arturo B. y Félix Mª Chamorro. Separadamente rindieron sus informes así: Coral, estimó el valor del predio en el día de la venta en $ 7.220.00; Arturo B., en $ 14.000, y Chamorro en $ 7.380.00. Pero ante la pluralidad de conceptos, debe la Sala analizarlos para aceptar uno de ellos, y al respecto, observa:

"Entre todos los dictámenes de los peritos que intervinieron en el avalúo, llama poderosamente la atención, el del Dr. Antonio Otálora, el cual, por su minuciosidad, su precisión y severidad, consecuente todo ello con la especialidad del perito quien ostenta título académico de Agrónomo, deja en la mente del sentenciador la luz e ilustración requeridas para asignarle el carácter de plena prueba teniendo en cuenta la acogida que a él le dieron los dos peritos nombrados posteriormente por el Juez, para practicar la pericia oficiosa. El concepto del Dr. Otálora, no sólo se nutre de apreciaciones prácticas comunes en las gentes vinculadas al campo, sino que lo respalda la especialización científica del perito. Además media la consideración de que los peritos que en eventualidad posterior se adhirieron a él, fueron designados por el Juez, lo cual hace considerarlos totalmente desvinculados de las partes, respecto de intereses o afectos. También, debe observarse que en la pericia allegada a esta instancia hubo un perito que coincidió sensiblemente con el valor señalado por Otálora. A través, pues, de los peritos José María Vela y Alejandro Almeida, el concepto del Dr. Otálora se actualizó en forma que por esta circunstancia, y por los motivos antes expresados, debe ser tomado en cuenta para fijar el valor del predio" (C. 9º f. 26 v.).

Y luego agregó esto:

"El eje sobre el cual se asienta y gira la figura jurídica de la lesión enorme estriba en la descompensación o desequilibrio entre el precio pagado por una cosa y su valor real, en forma que si el precio recibido no cubre siquiera la mitad del valor real, la lesión se formaliza. En esta institución, el equilibrio y la noción de justicia se estereotipan en normas legales que tutelan el patrimonio particular para acudir a restablecer

el equilibrio roto y a imponer la equivalencia. Los contratos que se atacan por lesión enorme, pueden ser perfectos en su forma externa pero viciados en su esencia porque la prestación del comprador no equivale a la del vendedor, y esa descompensación configura un vicio en la esencia del contrato" (Ibídem, f. 27).

d)—Esta apreciación es correcta sobremodo y a ella se acoge la Corte, siguiendo en la materia su vieja doctrina conforme a la cual, cuando "el dictamen pericial es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba; pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos (Casación de 30 de abril de 1942, Tomo LIII, pág. 391; 22 de octubre de 1942, Tomo LIV bis, pág. 198; 11 de diciembre de 1945, Tomo LIX, pág. 839)".

e)—Por último, en relación con el cargo que se examina, el recurrente le hace también al Tribunal la imputación de que incurrió en mala interpretación del contrato de compraventa, con violación consecuencial del artículo 658 del Código Civil, porque hizo una errónea discriminación del precio pactado ($ 5.000.00), atribuyéndole parte de él a la tierra y parte a los semovientes, siendo así que éstos son inmuebles por destinación por estar al servicio o explotación del predio. Carece de todo fundamento el reparo, porque el contrato no dice eso ni puede presumirse.

Al contrario, si se aceptara el punto de vista del recurrente, la lesión enorme se agravaría, resultaría más notoria, porque el valor del inmueble sobrepasaría así del que le dieron los peritos, y el demandado tendría que devolver no solamente la tierra sino también los semovientes.

El segundo.

Contiene esta queja:

"La sentencia acusada incurre en error de derecho cuando le da el valor de plena prueba al extinguido concepto pericial del señor Antonio Otálora, en orden a fijar el justo precio de la cosa vendida en la fecha del contrato, ya sea que tal concepto se le considere en sí mismo, o ya sea en virtud "de la acogida que a él le dieron los dos peritos nombrados posteriormente por el Juez, para practicar la pericia oficiosa", para decretar, con base en tal dictamen, la rescisión del contrato por lesión enorme, con violación expresa de los artículos 593, 594, 596, 597, 601, 711, 716, 721, 722 y 723 del Código Judicial, en concordancia con los artículos 40, 42, 60 y 95 de la Ley 63 de 1936. El error de derecho en referencia conduce a la infracción de las siguientes normas del Código Civil; artículos 1494, 1498, 1602, 1618, 1624, 1857, 1864, 1886, 1947 y 1948" (f. 13 v.).

Este cargo es igualmente infundado, porque el Tribunal sentenciador, fuera de comentar favorablemente el dictamen de Otálora, acoge los de Vela y Almeida adherentes a éste, dictámenes que se ciñen, por entero a lo que dice el artículo 722 del Código Judicial, cuyo tenor literal es este: "Hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos".

El tercero.

Lo que expone así el recurrente:

"La sentencia acusada incurre en error de hecho evidente, y que aparece de modo manifiesto en los autos, cuando deja de considerar los elementos probatorios que indico en este cargo, todos los cuales se produjeron con el lleno de los requisitos procesales, en las dos instancias del juicio, y que sirven como "elementos del proceso" para determinar el valor comercial del inmueble "Santa Lucía" o su justo precio en la fecha del contrato. El error de hecho en referencia condujo al Tribunal a considerar como justo precio una cantidad distinta que le sirvió de base para decretar la rescisión del contrato por lesión enorme. La falta de estimación, por parte del Tribunal, de los elementos de juicio que comprende este cargo, vulnera las siguientes disposiciones del Código Judicial: artículos 593, 594, 597, 601, 716, 721, 722, 723, 724, 730 y 758, en concordancia con los artículos 37, 40 y 95 de la Ley 63 de 1936. Con ocasión del error de hecho en referencia la sentencia acusada llega a la infracción de las siguientes normas del Código Civil: artículos 1494, 1602, 1618, 1757, 1758, 1759, 1765, 1857, 1864, 1886 y 1947. Los elementos de juicio que dejó de considerar el Tribunal, en orden a fijar el justo precio de la cosa, son los siguientes: a) El dictamen pericial de los señores Raúl Coral y Félix María Chamorro, que se produjo dentro de la diligencia de inspección ocular que decretó el Tribunal, como prueba, en la segunda instancia; b) La certificación de la Tesorería Mu-

nicipal de Pupiales, en donde consta el avalúo catastral del inmueble que es materia del pleito; c) La certificación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ipiales, en donde consta cuál fue el precio en que vendió el inmueble Dolores Ortega B. a Julio Ortega B., y cuál fue el precio que élla pagó, por el mismo terreno, a su vendedor Parménides Villarreal C." (C. Corte ff. 18 a 18 v.).

Sobre lo que basta observar, para no hacer uso de palabras ociosas, que severamente condena el Evangelio (San Mateo XII, 36):

Que, como ya se dijo y repitió, la soberanía que tiene el Tribunal para apreciar las pruebas, máxime la pericial, no se halla limitada sino cuando en tal apreciación incurre en manifiesto u ostensible error de hecho o de derecho.

Que el avalúo catastral dado a un bien para efectos fiscales, no constituye sino un indicio lejano acerca del valor de un inmueble, sobre el cual prevalece naturalmente el comercial que se obtiene por medio de peritos;y

Que certificados del Registrador de Instrumentos Públicos sobre los precios que hayan tenido tales o cuales inmuebles, constituyen asimismo pruebas de indicios cuya debilidad cede ante la prueba pericial levantada en concreto y apreciada, se vuelve a repetir, por inspecciones oculares con intervención de peritos.

Visto lo cual, 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 objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CUANDO LA COSA ES POSEIDA EN COMUN POR VARIAS PERSONAS, DEBEN DEMANDARSE TODAS EN EL LIBELO CON QUE SE INTENTE LA REIVINDICACION DE ELLA

1—Cuando el sentenciador viola normas relativas al mérito de determinados medios de prueba, puede fundarse en tal transgresión un cargo de violación INDIRECTA de la ley sustantiva, siempre que se demuestre la incidencia del error de derecho en determinados preceptos de derecho sustancial. Pero jamás podrá sostenerse válidamente que un pretendido error evidente de hecho es medio de violar normas atañederas al mérito que la ley asigna a las pruebas que ella misma consagra para demostrar el derecho.

2—No puede prosperar la acción reivindicatoria si la cosa reivindicada es poseída a un mismo tiempo por varias personas y sólo es demandada una o lo son varias de ellas, pero no todas; porque entonces faltaría el presupuesto procesal de demanda en debida forma, por cuanto se habría dejado de citar a todos los que debían comparecer como demandados.

3—Cuando en la demanda se deja de citar a alguno de los que deban comparecer como demandados, no falta el presupuesto de la legitimación en causa, sino que el presupuesto ausente en el juicio es el de demanda en debida forma; porque entonces no es que la demanda haya sido dirigida contra personas contra las cuales no puede ejercitarse la acción, caso éste en que sí habría falta de legitimación en causa, que es bien distinta del litis-consorcio necesario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Márquez Páez)

La Compañía de Crédito Comercial S. A., domiciliada en esta ciudad y regularmente constituída, demandó ante el Juez de Circuito de Guaduas al señor Eduardo Noguera S., en libelo que luego corrigió la actora, para que mediante el trámite del juicio ordinario, se declarara ser dueña exclusiva del terreno denominado "Pescaderías y Bodegas de Bogotá" ubicado en Guaduas, por los linderos que expresa la súplica primera, con exclusión de ciertos lotes, que a la época de la demanda ya habían sido enajenados. En la segunda y siguientes, impetra la reivindicación de un globo de tierra, cuyos linderos señala, comprendido dentro del otro, y pide la restitución de frutos naturales y civiles del predio, considerando al demandado como poseedor de mala fe.

El demandado Noguera se opuso a la acción; dijo no tener conocimiento de varios hechos sustentatorios de la demanda; negó el 5º, según el cual la sociedad demandante y sus antecesores habían tenido arrendatarios en el fundo y propuso, por último, entre otras excepciones, las siguientes:

"c) La posesión del demandado en los terrenos alinderados en la demanda es común con otros condueños, y hay además en esos terrenos otros condueños".

"e) El demandado, como los condueños y sus antecesores en la posesión, se han establecido en los terrenos a que se refiere la demanda, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, por lo cual ha operado en su favor la prescripción adquisitiva especial contemplada en la ley 200 de 1936. La posesión ejercida por el demandado, los condueños y antecesores, ha sido pacífica, continua y pública".

El juez del conocimiento le puso fin a la instancia, mediante sentencia fechada el quince de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, por medio de la cual absolvió a Noguera de los cargos contra él formulados; declaró probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva de que trata el artículo 12 de aquella ley "y como consecuencia de esta declaración, se reconoce que el señor Eduardo Noguera, como comunero poseedor en la proporción a que haya lugar, es dueño de los predios de 'La Lucha' y 'Naranjal' ubicados en comprensión del Municipio de Guaduas",

por los correspondientes linderos. También estatuyó el fallador que "la declaración de pertenencia que aquí se hace se entiende sin perjuicio de los demás comuneros poseedores con mejoras y ubicadas dentro del predio cuya alinderación se dejó anotada. Sus derechos quedan a salvo para efectos de lo preceptuado en la ley 51 de 1943". En otros ordenamientos del fallo, que lo completan, se declaran no probadas las demás excepciones propuestas, se imponen las costas a la demandante y se ordena lo de la ley en relación a la cancelación del registro de la demanda y a la inscripción de la sentencia.

Instado el Tribunal Superior de Bogotá por apelación de ambas partes, desató el recurso en sentencia de dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y dos, en la que, a vuelta de revocar la de primera instancia, declaró que "por falta de uno de los presupuestos procesales necesarios para el ejercicio de la acción incoada, no es procedente el estudio de fondo de la acción de dominio instaurada por la Compañía Colombiana de Crédito Comercial S. A., contra el señor Eduardo Noguera S.". "En consecuencia, agregó el sentenciador, no se hace ninguna de las declaraciones solicitadas en el libelo". Y condenó al "actor" en las costas del juicio en ambas instancias.

Motivos del Tribunal

A juicio del fallador, la falta de presupuesto procesal que produjo el rehusamiento suyo a fallar en el fondo, es la de **legitimación en causa** en el demandado, y explica su concepto diciendo: que la presente acción fue dirigida contra Eduardo Noguera, como exclusivo poseedor del lote en litigio, no obstante aparecer procesalmente, "con absoluta certidumbre", que la posesión la ejerce allí en común con su hermano Ernesto, como aparece de títulos escriturarios aportados al debate, que dan a los dos Nogueras el condominio de la finca, y como lo acreditan, además, "los testimonios rendidos por declarantes de una y otra parte, tanto en la primera como en la segunda instancia", amén de otras probanzas de alguna significación que el fallo reseña.

Y remontándose de ese hecho, que así ve probado, hasta la ley y la doctrina, dice el Tribunal:

"Es de la esencia de la acción reivindicatoria, que ella sea dirigida contra el actual poseedor (art. 952 del c. c.). En el presente caso, el actual poseedor del terreno litigioso no lo es exclusivamente el demandado, sino la comunidad de hecho formada por él y su hermano Ernesto.

"Ahora, este estado de posesión proindiviso ha sido ampliamente reconocido por la doctrina de los expositores, con el concepto de que la posesión al igual que el dominio, tiene el carácter de exclusiva, es decir, que no admite dos poseedores absolutos sobre una misma cosa. Pero ello no es inconveniente para que, así como existe la copropiedad, exista la coposesión, la posesión proindiviso. Por eso afirman los expositores chilenos Alessandri y Somarriva, que 'en la posesión, al igual también que en el caso de dominio, el coposeedor ve limitado su derecho de poseedor, por la posesión de los demás comuneros' (Derecho Civil, Tomo II, pág. 216. Edición de 1940)".

El recurso extraordinario

Recurrió en casación contra la extractada sentencia el representante judicial del señor Noguera, quien la acusa invocando el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial, por los extremos que pasan a considerarse, no sin expresar él previamente que halla injustificable la abstención del Tribunal de entrar al fondo del litigio, cuando la ley (artículo 481 del mismo Código) le estaba imponiendo el deber de no dejar para otro juicio la resolución de cuestiones que fueron planteadas en el pleito.

Como preámbulo de la acusación, sienta el recurrente estas premisas, en términos generales, deteniéndose posteriormente en su examen particular:

"La tesis expuesta por el Tribunal contiene serios y graves errores: uno de hecho, en la apreciación de las pruebas, puesto que en autos está plenamente demostrado que el poseedor **material** de la finca, lo es el demandado Eduardo Noguera S., esto sin perjuicio de que él haya reconocido a favor de don Ernesto Noguera Corredor una participación en los beneficios de la explotación económica del inmueble litigioso: y **un grave error de derecho** (sic) al considerar que el coposeedor no representa en juicio reivindicatorio a los demás coposeedores".

1º) En el primer motivo, concreta el demandante la primera parte del cargo de la siguiente manera:

A) **Errores de hecho**, con los cuales se violaron los artículos 1.769 del Código Civil, 604, 606 y 607 del Código Judicial (referentes todos al mérito probatorio de la confesión) y 730 de este úl-

timo Código; en la apreciación de la demanda y su respuesta, en la del memorial petitorio de pruebas y en la de la inspección ocular practicada por el juez. Al efecto, dice:

a) En el hecho 5º de la demanda se afirma que cuando el predio "Pescaderías y Bodegas de Bogotá", fue propiedad de The Colombia Railways Company Limited, varios arrendatarios suyos le vendieron a Eduardo Noguera S., las mejoras que ellos plantaron allí, y éste "desconociendo el vínculo contractual existente entre sus tradentes y la citada Empresa, entró en la tenencia de él con ánimo de señor y dueño", en el cual aún persiste, de mala fe.

Y a tal hecho respondió con una negativa el demandado, afirmando que en la escritura otorgada por aquella Empresa en 1947 a Nary Fairfoot, dijo la vendedora que los terrenos en referencia se hallaban ocupados por "colonos", no por arrendatarios, quienes habían establecido mejoras. Y agregó: "Además, en el globo allí alinderado no soy el único poseedor, pues allí hay otros condueños y colonos".

A juicio del recurrente, no vio el sentenciador en estos documentos, la prueba de confesión que hizo el demandado de ser poseedor del lote reivindicado.

b) En el memorial petitorio de pruebas, se pidió inspección ocular para acreditar dicha posesión. Y en la correspondiente acta de la diligencia se dejó esta atestación: "Es evidente que el señor Eduardo Noguera S., se halla en posesión material del lote de terreno materia de la litis y que en la actualidad lo explota con cultivo de pastos, mantenimiento de ganado y edificaciones".

Sin embargo, comenta el demandante, el Tribunal no tuvo en cuenta esta observación consignada en documento auténtico. "Nada importa, concluye, que el ánimus de esa posesión lo tenga dividido mi poderdante con otra persona, y que por ese aspecto exista una especie de coposesión".

A lo que la Corte observa:

Bastaría para desechar esta acusación recordar que ninguna de las disposiciones que se consideran indirectamente violadas es de carácter sustantivo, comoquiera que ellas son estatutos relativos al mérito probatorio de la confesión y de la diligencia de reconocimiento de visu. Cuando el sentenciador viola normas de esa especie, puede fundarse en tal transgresión un cargo de violación indirecta de la ley sustantiva,, siempre que se demuestre la incidencia del error de derecho en determinados preceptos de derecho sustancial. Pero jamás podrá sostenerse válidamente que un pretendido error evidente de hecho es medio de violar normas atañederas al mérito que la ley asigna a las pruebas que ella misma consagra para demostrar el derecho.

No obstante, vistas las razones expuestas por el Tribunal para considerar a Eduardo Noguera S., como coposeedor —no como poseedor exclusivo— del inmueble reivindicado, halla la Corte sin ningún fundamento el cargo de error evidente de hecho, pues para llegar a aquella convicción, el sentenciador tuvo en cuenta numerosas pruebas, a que alude en términos generales, y en cuyo análisis no se ocupó el recurrente. Tal sucede con las escrituras públicas de condominio aportadas por dicho demandado a la inspección ocular y con las varias declaraciones de coposesión de éste y de Ernesto Noguera, rendidas en la aludida diligencia.

B) En el mismo motivo primero de la acusación se formula también el cargo de violación directa de la ley sustantiva, por errónea interpreción, así:

a) Del artículo 762 del Código Civil "porque desconoció (el Tribunal) los efectos de la posesión material en el coposeedor";

b) Del artículo 952 ibidem, "pues equivocadamente estimó que el sujeto pasivo de la acción de dominio no es el poseedor material que reconoce una coposesión intencional con otro u otros";

c) De los artículos 1.581 y 1.583, inciso 2º del mismo Código, "en cuanto desconoce el efecto de las obligaciones indivisibles", y

d) Del artículo 12 de la ley 200 de 1936 "comoquiera que el fallo desconoce la prescripción adquisitiva del dominio en cabeza del demandado y de su coposeedor".

La argumentación en que se apoya el cargo, encuéntrase en este pasaje de la demanda: "En la coposesión puede suceder que la cosa se halle físicamente en poder de uno de los comuneros, quien ejerce el poder no sobre una cuota sino sobre toda ella. El corpus está así fijado en uno de los comuneros, aunque el animus diga relación a todos ellos. Para el reivindicador, en este caso, quien tiene la posesión material de la cosa —como la tiene el coposeedor—, es y debe ser sin duda el sujeto pasivo de la acción. Al dueño le basta demandar a quien posea la cosa con ánimo de señor, siéndole indiferente que éste en su interior posea la cosa no sólo para él sino para otras personas. Este elemento intencional escapa a la objetividad de la acción y si se aceptara, ha-

ría imposible la eficacia de toda acción reivindicatoria pues bastaría que el demandado afirmara poseer en comunidad con otra o mil personas más, para hacer nugatorio el juicio... Resulta de aquí que el artículo 952 del C. C., debe interpretarse en el sentido de que 'por actual poseedor' se entiende no sólo el poseedor absoluto sino el 'coposeedor".

A lo que se observa:

1º—La doctrina expuesta por el Tribunal acerca de la coposesión es la estrictamente jurídica porque resulta de la armonía que debe establecerse entre el artículo 762 del Código Civil, que define la posesión, y el artículo 2323, sobre el derecho de cada comunero en la cosa común. Si para que haya posesión, de acuerdo con el primer precepto, se requiere "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño", no puede decirse que el comunero tenga ese ánimo, que es exclúsivo, a menos que haya adquirido la cosa por prescripción (Ley 51 de 1943), porque a la par con él concurren los demás comuneros con igual ánimo coincidente sobre toda la cosa y sobre cada una de sus partes. La tenencia que ostente el copropietario, o simplemente el coposeedor, no es, pues, la del señor o dueño único, quien sí la ejerce omnímodamente en su propio provecho porque el derecho de dominio individual es absoluto y tiene su modo natural de expresarse en la posesión. Al paso que la tenencia de cada comunero en la cosa indivisa apenas exterioriza el uso de ella por virtud del derecho de cuota que tiene vinculado a toda la cosa, mientras no se divida. Y ese derecho no es otro que el limitado de que, en términos generales, trata el artículo 2.323 del Código Civil.

La comunidad, ha dicho la Corte, "a diferencia de lo que acontece con la sociedad, no constituye una persona jurídica distinta de los socios, personalmente considerados, ni es dueña tampoco de un patrimonio propio. La cuota que corresponde a los comuneros en la cosa común pertenece al patrimonio particular de cada uno de ellos. Los comuneros no son distintos dueños de una cosa, y como copropietarios no se representan unos a otros, ni tienen tampoco particularmente la representación de la comunidad, de modo que pudiera ser demandada eficazmente en la persona de cualquiera de los partícipes. Desde el punto de vista de la propiedad indivisa existente en el cuasi-contrato de comunidad carece de todo sentido el concepto de administración recíproca de los comuneros. La especie de solidaridad establecida por el artículo 2.525 del Código Civil no implica representación recíproca de los comuneros, ni representación de la comunidad desde el punto de vista de la personería pasiva, en forma que pudiera entenderse que notificada una demanda a un comunero quedarán los demás por ese hecho vinculados a los términos y resultados de la litis" (Cas. de 26 de julio de 1939, G. J., tomo XLVIII, pág. 428).

Las anotadas diferencias entre la posesión y la coposesión se hacen más ostensibles en presencia del artículo 779 del Código Civil, que a ambos fenómenos se refiere, al establecer que "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro indiviso, se entenderá haber poseído **exclusivamente** la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.... Pero si lo enajenado o gravado (por el comunero) se extendiere a más (de lo que le haya correspondido en la división), no subsistirá la enajenación o gravamen, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios". Esta ficción legal demuestra plenamente que la **exclusividad** es nota distintiva de la posesión singular, y que por carecer de ese atributo la coposesión, bien pueden darse los efectos indicados en la parte final del dicho artículo, cuando allí se prevén enajenaciones o gravámenes en parcelas que no fueren adjudicadas al comunero que los haya constituído.

2º—Son de todo punto extrañas a la acción reivindicatoria, para los efectos de la restitución, las normas relativas a las obligaciones indivisibles, como los artículos 1.581 y 1.583, inciso 2º del Código Civil, referentes a cuerpos ciertos, que el recurrente considera han debido aplicarse al presente caso. Ya nadie discute hoy que la noción de derecho real, como lo es el dominio, no cabe en el concepto de "obligación", tal cual lo entiende el Código citado. La obligación es un vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, por virtud del cual una de ellas —el deudor— se encuentra en la necesidad de realizar en provecho de la otra —el acreedor—, una prestación. Con la **obligación**, por ende, se crean derechos personales o créditos, que son **relativos** a las personas ligadas jurídicamente. El **derecho real**, en su sentido clásico, es, en cambio, un **derecho absoluto** que se tiene **erga omnes** y que consiste en la prerrogativa de usar, disfrutar y disponer de una cosa con libertad apenas restringida excepcionalmente en casos particulares que la ley determina. En tanto el **derecho real** es **perpetuo**, el personal constituye una relación **temporal** destinada

a extinguirse por acontecimientos previstos, como el pago.

Lo atinente a las cosas que pueden reivindicarse y contra quien procede la acción, está especialmente reglamentado en los Capítulos 1º y 3º del Título 12, Libro II del Código Civil. Por ello no es procedente acudir a estatutos reguladores de situaciones jurídicas diversas para determinar tales aspectos de la reivindicación, así contemplen situaciones de hecho semejantes.

3º—Es evidente, como lo observa el demandante, que no siempre es fácil discriminar si actos externos, realizados sobre la cosa, son de aquellos a que da derecho el dominio, o, simplemente, se ejercitan con ánimo de mero tenedor. Pero de ahí no se desprende que todo aquél que los ejecute está sujeto a la reivindicación, porque le sea difícil desentrañar al actor el ánimo con que esté actuando el tenedor. La ley ha previsto ese problema, que surge de la equivocidad de los actos de tenencia, y de ahí que tanto en el artículo 954 del Código Civil, como en los artículos 214 y 215 del Código Judicial, establezca serias sanciones contra quien de mala fe se da por poseedor sin serlo, o, contra el que al contestar la demanda, no niega la posesión que le atribuye el demandante, cuando en realidad no la tiene.

En este juicio, el demandado negó ser poseedor exclusivo, propuso una "excepción" fundamentada en ese hecho y, dentro del término del plenario aportó pruebas de diversa especie tendientes a acreditar su dicho, las que fueron tenidas como conducentes y eficaces por el Tribunal. Esta apreciación probatoria del sentenciador no ha sido materia del recurso que hoy se decide, como atrás se dijo. Por otra parte, el demandante a pesar de haber corregido la demanda, no tuvo en cuenta la anterior manifestación del señor Noguera, para que la corrección de su libelo estuviera concebida de tal manera que la citación del demandado pudiera realizarse mediante litis-consorcio necesario del sujeto pasivo, comprendiendo a todos los comuneros en calidad de poseedores, designándolos por su nombre o emplazándolos.

4º—No hay violación del artículo 12 de la ley 200 de 1936 por parte del Tribunal, porque para que pudiera dictar la sentencia de fondo sobre prescripción adquisitiva, que el precepto autoriza, era indispensable que la relación procesal se hubiera trabado en forma que hiciera viable el pronunciamiento judicial sobre actuación de la ley sustantiva. Pero esto no ocurrió, como queda demostrado.

Consecuencialmente, se rechaza el primer cargo en todas las faces examinadas.

En un segundo motivo, el acusador señala los artículos 952 y 1.757 del Código Civil como violados en la sentencia de Bogotá. Y esto porque no habiéndose identificado, a su juicio, por el demandante, uno de los linderos de la finca reivindicada —el que debe mediar entre ella y el predio "La Garcera"— lo procedente era absolver al demandado, mas no reservar esta cuestión de fondo para otro juicio.

A lo que se observa:

1º—El artículo 1.757 del Código Civil no es de las disposiciones sustantivas a que se refiere el artículo 520 del Código Judicial (Cas. de 17 de diciembre de 1947, G. J. tomo LXIII, pág. 631).

2º—Siendo la identificación de la finca elemento constitutivo de la acción de dominio, no podía el sentenciador estimar este aspecto, que es de fondo, por la misma razón anotada en el considerando 4º del presente fallo, expuesto a propósito del primer motivo del recurso.

Por último, la Corte, a diferencia del Tribunal, estima que el presupuesto procesal ausente en este juicio es el de demanda en debida forma, el cual es reconocido por tratadistas como Chiovenda ("Principios de Derecho Procesal Civil", tomo 1º pág. 126), y no el de legitimación en causa del demandado. Por que la realidad es que dejó de citarse a todos los que debían comparecer como demandados, y no que éstos sean personas contra quienes no pueda ejercitarse la acción reivindicatoria, deducida convenientemente. Una cosa es la legitimación en causa, otra muy distinta el litis-consorcio necesario.

Con todo, el reparo que acaba de hacerse, sobre mera denominación de un presupuesto procesal, no desvirtúa el mérito jurídico de la sentencia acusada, ni salva la acusación.

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 con fecha dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y dos, en el juicio ordinario intentado por la Compañía Colombiana de Crédito Comercial S. A., contra Eduardo Noguera S.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE LIMITEN LA LIBERTAD DE LOS CONTRATANTES PARA ESTIPULAR LOS TERMINOS DE UN CONTRATO, SON EXCEPCIONALES Y NO ADMITEN INTERPRETACION NI APLICACION EXTENSIVAS

1—Constante es la jurisprudencia de la Corte de que cuando la sentencia recurrida es totalmente absolutoria, es improcedente la causal segunda de casación, porque la inconsonancia de que habla el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no se refiere, ni puede referirse, al hecho de que las súplicas del actor sean resueltas en forma desfavorable a sus pretensiones, y porque cuando el fallo es totalmente absolutorio, la absolución abarca o comprende todo lo que ha sido materia del pleito.

2—Cuando la infracción de la ley sustantiva proviene de error de hecho en la apreciación de las pruebas, ella no es directa, sino indirecta, a través del supuesto error de hecho.

3—La discrepancia de criterio entre el Tribunal y el recurrente en casación, en la apreciación del contenido de unas declaraciones de testigos, nunca implica error manifiesto de hecho.

4—Dentro de la concepción legal del testimonio, el testigo no es tal sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio, están excluídas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso, sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal.

5—En tratándose de estipulaciones contractuales, para limitar la libertd de contratación, se dequieren disposiciones legales de excepción, que precisamente por ser excepcionales, no admiten interpretación ni aplicación extensivas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

En documento de 15 de diciembre de 1945, suscrito en Cúcuta, se hizo constar un contrato en virtud del cual Mario Cogollo dió en arrendamiento a Francisco Camargo y Josefina Osorio de Camargo unos predios rurales denominados La Palestina, Insula y Quinta, integrantes de un solo globo, "cultivados de caña de azúcar", con casas de habitación, edificios de techo metálico y bagaceras del mismo techo en Palestina e Insula, trapiches, pailas de cobre, instalaciones hidráulicas, bombas, herramientas, etc.; predios situados en el Municipio de San José de Cúcuta y determinados por linderos que reza el documento.

El término del contrato se fijó en cuatro años.

Como características particulares, de importancia en este debate, vale señalar las siguientes:

El precio del arrendamiento no se estipuló en dinero, sino en el cincuenta por ciento (50%) de la producción semanal de panela.

El otro cincuenta por ciento (50%) correspondería a los arrendatarios por "gastos, trabajo y utilidades".

Para la liquidación correspondiente, los arrendatarios debían llevar al depósito indicado por el arrendador en Cúcuta, toda la panela producida semanalmente, para venderla allí y repartirse el valor.

El arrendador tendría el derecho de revisar directamente o por interpuesta persona, "tanto los cultivos como las maquinarias, enseres y en general todo lo que pertenezca al predio en cuestión, y si en cualquier tiempo el arrendatario, a juicio único del arrendador" dejare de cumplir cualquiera de sus obligaciones, el arrendador Cogollo podría declarar "resuelto y terminado" el contrato, sin necesidad de recurrir a ninguna autoridad, y "tomar la tenencia y administración directa de las fincas" sin lugar a oposición por parte del arrendatario, quien renunció a todo reclamo sobre el particular.

El arrendatario se obligó a "no establecer nin-

guna clase de mejoras sin autorización del arrendador" y si las estableciera sin previo arreglo, quedarían de propiedad del segundo, sin obligación de pagarlas.

Después de varias cláusulas sobre múltiples obligaciones de los arrendatarios encaminadas a la protección de las fincas, defensa de la posesión a favor de Cogollo, mantenimiento de las mejoras existentes &., se incluyen las siguientes estipulaciones:

"Sexto. Es condición expresa de este contrato que el arrendatario sufragará a toda costa y por su cuenta el valor de todos los trabajos de la elaboración de panela, del sostenimiento de riegos, resiembros de caña de azúcar etc., cuido de bestias (alimentación) y demás animales, alimentación del personal de trabajadores etc., pues es entendido que el (50%) cincuenta por ciento que corresponde a Cogollo estará libre de todo gasto, y éste dará de su participación líquida el veinte por ciento al arrendatario para ayuda de las obligaciones que por este contrato contrae.

Séptimo.—Como se expresa en el número cuarto de este contrato el arrendador Cogollo podrá tomar la tenencia de las fincas cuando así lo estime conveniente por considerar que ha habido incumplimiento del contrato por parte del arrendatario; pero si prefiere ocurrir a las autoridades y en caso de acción judicial, el arrendatario renuncia a todo requerimiento o término judicial para la entrega o restitución de los inmuebles, siendo de su cargo los gastos judiciales o extrajudiciales a que hubiere lugar.

Octavo.—Solamente serán de cargo de Cogollo las reparaciones de casas, enramadas, cañerías, puentes, tanques de agua, alambre pra la reparación de las cercas. Pero ninguno de estos gastos podrá realizarse ni los trabajos ejecutarse sin autorización escrita de Cogollo.

Noveno.—Para el caso de venta del inmueble o para el evento de que sobre él se efectuare algún contrato que obligare al retiro del arrendatario, éste sólo tendrá derecho para usufructuar, en la forma dicha atrás, los frutos en sazón, de suerte que al terminar éstos, el arrendatario deberá restituír el inmueble aunque el plazo del contrato no haya vencido. En caso tal el arrendatario tampoco tendrá derecho a indemnización alguna".

Con base en este contrato ,que debía terminar por vencimiento del plazo de cuatro años el 15 de diciembre de 1949, y en las afirmaciones de haber hecho el arrendatario Camargo cuantiosas inversiones en los predios arrendados, haber dejado de cumplir sus obligaciones el arrendador y especialmente, en el hecho de que "el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, aprovechando la ausencia de Francisco Camargo de las fincas, se apoderó de éstas (Cogollo)", el prenombrado arrendatario Camargo propuso demanda el 20 de marzo de 1952, enderezada a obtener lo siguiente:

"1º—Se decrete la resolución del contrato de aparcería, celebrado entre los señores Mario Cogollo y Francisco Camargo, de fecha 19 de diciembre de 1945.

"2º—Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al señor Mario Cogollo a pagar a mi mandante la suma de trescientos sesenta mil pesos por concepto de las mejoras incorporadas a los predios "La Palestina", "La Insula", y la "Quinta López", o lo que resulte mediante la tasación de peritos.

"3º—Condenar igualmente al señor Mario Cogollo a pagar a mi poderdante los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

"4º—Condenar igualmente a Mario Cogollo a las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho, y demás prestaciones a que hubiere lugar según las leyes".

Admitida la demanda, Cogollo, por medio de apoderado, la contestó para oponerse a ella, y en cuanto a los hechos contestó afirmativamente los que constan en el documento de contrato, negó el de las inversiones, invocó las cláusulas sobre prohibición de plantar mejoras sin su autorización, afirmó que las fincas tenían cultivos, maquinarias y elementos para la producción cuando las entregó a los arrendatarios, afirmó haber cumplido todas sus obligaciones como arrendador al paso que los arrendatarios habían abandonado las fincas, viéndose aquél obligado a tomar la tenencia y administración de ellas, pues los arrendatarios se habían ausentado.

Sustanciada la primera instancia del juicio en el juzgado Segundo Civil del Circuito de Cúcuta, finalizó con fallo totalmente absolutorio, dictado el 10 de abril de 1953, providencia que el Tribunal Superior de Pamplona confirmó el 28 de julio siguiente.

El demandante vencido interpuso en la debida oportunidad recurso de casación contra la sentencia de segundo grado.

Siendo el caso de que la Corte pronuncie su

decisión, a ello procede mediante las consideraciones que se verán en seguida:

ACUSACIONES

Incongruencia del fallo

Aunque el cargo que se va a considerar en seguida figura como último en la demanda de casación, por razón de lógica procesal la Corte lo estudia en primer término.

Es el muy socorrido y frecuentemente mal traído, de la causal 2ª del artículo 520 del C. J., por incongruencia del fallo, porque el Tribunal no accedió a las pretensiones del demandante, sobre resolución del contrato, pago de mejoras y perjuicios.

La sentencia recurrida es totalmente absolutoria. Consideró todas las peticiones de la demanda y las encontró carentes de apoyo en los hechos y en derecho.

No existe en tal virtud la supuesta incongruencia.

En muchos fallos la Corte ha sentado la doctrina consignada en el de 24 de agosto de 1950 (Gaceta Judicial Nº 2085), y reproducida en varios posteriores, que dice:

"Hasta la saciedad ha dicho la Corte que el segundo motivo de casación del art. 520 del C. J., no se refiere, ni puede referirse, al hecho de que las súplicas del actor sean resueltas en forma desfavorable a sus pretensiones. Para que prospere dicha causal es indispensable que la sentencia decida cuestiones no controvertidas u omita decidir acerca de las que han sido materia de la litis; condene a más de lo pedido; o deje de fallar alguna excepción perentoria, siendo el caso de hacerlo. Sólo en tales casos podrá resultar incongruencia entre el fallo y lo deducido oportunamente por las partes.

"Y cuando la sentencia es absolutoria, de hecho queda descartada la posibilidad de la causal segunda de casación, desde luego que la absolución abarca o comprende todo lo que ha sido materia del pleito".

Motivos de hecho

El recurrente formula el cargo así:

"Motivo único de hecho.

"**Causal que se invoca: Primera Causal de Casación:** Ser la sentencia violatoria de la Ley Sustantiva, por infracción **directa,** proveniente de apreciación errónea y falta de apreciación probatorias, habiendo incurrido el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en error de hecho que aparece manifiesto en los autos. Se han violado los artículos:

"1546, 1613, 1982, 1987 y 1995 del Código Civil; los artículos 22 y 23 de la Ley 200 de 1936, sobre Régimen de Tierras; el art. 3º, ordinal f) de la Ley 100 de 1944; y el art. 6, ord. d) del Decreto 2365 de 1944".

Vale observar ante todo que el solo planteamiento del cargo, es defectuoso, injurídico y consiguientemente ineficaz, porque la infracción de la ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de las pruebas, no es "directa" como la califica el recurrente, sino **indirecta:** al través del supuesto error de hecho.

Por otros aspectos, como se verá en seguida, no aparece el pretendido error manifiesto, ni aun admitiendo en simple hipótesis su existencia, la imputación de haberse traducido en quebrantamiento de las disposiciones sustantivas citadas, es inadmisible así, en globo o en bloque, sin expresar en qué concepto o sentido, ni en qué consiste la violación de cada artículo. El único que se considera en concreto, en forma pasable, es el 1982, ordinal 3°, porque, según el recurrente no fue acatado por el Tribunal, existiendo la prueba de que el arrendador dejó de cumplir la obligación que le imponía ese precepto, al despojar violentamente al arrendatario de la tenencia y goce de la cosa antes de vencerse el contrato.

A lo cual se observa:

La prueba del referido despojo consiste en las declaraciones de los testigos Marcelo Sánchez, Pedro Calderón, Miguel Angel de Pablos, Miguel Barrientos, Pablo Monsalve, Juan de J. Zafra, Luis Severiano Porras y José Agustín Becerra, quienes dicen que les consta, por propias percepciones que Francisco Camargo fue despojado de las fincas "La Palestina", "Quinta López" y "Trapichito" o "La Insula", por medio de la violencia ejercida por Mario Cogollo y sus secuaces, dejando allí Camargo todas sus mejoras.

Palabra de más o de menos, las declaraciones en referencia son de ese tenor.

Ahora bien, el Tribunal no dejó de apreciar dichos testimonios, lo mismo que los aducidos por el demandado para acreditar el abandono y des-

mejora en que los arrendatarios habían dejado las fincas.

Lo ocurrido es que el Tribunal halló deficiente la prueba testimonial presentada por el actor. Este considera que todo se reduce a discrepancia de criterio en la apreciación, y eso no implica nunca error manifiesto de hecho, aún suponiendo que el parecer del Tribunal admitiera discusión en principio. Son numerosos los fallos de la Corte, inclusive más de cuatro muy recientes, en que se sostiene esa doctrina.

Pero hay más: en el presente caso lo notorio es el acierto del Tribunal, porque los testigos no dicen cómo, ni cuándo se produjo la percepción propia, ni los hechos concretos percibidos. Hablan de despojo, de propiedad de mejoras, pero no dicen en qué consistió el despojo, cómo se efectuó realmente, cuáles son las mejoras y por qué eran de Camargo &; es decir, emiten conceptos pero no relatan hechos.

Sobre el particular es concluyente la doctrina sentada por la Corte en fallo de 18 de marzo de 1949 (Tomo LXVI de la Gaceta Judicial):

"Hasta la saciedad tienen advertido la doctrina probatoria y la jurisprudencia que el testigo no es tal, dentro de la concepción legal de esa índole de prueba, sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio, están excluídas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal: es al juez a quien corresponde la determinación de si un acontecimiento probado indica la existencia de otro, y es claro que esa facultad soberana no puede verse interferida por la prueba de una presunción anterior nacida en el entendimiento del testigo y como tal presente en el material de decisión".

En lo tocante al caso actual, por lo visto lo que los testigos llaman despojo es el hecho, que no niega el demandado Cogollo, de haber tomado éste, en ausencia de Camargo (como dice la propia demanda), sin la supuesta violencia contra la persona de Camargo, puesto que no se hallaba presente, la tenencia y administración de las fincas, abandonadas por el segundo, por considerar a su juicio según estipulación contractual, que el aparcero Camargo había dejado de cumplir sus obligaciones.

Al examinar los cargos subsiguientes, se verá que la aludida estipulación era válida.

Así pues, la acusación que se acaba de examinar carece de mérito, por estar mal planteada, mal fundada y no aparecer los errores de hecho alegados y mucho menos ser manifiestos o evidentes.

Motivos de derecho

Dice el recurrente:

"**Primer motivo de derecho.**—Causal que se invoca: La primera del artículo 520 del C. J.

"La sentencia demandada es violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea, proveniente de falsa apreciación de la prueba, habiendo incurrido el H. Tribunal en error de derecho, manifiesto en los autos. Se violaron las siguientes disposiciones:

"Artículos 15, 16, 1519, 1523 del Código Civil.

"Artículo 1109 del Código Judicial (de naturaleza sustantiva) artículo 3 de la Ley 100 de 1944 y artículo 6 del Decreto 2365 de 1944. Artículos 1546 y 1613 del Código Civil; y 23 de la Ley 200 de 1936".

Continúa su alegato el recurrente con la invocación del artículo 1546 del Código Civil, que establece la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, precepto en que se apoya la demanda inicial dél juicio, sin desconocer que pueden establecerse en el contrato condiciones resolutorias expresas; y en seguida transcribe las diversas cláusulas que en el contrato mencionado se incluyeron precisamente en favor del arrendador, para sostener que en el desarrollo y aplicación de ellas el demandado desatendió la norma establecida por el art. 1603 según el cual "los contratos deben ejecutarse de buena fe", la del 1622 que dice cómo deben interpretarse "unas por otras" las diversas cláusulas, la del 63 (último inciso) que define el dolo &; atribuyéndole al demandado todas esas incorrecciones en su proceder, pero sin que aparezca, ni siquiera se indique la prueba de la mala fe ni de las demás imputaciones, ni se diga, a ese respecto, en qué consiste la "**falsa apreciación de la prueba**" y de qué prueba, por parte del Tribunal.

Se queja luego el recurrente de que las estipulaciones que colocaron a Cogollo en situación ventajosa son contrarias al orden público y a los arts. 15, 16, 1519 y 1523 (derechos renunciables e irrenunciables, objeto ilícito en los contratos, &.).

A lo cual se observa:

Hay un gran sector o tramo institucional que reglamenta cuestiones de interés particular, pero

que por su importancia y trascendencia se considera vinculado al orden público; por ejemplo, la legislación social, el régimen familiar, el del estado civil &; donde casi nunca cabe la renuncia de derechos. Además, en otro campo del derecho privado, en lo general son renunciables todos los derechos que afectan únicamente el interés particular, pero aún allí hay casos que sin estar catalogados, en principio, entre los tocantes al orden público, la ley, excepcionalmente, los coloca en ese terreno como sucede con los intereses usurarios, la lesión enorme en la compraventa, el canon excesivo en el arrendamiento de viviendas, cuando regían las disposiciones sobre control de éste &; pero en tratándose de estipulaciones contractuales, se requieren, para limitar la libertad, disposiciones de excepción como las mencionadas que, precisamente por ser excepcionales, no admiten interpretación ni aplicación extensivas.

Así, las cláusulas incorporadas en el contrato motivo de este pleito, sobre salvedades y derechos reservados al dueño de la finca, renuncia, no prohibida, de ciertos derechos del arrendatario, o del aparcero no atentan contra el orden público, ni implican objeto ilícito, como no está vedada ni afectada de ilicitud la renuncia que un comprador haga de la acción de saneamiento por evicción o, por parte del vendedor, la de la acción resolutoria por incumplimiento en el pago oportuno del precio: ninguna de estas renuncias está prohibida.

Ahora bien, en lo referente a las estipulaciones comentadas, del contrato Cogollo-Camargo, el opositor al recurso dá las siguientes razones que justifican la actitud del primero:

"En este caso especial la condición resolutoria expresa a favor del arrendador, tiene un carácter de equidad y de justicia que surge a la mente tan pronto se analice un poco a fondo todo el conjunto del negocio celebrado entre Camargo y Cogollo. Veamos como:

"El Sr. Cogollo entregó al Sr. Camargo toda la finca, no solamente el terreno cultivado de caña, sino todos los elementos y maquinarias y herramientas para la fabricación de panela. El canon del arrendamiento no se pagaba en dinero, sino en panela. Pero no se estipuló una cantidad determinada de cargas de panela, sino un tanto por ciento de la panela que se hiciera. De modo, pues, que si la finca no se trabajaba o se abandonaba, el señor Cogollo perdía el precio del arrendamiento en su totalidad o en parte.

"No sucede lo mismo cuando se arrienda una finca por un precio determinado y estipulado en dinero. Entonces al arrendador no se le disminuye el canon de arrendamiento auncuando el arrendatario abandone la finca o no la trabaje.

"Esto nos enseña por qué en este caso el señor Cogollo se reservó el derecho de resolver el contrato cuando el arrendatario dejara de cumplir sus obligaciones a juicio del mismo arrendador".

Otro reparo que hace el recurrente, dentro del cargo que se examina y que aquél desarrolla en la forma más difusa y caótica, es el enderezado a refutar la tesis del Tribunal de que es improcedente la resolución de un contrato de arrendamiento terminado o extinguido por vencimiento del plazo fijado para su duración.

El recurrente entra en largas disquisiciones sobre resolución, resiliación, terminación, rescisión &., pero nada de eso afecta el concepto acertado a todas luces de que un contrato que no habría de pasar del 15 de diciembre de 1949, había dejado de existir desde esa fecha, de suerte que la demanda de resolución del mismo, propuesta el 20 de marzo de 1952, es decir, más de dos años después, era inoficiosa e improcedente.

Otro motivo de derecho para la casación se hace consistir en violación directa de los artículos 1546 del Código Civil, 22 y 23 de la ley 200 de 1936, porque el Tribunal denegó la resolución del contrato apoyada en cumplimiento de la condición resolutoria tácita y porque tampoco accedió al pago de las mejoras puestas por Camargo.

En primer lugar, no hay prueba de que Cogollo hubiera incumplido, ni la resolución era procedente, por lo expuesto atrás.

Al tomar Cogollo la tenencia y administración de las fincas, poco tiempo antes de finalizar el contrato, no hizo otra cosa que ejercitar un derecho o facultad que se reservó expresamente en el contrato, con asentimiento del aparcero.

En cuanto al pago de mejoras, ni está demostrado que Camargo las pusiera ni, en caso de ha-

berlas puesto, tampoco está demostrada la autorización previa e ineludible que ha debido obtener de Cogollo, conforme a lo pactado de modo explícito en una de las cláusulas del contrato, cuya validez está fuera de toda duda.

En mérito de todo 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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona con fecha 28 de julio de 1953, en el juicio ordinario seguido por Francisco Camargo O., contra Mario Cogollo.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lupo, Secretario.

ACCIONES DE PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICATORIA.— CASO EN QUE UN TERCERO POSEA BIENES DE UNA HERENCIA EN VIRTUD DE ADQUISICION HECHA DE MANOS DEL HEREDERO PUTATIVO

Cuando los bienes está en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituirlos. Pero si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastará entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste. ....

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

El 2 de octubre de 1951, Flor María Rivera Casas, por medio de su apoderado señor Doctor Jorge Córdoba Ortiz, ante el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, propuso demanda por la vía ordinaria contra Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Tulia Rivera García de Puerto y contra la persona jurídica llamada Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza, para que se hicieran varias declaraciones (C. 1º, f. 4).

Posteriormente, por libelo fechado el 7 de febrero de 1952, la misma persona, por medio del propio abogado, modificó tal demanda dirigiéndola contra las prístinas demandadas y, además, contra Tulia Rodríguez Ramos, " a fin de que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, de petición de herencia y de restitución y por sentencia que cause ejecutoria" se hagan (dice) las siguientes declaraciones y condenaciones:

"Primero.—Que la señorita Flor María Rivera Casas, o Casas, es hija natural del señor Tobías Rivera García, al tenor de las leyes vigentes sobre la materia;

"Segunda.—Que, en consecuencia, de la anterior declaración y reconocimiento, la señorita Flor María Rivera Casas, o Casas, es heredera de mejor derecho que las personas demandadas en la sucesión del señor Tobías Rivera García; y, por lo mismo, es llamada a recoger la herencia de éste, con exclusión de dichas demandadas, y de toda otra persona, por no haber dejado dicho causante herederos de mejor derecho;

"Tercera.—Que se declare que la partición verificada en el juicio de sucesión del señor Tobías Rivera García, del auto que la aprobó, y de la provediencia que declaró ejecutoriada la respectiva sentencia, que llevan fechas 10 y 16 de marzo de 1950, respectivamente, dictadas esas providencias por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá, no perjudican los derechos de la señorita Flor María Rivera Casas, o Casas;

"Cuarta.—Que en tal virtud, se decrete la cancelación del Registro de dicha partición, para lo cual se librará el oficio correspondiente, a la oficina de Registro de Bogotá. Ese registro lleva las fechas de julio 26 de 1950, Libro de Causas Mortuorias, Tomo 2º y está sentado en las páginas del Libro de Registro Nº bajo los núme ros (sic).

"Quinta.—Que se declare que la escritura número 5.758 del 30 de octubre de 1.950 de la Notaría Cuarta de esta ciudad, en que aparece la venta de las demandadas Riveras-Garcías, a la mencionada "Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl, del Barrio Samper

Mendoza" de la finca Nº 22-B-53 de la Carrera 26 de esta ciudad, alinderada la finca como aparece en el hecho 5º de la demanda, no perjudica los derechos sobre esa finca, de la demandante, señorita Flor María Rivera Casas o Casas;

"Sexta.—Que en virtud de esta declaración, se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, para que cancele el registro de esa escritura;

"Séptima.—Que se declare que la escritura número 2.044 del 6 de julio de 1.951 de la Notaría Octava de Bogotá, en que aparece la venta de las demandadas Riveras-Garcías, a la señora Tulia Rodríguez Ramos, de la finca Nº 1-92 de la Calle 1ª D de esta ciudad, alinderada la finca como aparece en el hecho 7º de la demanda, no perjudica los derechos sobre esa finca, de la demandante señorita Flora María Rivera Casas, o Casas;

"Octava.—Que en virtud de esta declaración, se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, para que cancele el registro de esa escritura;

"Novena.—Que en virtud de las declaraciones y reconocimiento anteriores, las personas demandadas expresadas, deben restituir a mi mandante dicha, en el término que Ud. se sirva señalar, en la respectiva sentencia, los bienes que les fueron adjudicados a dichas señoras Riveras Garcías en la sucesión del señor Tobías Rivera García, con desconocimiento de los derechos de mi poderdante, bienes que se determinarán más adelante, considerándolas como poseedoras de mala fe a dichas señoras. Tal restitución debe ordenarse también contra la dicha Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl, del Barrio Samper Mendoza, de esta ciudad, y contra la señora Tulia Rodríguez Ramos, por los bienes que de dicha sucesión son actualmente poseedoras.

"Décima.—Que la restitución anteriormente solicitada se haga asimismo con los frutos civiles y naturales que hubieran podido producir tales bienes, de haber estado en posesión de mi poderdante, y administrados con mediana consagración e inteligencia; y esto desde el fallecimiento del causante señor Tobías García, ocurrido el día 16 de ato (sic) de 1943.

"Undécima.—Que se oficie al señor Notario 4º de Bogotá para que en la matriz de la escritura número 3.745 del 14 de julio de 1.950 de dicha Notaría se tome nota de que la partición de la sucesión del señor Tobías Rivera García no perjudica los derechos de la señora Flor María Rivera Casas, o Casas, y que el registro de esa partición ya fue cancelado.

"Décimo Segunda.—Que se condene a las demandadas Riveras Garcías dichas al pago del importe de los bienes de la sucesión mencionada, a favor de mi poderdante, en caso de que estos no puedan ser restituídos a ésta, por estar en poder o posesión de terceros.

"Décimo Tercera.—Que se ordene el registro de esta demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

"Décimo Cuarta.—Que se condene a las personas demandadas en las costas del juicio, si lo afrontan" (Ibidem), ff. 13 a 14 v.).

Notificada la demanda de tal modo corregida a las demandadas, éstas se opusieron a ella y, luego de tramitada la primera instancia del juicio, el Juez falló el pleito así:

"Primero. Declárase que la actora Flor María Rivera, mayor y vecina de Bogotá, como hija natural de Tobías Rivera García, tiene mejor derecho que los demandados señoras Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Tulia Rivera García de Puerto, mayores de edad y de esta vecindad, a suceder al citado causante Tobías Rivera García.

"Segundo. Consecuencialmente, declárase ineficaz y sin valor ni efecto alguno la partición verificada en el juicio de sucesión de los causantes Tobías y Telésforo Rivera García, de la providencia que aprobó dicha partición proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, de fecha marzo diez de mil novecientos cincuenta, y del auto de fecha diez y seis de los citados mes y año. que declaró ejecutoriada la memorada providencia.

"Tercero. Como consecuencia de lo anterior, decrétase la cancelación del registro de la referida partición. Líbrense los oficios correspondientes en la oportunidad debida.

"Cuarto. Decrétase la restitución a favor de la heredera Flor María Rivera, de los bienes muebles e inmuebles de que estén en posesión las herederas putativas señoras Susana, Emilia y Ana Tulia Riveras García, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta sentencia. Cuanto al dinero, débesele reintegrar su valor equivalente. Las restituciones deberán hacerse tres días después de ejecutoriado el presente fallo.

"Quinto. Condénase a las demandadas señoras Susana Rivera García de Prieto, Emilia Rivera García de Puerto y Ana Tulia Rivera García de Puerto, de las condiciones civiles conocidas, a restituir a favor de la heredera de mejor dere-

cho, los frutos naturales y civiles de los bienes de que han estado en posesión, a partir de la fecha de la contestación de la demanda hasta el día de la entrega. Su monto se determinará por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

"Sexto. Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimiadd de la personería sustantiva de la Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl, del Barrio Samper Mendoza de Bogotá, representada por la señora Lucrecia Alvarez de Lago. En consecuencia, absuélvese a dicha Asociación demandada, de los cargos que le fueron formulados.

"Séptimo. Declárase que no hay lugar a hacer ningún ordenamiento en relación con la demandada señora Tulia Rodríguez Ramos, mayor de edad y vecina de Bogotá.

"Octavo. Consecuencialmente deniéganse las súplicas quinta, sexta, séptima y octava de la demanda en juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Flor María Rivera Casas contra las señoras Susana, Emilia, Ana Tulia Riveras Garcías y contra la Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza de Bogotá y la señora Tulia Rodríguez Ramos.

"Noveno. Ofíciese en la oportunidad debida al señor Notario Cuarto de Bogotá, en los términos y para los efectos de la súplica undécima de la demanda.

"Décimo. Costas del juicio a cargo de las herederas putativas Rivera García" (Ibidem, ff. 40 v. y 41).

Esta sentencia fue apelada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por la actora, por las demandadas Riveras García y por la demandada Tulia Rodríguez Ramos, siendo de notarse que esta última no tenía por qué apelar, pues la sentencia la favorecía. C. 1º, ff. 41 v. y 45). La Asociación de señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza de Bogotá guardó silencio.

Dicho Tribunal la reformó en estos términos:

"1º—Declárase que la actora Flor María Rivera Casas, o Casas, mayor de edad y vecina de Bogotá, es hija natural de Tobías Rivera García, En consecuencia, ofíciese al Notario 1º de Bogotá para los efectos del Decreto Nº 1.003 de 1.939, artículo 33.

"2º—Declárase que la citada Flor María Rivera Casas, o Casas, tiene mejor derecho que las demandadas señoràs Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Julia (sic) Rivera García de Puerto, para suceder al citado causante Tobías Rivera García.

"3º—Como consecuencia de las anteriores declaraciones, decrétase a favor de la heredera natural Flor María Rivera Casas, o Casas, la restitución de los bienes muebles e inmuebles que le fueron adjudicados a las citadas demandadas en las sucesiones acumuladas de Tobías Rivera y Telésforo Rivera, y de que están en posesión conforme a lo expuesto en la parte motiva de los fallos de primera instancia y de segundo grado. Esta restitución deberá hacerse dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia.

"4º—Decrétase la cancelación del registro de la partición y adjudicación de los sucesorios de Tobías Rivera y Telésforo Rivera. Líbrense los oficios correspondientes.

"5º — Condénase a las demandadas señoras Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera de Prieto y Ana Julia (sic) Rivera García de Puerto, a restituir a favor de la heredera de mejor derecho Flor María Rivera Casas, o Casas, los frutos naturales y civiles de los bienes de que han estado en posesión, a partir de la fecha de la contestación de la demanda hasta el día de la entrega, y cuyo valor se determinará por el procedimiento a que se refiere el Art. 553 del C. J.

"6º—Declárase que no es el caso de hacer declaración alguna en relación con las personas denominadas "Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza de Bogotá", y Julia (sic) Rodríguez Ramos, por las razones expuesas en la parte motiva de este fallo. Consecuencialmente a esta declaración, niéganse las súplicas quinta, sexta, séptima y octava del libelo de demanda.

7º—Condénase a las demandadas señoras Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Julia (sic) Rivera García de Puerto, al pago de las costas del juicio y del recurso. Tásense" (C. 3º, ff. 23 a 24).

Este fallo fué recurrido en casación por la demandante, de un lado, y por las demandadas Riveras, del otro.

La persona jurídica Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza de Bogotá y la demandada Rodríguez Ramos la consintieron con su silencio.

El recurso fue admitido por la Corte y fundado en tiempo por las recurrentes.

El fallo recurrido

En este se estudian los tres aspectos tratados

en la demanda por cuyo medio se inició el juicio.

1º—La calidad de hija natural de Tobías Rivera García que tiene la demandante Flor María Rivera Casas.

2º—La procedencia de la acción petitoria de la herencia de dicho Tobías Rivera García por parte de la demandante; y

3º—La de la acción reivindicatoria contra poseedores de bienes adquiridos por terceros a título singular de las herederas putativas.

Sobre el **Punto Primero** se produce así el Tribunal:

"Para demostrar el reconocimiento expreso, la actora ha allegado a los autos la copia debidamente expedida por el Notario Primero de este Circuito, de la partida de nacimiento de Flor María Rivera, inscrita el 11 de diciembre de 1.936, y en la que consta que la citada Flor María es hija legítima de Tobías Rivera y Natalia Casas.

"Dicho documento no adolece de ilegalidad en cuanto a la forma de su inscripción, teniendo en cuenta el hecho de que el nacimiento fue registrado con posteridad al año de su verificación por cuanto debiendo el Notario cumplir en ese entonces con lo dispuesto en el artículo 377 del C. C., así se hizo como claramente puede colegirse del contexto del documento, del que aparece la fecha exacta del nacimiento, la firma del interesado que es el propio padre, la de los testigos que informan del hecho, la de los instrumentales, y la aseveración del propio Notario de que se dió cumplimiento a la disposición en cita. Es pues legal, por este aspecto externo, la partida.

"Ahora, demuestra ella por sí misma el reconocimiento expreso por parte del Tobías Rivera de que Flor María es su hija natural, expresando el instrumento simplemente su calidad de legítima? Es claro que tratándose de un estado de tánta trascendencia como el de hijo natural, la ley para su reconocimiento directo **ipso jure**, distinto a la declaración judicial de paternidad, debe de tener en cuenta que sea expreso y exacto, para que, sin lugar a disquisiciones interpretativas, que no caben en principio ante la presencia de un documento que por ser extendido ante Notario hace plena fe de todas sus afirmaciones, denote la auténtica voluntad de su otorgante, de que el hijo que reconoce es de esa calidad. Es por esto que la partida allegada no es prueba por sí misma de filiación natural por la vía del reconocimiento directo. Pero en presencia de que este juicio tiende a la declaración judicial de paternidad natural, qué prueba al respecto ofrece la aludida partida?

"Ciertamente ella demuestra inequívocamente una confesión de filiación, es decir, que Tobías Rivera manifiesta en dicho instrumento que Flor María es su hija. Está pues demostrándose en el proceso por confesión estampada en documento o escrito, que no sólo no ha sido objetado por la parte demandada dentro del ámbito propiamente impugnativo del debate, sino reconocido por el propio padre el carácter de hija de Flor María con respecto a Tobías Rivera, hoy representado por sus herederos.

"Es decir, que se está en presencia de la causal a que alude el numeral 3º del Art. 4º de la Ley 45 de 1936, que aunque implícitamente no esté alegada, debe reconocerse en vista de la declaración de paternidad natural que se impetra con base en el instrumento que se estudia, que es auténtico, y teniendo en cuenta los demás hechos del proceso" (C. 3º, ff. 20 a 21).

Acerca del **Punto Segundo**, el fallo recurrido, luego de haber puesto de bulto cómo las demandadas Riveras fueron adjudicatarias de los bienes dejados por Tobías en su calidad de hermanas legítimas, dice esto:

"Por tanto, con las pruebas aludidas y la prosperidad de la acción de filiación, se demuestran los extremos fundamentales de la acción de petición de herencia, o sea, el mejor derecho de la demandante Flor María Rivera Casas o Casas, como hija natural de Tobías Rivera García a recoger íntegramente su herencia en lugar de los hermanos legítimos de dicho causante, ya que aquélla excluye a éstos de conformidad con el artículo 20 de la Ley 45 de 1936; la existencia de las personas que en calidad de herederos recibieron por adjudicación los bienes del causante Tobías Rivera y que han sido demandados en este juicio, y la ocupación material por ellas de determinados bienes, relacionados en la demanda" (**Ibidem**, f. 22).

Y en lo atañedero al **Punto Tercero**, se expresó así el fallador:

"Ante la presencia en la demanda de las personas Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza y Julia (**sic**) Rodríguez Ramos, personas que poseen bienes de la herencia de Tobías Rivera García, no en calidad de herederos sino como terceros adquirentes de las herederas putativas, según consta en los documentos escriturarios aportados al proceso, es bien claro de conformidad con la constante jurisprudencia al respecto

citada ampliamente por el Juez de la causa, que la acción que contra ellas corresponde no es la de petición de herencia sino la reivindicatoria.. Porque la restitución en juicio reivindicatorio no procede porque se invalide determinado acto jurídico, sino en vista de una declaración categórica de dominio que produce un derecho prevalente en la persona beneficiada con ella" (Ibídem, ff. 22 y 22 v.).

La Casación

Dos demandas contra la sentencia acusada obran en el proceso: una, la suscrita por el abogado de las demandadas Riveras y otra, la del apoderado de la demandante Flor María del mismo apellido.

A) Demanda de las recurrentes demandadas

Después de una elemental lección sobre lo que es el recurso de casación, innecesaria, por lo sabida, el personero de los recurrentes acusa el fallo que es materia del recurso de esta manera:

"En el caso del fallo del H. Tribunal, que estoy comentando, yo considero que por parte de aquella noble entidad, se incurrió en una interpretación errónea del artículo que manifiesta las distintas maneras de probar la calidad de hijo natural, y allí se originó la indebida aplicación de la Ley. Tal artículo es el 2º de la Ley 45 de 1.936: D. Tobías afirmó, y así lo testificaron dos personas, que su hija era legítima, constituyendo esta afirmación una verdadera falsedad.

"El artículo 213 del Estatuto Civil sustantivo apunta que el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo. Al contrario, el Art. 1º de la Ley 45 de 1936, enseña que el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción, no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. Estas son dos calidades perfectamente distintas y contrarias: o se es legítimo o se es natural. El estado de legítimo se prueba con el acta de matrimonio de los padres. Tobías Rivera y Natalia Casas no eran casados entre sí: entonces, la decisión del H. Tribunal se basó sobre un hecho falso, o por lo menos, incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba, lo cual tuvo la incidencia de la mala aplicación de la ley sustantiva.

"Acuso la sentencia del H. Tribunal de Bogotá, cuya fecha cité en un principio, y a la cual he venido refiriéndome, por los motivos legales que he dejado apuntados. Cito, como disposiciones violadas, los artículos que detalladamente enumeré" (C. Corte, f. 10).

El cargo es palmariamente infundado:

a) Porque es lo cierto que el mentado artículo 2º no sufrió agravio alguno con la interpretación dada por el Tribunal, dado que, en lo pertinente, dice tal texto que "el reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse: **en el acta de nacimiento firmándola quien reconoce**....", tal como se ostenta en el folio 1º del Cuaderno 1º del proceso.

b) Porque no obra en contrario la circunstancia accidental de haber declarado Tobías Rivera ingenuamente que reconocía a su hija Flor María como **legítima**, en vez de haber dicho **natural**. Lo esencial fue confesado por él espontáneamente: que ella era su hija engendrada por él en Natalia Casas y dada a luz por ésta; porque los hechos son los hechos y no las palabras: a gentes que no gozan de una esmerada educación, no puede exigírseles precisión matemática en el empleo de las voces características consagradas por el léxico forense; y así nuestros indios suelen llamar indistintamente a la mujer con quien conviven, **mi legítima**, ya según la religión y la ley, o fuera de éstas.

c) Porque, suposición hecha de que esto no fuera así, como lo es, no puede negarse que tal reconocimiento por lo menos contiene una **confesión de paternidad natural**, a tenor de lo que de modo expreso declara el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por estas palabras:

"Artículo 4º. Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

".....

"3º Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

".....

Inane es, pues, el cargo examinado.

B) Demanda de la recurrente demandante.

De su lado, la recurrente demandante, Flor María Rivera Casas va contra la sentencia acusada en estos términos:

"Acuso el fallo recurrido por la primera causal del artículo 520 del Código Judicial por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y también por provenir esa violación de apreciación errónea de la demanda. Señalo como violados los artículos 1321, 1325, especialmente, 946, 947, 950, 951 y 961 del Código Civil" (C. Corte, f. 12 v.).

Y funda la acusación diciendo que es inexacto lo que dice el Tribunal de que "en el presente proceso ninguna declaración de dominio se ha impetrado a favor de las personas Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl y Julia (sic) Rodríguez Ramos, directa o indirectamente; en consecuencia el Juzgador no puede declarar derecho que en forma alguna ha solicitado el actor en la demanda, pues estaría resolviendo "ultra petita" (Ibídem, f. 12 v.).

Acerca de todo lo cual nota la Corte:

1º Que es verdad lo que dice el recurrente a este propósito e inexplicable por ello que el Tribunal hubiera pasado por encima la parte final de la petición novena de la demanda en la que se ve ostensiblemente que sí se hizo la tal petición (C. 1º, f. 14).

2º Que, por tanto, la acción reivindicatoria allí incoada, con fundamento en su calidad de heredera, contra dicha persona jurídica, como la enderezada contra Tulia Rodríguez Ramos es sin duda procedente habida cuenta de lo que disponen los artículos 1.231 y 1.325 del Código Civil; nen los artículos 1.321 y 1.325 del Código Civil; tivas, señoras Riveras, y el segundo en lo atinente a la Asociación de Señoras de la Caridad y a la demandada Rodríguez Ramos, causahabientes de dichas Riveras en el dominio de bienes que les transfirieron a título singular.

3º Que esfuerza esta conclusión la sentencia de la Corte citada en la de primera instancia y que es de este tenor:

".... al fallecer una persona, su heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes: a) en presencia de terceros que posean bienes singulares de la mortuoria a título de dueños; b) ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos; c) ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquiridos de manos de herederos putativos. En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen así: por medio de acciones petitorias o posesorias, reales o personales, que corresponderían al causante si viviera.... En el segundo caso le corresponde entablar contra el heredero putativo, contra quien ocupa la herencia como tal, la acción de petición de herencia, la cual tiene como objeto la adjudicación de los bienes a favor del actor y la restitución de los mismos.. ..Y por último, cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe, por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituirlos. En este último caso, cabe, a su vez, una distinción: si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste (Casación, 27 de febrero de 1946, LX, 49)" (C. 1º, ff. 37 v. y 38).

4º Que, por ello debe casarse el fallo acusado.

En consecuencia, la Corte, obrando como lo preceptúa el citado artículo 538 del Código Judicial,

Considerando:

1º—Que está probada la calidad que tiene Flor María Rivera Casas de hija natural de Tobías Rivera.

2º—Que no siendo las demandadas Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Tulia Rivera García de Puerto sino hermanas de Tobías del mismo apellido, la demandante tiene preferencia sobre ellas para heredar a éste como su hija natural, conforme lo manda el artículo 20 de la Ley 45 de 1.936 que subroga el 1.047 del Código Civil.

3º Que, consiguientemente, la adjudicación del patrimonio dejado por Tobías Rivera hecha a favor de las mentadas Riveras, nada vale en presencia del derecho preferencial que sobre tal patrimonio tiene la demandante; y

4º—Que lo propio debe decirse respecto de las enajenaciones de bienes hechas por las adjudicatarias Riveras a la Asociación de Señoras de la Caridad del Barrio Samper Mendoza de Bogotá y a Tulia Rodríguez Ramos.

En consecuencia, 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 acusada y, reformando la de primera instancia,

Resuelve:

1º Declárase que Flor María Rivera Casas es hija natural de Tobías Rivera García.

2º Declárase que dicha Flor María Rivera Casas tiene mejor derecho que las demandadas Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Tulia Rivera García de Puerto para suceder al difunto Tobías Rivera García.

3º—Condénase a las demandadas dichas Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Tulia Rivera García de Puerto a restituír, dentro de los tres días siguientes al del registro de esta sentencia, a la demandante Flor María Riveras Casas los bienes pertenecientes a la sucesión de Tobías Rivera, que les fueron adjudicados en dicha sucesión, a la que fue acumulada la de Telésforo Rivera, bienes de que están en posesión, con sus frutos naturales y civiles, a partir de la fecha en que les fue notificada la demanda hasta la de la restitución.

4º—Condénase a la Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl, del Barrio Samper Mendoza de esta ciudad, a restituir dentro de los tres días siguientes al del registro de esta sentencia, a la demandante Flor María Rivera Casas, con sus frutos naturales y civiles a partir de la fecha en que se le notificó la demanda hasta aquella en que realice su restitución, el terreno ubicado en el Barrio de San Victorino de esta ciudad de Bogotá, hoy Barrio Samper Mendoza, marcado con el número 12 de la manzana "P", según el plano protocolizado en la Notaría 2ª de esta ciudad, bajo el Nº 282 de 1929, marcado con el Nº 22B-53 de la Carrera 26 de esta ciudad y que, conforme a la demanda linda así: "Norte, con terreno de Margarita Herrera de Umaña, hoy del Colegio de las Vicentinas; Sur, con el lote Nº 12 de la Manzana P, que es o fue de Elena de Coronado; Oriente, con la Carrera 26; y Occidente,, con el lote Nº 3 del correspondiente plano, propiedad que es o fue del señor Trino Orbegozo. La cabida de este lote es de 515 v. 2". Este terreno lo adquirió la Asociación demandada por venta que le hicieron las señoras Emilia Rivera de Puerto, Ana Tulia Rivera de Puerto y Susana Rivera de Prieto, mediante la escritura número 5.758 de 30 de octubre de 1950, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá.

5º—Condénase a la demandada Tulia Rodríguez Ramos a restituir, dentro de los tres días siguientes al del registro de esta sentencia, a la demandante Flor María Rivera Casas, con sus frutos naturales y civiles desde el día en que se le hizo la notificación de la demanda hasta aquel en que lo restituya, el terreno sin número y con frente a la Calle primera D, o sea el actual Parque o Plaza de "El Vergel" de esta ciudad de Bogotá, con una extensión superficiaria de ciento catorce metros cuadrados y sesenta y seis centímetros cuadrados (114,66 ms.2), o sean ciento setenta y nueve varas cuadradas y diez y seis centésimos de vara cuadrada (179,16 v.2.) y que, conforme a la demanda linda así: "por el Norte, con la Calle 1ª D; por el Sur, con finca de Marcos Quimbay; Oriente y Occidente, con finca de las vendedoras dichas, propiamente de la sucesión del Dr. Tobías Rivera". Este terreno fue adquirido por la demandada Rodríguez Ramos por venta que le hicieron las señoras Emilia Rivera de Puerto, Susana Rivera de Prieto y Ana Tulia Rivera de Puerto, mediante la escritura número 2.044 de seis de julio de 1951, otorgada en la Notaría 8ª de Bogotá.

6º—Cancélense en el registro las inscripciones hechas en los Libros correspondientes de la adjudicación de los bienes dejados por Tobías Rivera García y Telésforo Rivera y de las enajenaciones hechas por Emilia Rivera García de Puerto, Susana Rivera García de Prieto y Ana Tulia Rivera García de Puerto a la Asociación de Señoras de la Caridad de San Vicente de Paúl del Barrio Samper Mendoza de Bogotá y a Tulia Rodríguez Ramos.

7º—Cancélese así mismo el registro de la demanda, si fuere el caso.

8º—Ofíciese al Notario 1º de Bogotá para los efectos del Decreto número 1.003 de 1939, artículo 33.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

IMPROCEDENCIA DEL INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL EN LA SECUELA DEL RECURSO DE CASACION

La Corte en los procesos civiles que lleguen a su examen en vía de casación, puede conocer de nulidades procesales al través de la causal 6ª del artículo 520 del C. J. alegada por el recurrente, o también cuando casada la sentencia del Tribunal, al fallar en instancia reemplaza al fallador de segundo grado. Pero en la secuela del recurso de casación es improcedente el incidente de nulidad procesal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, once (11) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1.954).

(Magistrado Ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

En trámite el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el 29 de enero de 1954, en el juicio ordinario del Presbítero José Manuel Agudelo contra el Municipio de Bello, el señor Procurador Delegado en lo Civil, antes de introducir alegato de oposición a la demanda del recurrente, pide a la Sala se declare la nulidad del proceso desde la primera instancia, a causa de haber intervenido en el juicio como apoderado especial de la entidad demandada el doctor Gonzalo Arango Escobar, quien contrató la prestación de sus servicios profesionales con el Personero Municipal de Bello para llevar la representación del Municipio en este negocio.

En concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, existe ilegitimidad de la personería en el apoderado del Municipio de Bello, pues el respectivo contrato ha debido celebrarse con el Alcalde Municipal (C. J., artículos 173 y 174), y tal incapacidad procesal engendra nulidad en la actuación.

En su escrito el señor Procurador presenta las siguientes razones:

"1)—Conforme al Decreto Nº 3598 de 1º de diciembre de 1950, Art. 4º, es el Alcalde quien contrata los servicios profesionales y confiere el poder, a falta de funcionamiento de los Concejos;

"2º)—También puede el Alcalde dictar un Decreto delegando en el Personero la facultad que exclusivamente le corresponde de contratar y conferir el mandato; en tal caso debe agregarse a los autos la copia auténtica del Decreto de delegación;

"3º)—En cualquiera de los dos casos anteriores, ya sea la actuación directa del Alcalde, o la actuación del Personero por delegación, se requiere la aprobación de la Gobernación del Departamento para contrato y poder, y para el Decreto, en el segundo evento.

"Echándose de menos esos indispensables requisitos, está viciada de nulidad la actuación por la intervención insistente del Dr. Arango Escobar en este negocio, habiendo logrado apenas lo que aseveraba el abogado del demandante: "demorar el juicio durante muchos años".

"Los señores Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín y Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que tramitaron y fallaron el pleito, son responsables y deben ser condenados en las costas de la parte que se ha de anular, esto es, la actuación a partir del 17 de noviembre de 1942, fecha del reclamo del apoderado del actor (Artículo 458 C. J.)".

Se considera:

Dice el artículo 456 del C. J.:

"En cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo.

"El incidente se sustancia y decide como una articulación, y no es admisible si la causal alegada se había aducido antes como excepción dilatoria".

El juicio termina con la sentencia de segundo grado. Sólo en las instancias puede presentarse el incidente de nulidad. Ha dicho la Corte:

"En el recurso de casación, de carácter extraordinario, donde no existe propiamente un

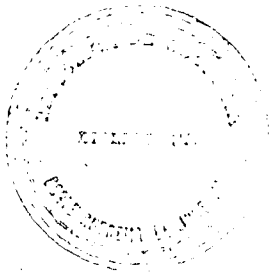
debate judicial entre las partes, sino el enfrentamiento de una providencia judicial definitiva con la ley, son impertinentes los incidentes de nulidad tendientes a invalidar la actuación que sólo pueden tener oportunidad en las instancias del proceso" (Casación, abril 2 de 1941, T. LI, Nº 1971, pág. 180).

La Corte en los procesos civiles que lleguen a su examen en vía de casación, puede conocer de nulidades procesales al través de la causal 6ª del artículo 520 del C. J. alegada por el recurrente, o también cuando casada la sentencia del Tribunal, al fallar en instancia reemplaza al fallador de segundo grado. Pero en la secuela del recurso de casación es improcedente el incidente de nulidad procesal.

En mérito de lo expuesto, se niega el pedimento de nulidad procesal formulado por el señor Procurador Delegado Civil en el presente negocio.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



OBJECIONES A UNA PARTICION.—DISTRIBUCION DE LOS FRUTOS PRODUCIDOS POR BIENES DE LA HERENCIA CUANDO SE TRATA DE SUCESION INTESTADA Y DURANTE EL TIEMPO QUE DURO LA INDIVISION.— PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE

1—Como lo ha dicho la Corte, la flexibilidad que por naturaleza tienen los preceptos legales de los numerales 2º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

2—Del texto de la Ley 70 de 1931 que estableció el patrimonio de familia no embargable, de los antecedentes de esa ley y de su interpretación doctrinaria, no puede deducirse que la constitución del patrimonio familiar convierta la propiedad individual del constituyente en una comunidad con los beneficiarios.

Por consiguiente, al adjudicarse a éstos en la partición realizada en el juicio de sucesión del constituyente, no se les despoja de dominio alguno sobre él, ni se les priva de su derecho a la herencia.

3—De acuerdo con la regla tercera del artículo 1395 del Código Civil, en las sucesiones intestadas los frutos naturales y civiles producidos por los bienes relictos durante la indivisión, deben distribuírse entre todos los herederos en común y a prorrata de sus cuotas respectivas, sin atender a quién se hayan adjudicado en la partición. Y si un heredero ha tenido en su poder bienes hereditarios fructíferos, percibiendo los frutos correspondientes, éstos deben distribuírse al efectuarse la partición, entre todos los herederos y a prorrata de sus cuotas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B). de Casación Civil.—Bogotá, once (11) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

I—Antecedentes

1.—En el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá se abrió y sustanció el juicio de sucesión intestada de Luis E. Restrepo Botero, fallecido en Medellín el 26 de marzo de 1948.

2.—Luis E. Restrepo Botero había contraído matrimonio con María Elena Lalinde el 1º de junio de 1946.

3.—Con anterioridad al matrimonio Luis E. Restrepo Botero había reconocido como hijos naturales a los menores Julieta, Yolanda y Antonio José Restrepo Angel, habidos en Leonor Angel.

4.—En la sucesión fueron reconocidos como interesados los citados hijos naturales y la cónyuge sobreviviente.

5.—En los inventarios y avalúos se relacionaron tanto el patrimonio de la sociedad conyugal como el de la herencia.

6.—Decretada la división de los bienes sociales y herenciales, el partidor nombrado por el juez presentó la cuenta correspondiente para liquidar, distribuír y adjudicar los bienes inventariados, entre los copartícipes anteriormente mencionados. El partidor, conforme a los datos que aparecen en los inventarios y avalúos, discriminó los bienes de la sociedad conyugal y de la herencia, y presentó la siguiente liquidación:

"**Sociedad conyugal.**—Pertenecen a ésta los bienes del Inventario adicional relacionados en el Acta de fecha 21 de abril de 1950, por un valor de MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS ($ 1.-230-00) Arts. 1781 y 1830 del C. C.

"**Liquidación.**—$ 1.230-00 ÷ 2 = $ 615-00 para la herencia del causante Restrepo Botero, y $ 615-00 para gananciales de la cónyuge supérstite.

"**Patrimonio herencial:** $ 17.000-00

+ $ 615-00 = ...$	17.615-00
"PASIVO	2.955-04
"PATRIMONIO HERENCIAL LIQUIDO	14.659-96

"Dividido este patrimonio entre los hijos naturales y la cónyuge sobreviviente por partes iguales (Art. 20 de la Ley 45 de 1936), corresponde a cada parte **siete mil trescientos veintinueve pesos con noventa y ocho centavos** $ 7.329-98.

"**Cuota-Parte de la cónyuge sobreviviente:**

"Herencia ... ...$	7.329-98
"Gananciales	615-00
"Total	7.944-98

"Cuota de cada hijo natural:

"$ 7.329-98 ÷ 3 = $ 2.443-32 C/U".

7.—De la partición se dió traslado a los interesados, quienes no la objetaron en tiempo, por lo que fue aprobada en sentencia de primera instancia proferida el 14 de abril de 1952.

8.—Contra el fallo aprobatorio interpuso recurso de apelación el apoderado de los menores y ante el Tribunal Superior de Bogotá expuso varias observaciones encaminadas a demostrar la ilegalidad del acto de partición, las cuales fueron rechazadas en sentencia del 13 de diciembre de 1952, que confirmó la de primera instancia.

9.—Pertenecen al fallo del Tribunal las siguientes consideraciones:

"Es evidente que cuando los partícipes de una sucesión siendo plenamente capaces no objetan el trabajo dentro del traslado correspondiente, el juzgador le imparte su aprobación, pues se presume la conformidad y aceptación que han tenido de disponer de los bienes sin sujeción a las normas legales y según convenga a sus propios intereses. Pero cuando entre los coasignatarios figuran incapaces, el juzgador debe hacer uso de la facultad de examinar la partición, con el fin de verificar la legalidad de sus disposiciones y decidir sobre su aprobación o improbación. Esta ha sido la constante doctrina de la Corte y Tribunales sobre el particular.

"Sentado esto, es procedente el estudio de las razones que expone el recurrente en la fundamentación de su recurso.

"Tres son las objeciones principales al trabajo del partidor, que en su orden de importancia se analizarán en seguida.

"**Primera.**—El partidor no liquidó la sociedad conyugal formada entre el causante y la señora Helena Lalinde de Restrepo, aunque realizó una operación aritmética encaminada a determinar en cifras la cuota de cada cónyuge en el haber social.

"De acuerdo con los elementos de convicción que obran en el expediente, y las propias afirmaciones del procurador judicial de los menores, no se inventariaron bienes propios de la cónyuge por no existir ellos y apenas sí figuran como gananciales unos bienes muebles, cuyo valor está repartido por iguales partes entre la cónyuge sobreviviente de un lado y la herencia del otro. Luego esta objeción no tiene fundamento, puesto que en el caso no tiene aplicación el art. 1398 del c. c.

"**Segunda.**—Que en la hijuela o lote de gastos correspondió el pago del pasivo a la viuda del causante, para lo cual se le adjudicó un bien inmueble, lo cual vicia de nulidad el acto.

"En efecto, doctrinariamente se ha establecido que el partidor de bienes no puede adjudicar un inmueble para el pago de las deudas, cuando hay menores interesados, porque no se puede disponer la mutación de la propiedad raíz sobre la que tengan derechos los menores, sin llenar los requisitos de la licencia judicial y licitación pública para disponer de ellos. Tal sucedería en el caso presente si se evidenciara en los autos la objeción.

"Pero examinado el expediente no aparece entre los bienes del causante la propiedad del inmueble a que se refiere el recurrente, sino una promesa de venta que se llevó a cabo entre aquél y la 'Urbanización Moderna'. El Juez de la causa al absolver las dudas presentadas por el partidor a este respecto, expuso lo siguiente:

'.... el causante apenas dejó sobre el bien inventariado en la primera partida, **el derecho puramente personal** y nacido de la realización de la promesa de contrato que se estaba desarrollando cuando falleció. Dedúcese entonces que la partición necesariamente tiene que concretarse a adjudicar a los partícipes la cuota que les corresponda **sobre esos mismos derechos'.**

"El partidor en su trabajo no es lo suficientemente claro sobre el particular, pues habla de los derechos del causante en el inmueble relacionado 'derivados de la situación jurídica en que se hallan', expresiones éstas que pueden ser causa de equívocos en cuanto a su alcance y efectos, como los ha tenido el recurrente.

"Indudablemente el causante no tenía la propiedad sobre el lote de terreno, porque apenas mediaba una promesa de contrato celebrada en-

tre él y la 'Urbanización Moderna', aunque es verdad que sobre dicho lote construyó a sus expensas una edificación de dos plantas; de tal manera que lo adjudicado no puede ser el inmueble en sí, cuya propiedad no se ha consolidado, sino los derechos correspondientes a los pagos parciales que sobre tal lote había verificado el causante, que al ser adjudicados a una sola persona sólo le dan el derecho opcional a adquirir en el futuro el inmueble mediante el pago del saldo a deber a la 'Urbanización Moderna', pues en cuanto a las mejoras o edificación, conforme a la ley corresponden hoy por hoy al dueño del terreno sobre el cual se hicieron, sin que su dueño tenga un derecho real de dominio sobre el edificio, sino un derecho de crédito contra el dueño del terreno.

"Siendo esto así, en la adjudicación a la cónyuge de la hijuela de gastos, no puede hablarse con propiedad de que la adjudicación constituye un título traslaticio de dominio de un inmueble sobre el que tengan derechos los menores, circunstancia que elimina naturalmente la previa licencia judicial de que trata el art. 1379 del C. C., para los tutores, curadores y administradores, y por extensión al partidor de bienes.

"Tercera.—Se impugna la adjudicación como bien herencial del inmueble relacionado en la escritura Nº 746 de 27 de febrero de 1945, por haber constituído el causante sobre él un patrimonio de familia en favor de sus hijas Yolanda y Julieta, menores de edad, a quienes adjudicándosele este mismo bien en la sucesión, según el recurrente prácticamente se les deshereda.

"Para la solución de este punto basta considerar, que del texto de la ley 70 de 1931 que estableció el patrimonio de familia no embargable, de los antecedentes de esa ley y de su interpretación doctrinaria, no puede deducirse que la constitución del patrimonio familiar convierta la propiedad individual del constituyente en una comunidad con los beneficiarios, sino que simplemente afectó el dominio en su atributo de disposición, con el ánimo de proteger los intereses y necesidades de la familia contra la insolvencia o quiebra del padre. Por eso, no sólo la ley limitó el derecho a la enajenación del bien estableciendo determinados requisitos para ello, sino que consagró sn inembargabilidad. No es que la ley prohiba en forma alguna al padre o constituyente la enajenación, sino que para proceder a ella necesita el previo consentimiento de los beneficiarios, que si son menores debe ser manifestado por medio de un curador ad hoc.

"Una síntesis de esta doctrina se halla formulada en sentencia de fecha 17 de marzo de 1950 dictada por este Tribunal, y que en su parte pertinente dice así:

'El bien o bienes constituídos a favor de toda familia, con la calidad de no embargable, bajo la denominación de patrimonio de familia, no sale sino que permanece en cabeza del constituyente, pero sometido a un régimen especial, salvo cuando el constituyente es un tercero. Porque la finalidad que persigue la ley, esto es, sustraerlos a la persecución de los acreedores con miras a proteger a la familia contra las contingencias de la miseria, no requiere esa modalidad, que en el derecho antiguo se denominó copropiedad en mano común, cuya característica era que las cuotas partes de los asociados se fundían entre sí para constituír un patrimonio distinto e independiente, en vez de estar simplemente yuxtapuestas como en la copropiedad ordinaria'.

"Si las disposiciones de la ley no entrañan modificación al Código Civil, al decir de la comisión de legislación civil que estudió el proyecto en la Cámara, y si para la enajenación del patrimonio de familia no se requiere licencia judicial en caso de existir menores, sino únicamente el consentimiento dado por un curador ad hoc, junto con el consentimiento de la cónyuge, es porque este consentimiento no se exige en calidad de copropietarios del patrimonio de familia, sino como una traba legal que garantice la permanencia del bien en el patrimonio del padre, con lo cual es manifiesto que se protegen los intereses y necesidades de la familia. Si la intención del legislador hubiera sido la de establecer una comunidad entre constituyente y beneficirios, no habría dicho que por el articulado de la ley ninguna de las normas del Código Civil sufría modificación, siendo así que la enajenación de un bien raíz en que tengan derecho los menores no puede hacerse conforme al Código Civil sino mediante licencia judicial y en subasta pública'.

"No teniendo pues, los beneficiarios la calidad de copropietarios o comuneros, puesto que el bien no deja de pertenecer al constituyente, cuando éste fallece el derecho se defiere a sus herederos, subsistiendo el régimen especial de protección e inembargabilidad en favor de la cónyuge sin hijos, o de éstos si son menores y hasta cuando lleguen a la mayor edad, que es cuando se extingue el patrimonio de familia para quedar sujeto a las reglas del derecho común.

"De acuerdo con lo dicho y para el caso de autos, debe entenderse que el bien raíz no pertenece a las menores Yolanda y Julieta, sino a la sucesión, y que por consiguiente, al adjudicárseles en la partición no se les despojó de dominio alguno sobre él, como lo dice el objetante, ni se les privó tampoco de su derecho a la herencia. La adjudicación de ese bien a las mismas beneficiarias es, por el contrario, un acierto del partidor, porque los beneficios del patrimonio familiar subsistirán para ellas hasta cuando lleguen a la mayor edad, a más del dominio que les dá la adjudicación.

"Por último, no encuentra el Tribunal violación alguna de la ley en cuanto a la partición de los frutos, porque al respecto se cumple a cabalidad la doctrina del art. 1395 del C. C., en su numeral 3º".

III—Recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá interpuso recurso de casación el apoderado de los menores ya citados. Sustanciado en legal forma, el recurrente introdujo su demanda, invocando la causal primera del artículo 520 del C. J.

Los cargos pueden resumirse así:

1° El Tribunal infringió de modo directo por falta de aplicación y por mala apreciación de pruebas, el artículo 1.398 del C. C., así como el 1.830 de la misma obra y el art. 4º de la Ley 28 de 1932. Tal infracción estriba en que el partidor no separó el patrimonio del causante de los gananciales del cónyuge sobreviviente, dividiendo las especies comunes.

2º El Tribunal infringió los artículos 1.398 del C. C., y 4º de la Ley 28 de 1932 a consecuencia de error manifiesto de hecho y error de derecho en la apreciación de los inventarios y la partición, pues la sentencia sostiene que en el inventario apenas figuran como gananciales unos bienes muebles, cuyo valor quedó repartido por iguales partes entre la cónyuge de un lado y la herencia del otro.

3º El Tribunal quebrantó también el artículo 1.826 del C. C., a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los inventarios. El partidor no dedujo de la masa de bienes los precios, saldos y recompensas correspondientes, como se lo ordenaba el citado precepto.

4º El Tribunal violó las reglas 7ª y 8ª del artículo 1.394 del C. C., ya de modo directo, ya como conecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los inventarios y de la partición. Los bienes muebles relacionados en el inventario adicional (inexistentes o sin valor apreciable) le fueron adjudicados totalmente a los menores, mientras que a la cónyuge sobreviviente se le adjudicaron bienes raíces o derechos vinculados en bienes raíces no sólo para pagarle su cuota sino para pagarle el pasivo.

5º El Tribunal infringió por errónea interpretación los artículos 1º y 2º de la Ley 70 de 1931, porque el partidor adjudicó a los propios beneficiarios del patrimonio inembargable de familia el inmueble gravado, lo cual equivale prácticamente a un desheredamiento.

6º Violación del artículo 1.395 del C. C., a causa de indebida aplicación de la regla 1ª y de falta de aplicación de la regla 3ª, ya de manera directa, ya de manera indirecta a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la partición. Estriba este cargo en que el partidor distribuyó los frutos de los bienes herenciales en forma arbitraria sin respaldo en el proceso.

IIII—Examen de los cargos

Como puede observarse, comparando la sentencia recurrida con la demanda de casación, en ésta se reproducen las tachas presentadas por el apoderado de los menores, ante el Tribunal contra el acto de partición.

La Sala observa que la Corte en casación no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución y adjudicación de los bienes de una herencia que el incidente de objeciones oportunamente propuestas ante el juez de la causa. Pero se ha reconocido al juez facultad oficiosa para improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, cuando en la sucesión están interesados menores, con el objeto de verificar si el partidor se ha sujetado a los preceptos legales para proteger los intereses de los incapaces. Tratándose de copartícipes capaces debe considerarse que pudiendo ellos acordar unánime y legítimamente lo que quieran al margen de las normas legales sobre partición de la herencia, el hecho de no objetar el acto de partición equivale a un asentimiento tácito.

Se examinan en seguida los cargos formulados por el recurrente contra la partición y la sentencia aprobatoria.

1º—**Liquidación de la sociedad conyugal.** —Es cierto que de conformidad con los artículos 1.398, 1.826 y 1.830 del C. C., y 4º de la Ley 28 de 1932, es deber del partidor someterse a estas normas para hacer la debida separación entre los bienes de la sociedad conyugal y los bienes de la herencia, liquidar previamente los bienes gananciales y dividir el patrimonio social, distribuyendo los bienes respectivos entre cónyuge supérstite y herederos.

Mas en el presente caso esta tarea aparece cumplida dentro de los datos que arroja el expediente y en especial las diligencias de inventario y avalúo.

Como bienes sociales sólo fueron relacionados un conjunto de muebles de casa, avaluados en la suma de $ 1.230,00. El partidor no dedujo de la masa de bienes, especies o cuerpos ciertos pertenecientes a uno de los cónyuges, seguramente porque en el juicio no hay constancia al respecto. Y aunque el recurrente glosa la cuenta de partición por este aspecto, no concreta su cargo en manera alguna.

El partidor dividió el haber social de $ 1.230,00 por mitad entre la cónyuge sobreviviente y los herederos. El hecho de haber adjudicado a los menores la totalidad de los bienes muebles que integraban el haber social no infringe las normas citadas, porque al hacer las hijuelas de adjudicación tuvo en cuenta lo que a cada copartícipe le correspondía de acuerdo con la liquidación del haber social y herencial.

Se rechazan, en consecuencia, los cargos primero, segundo y tercero antes mencionados.

2º—**Igualdad, semejanza o equivalencia de las hijuelas.**—El partidor adjudicó a la cónyuge sobreviviente por concepto de gananciales, herencia y deudas, una cuota proindiviso en los derechos que al causante correspondían en el lote prometido en venta de la Urbanización de "Luna Park" y en la edificación allí levantada. En estos mismos derechos adjudicó otra cuota al menor Antonio José Restrepo Angel. Y a las otras menores Julieta y Yolanda Restrepo Angel adjudicó el inmueble ubicado en el Barrio Centenario de esta ciudad, junto con los muebles antes mencionados.

Las hijuelas, es verdad, no guardan una estricta equivalencia o semejanza, porque dados los bienes adjudicables, aquello era imposible dentro del criterio de disminuír el número de comuneros en un mismo bien.

La Corte ha dicho en reiterada jurisprudencia que "las reglas comprendidas en los numerales 2º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del C. C., como se desprende de su propio tenor literal, en que se usan expresiones como 'si fuere posible', 'se procurará', 'posible igualdad', etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente las relativas a los predios, sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes, adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición". (Casación, febrero 12 de 1943, LV, 26; Casación, mayo 9 de 1947, LXII, 357; Casación, agosto 29 de 1947, LXIII, 380; Casación, abril 12 de 1950, LXVII, 153; Casación, septiembre 19 de 1951, LXXI, 16 y 17).

Auncuando el recurrente alega infracción directa e indirecta de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1.394 del C. C., e imputa errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, sin especificar cuáles, el cargo se encuentra sin fundamento.

3º—**El patrimonio inembargable de familia.**—En lo tocante a este cargo, la Sala acoge las razones expuestas por el Tribunal, anteriormente transcritas, las cuales son suficientes para desechar esta acusación.

4º—**Distribución de frutos.** Respecto de la distribución de frutos, el partidor dispuso lo siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto en el art. 1395 del C. C., y el auto ejecutoriado del Juzgado, de fecha 23 de enero de 1952, pertenecen a los copartícipes en común y a prorrata de sus cuotas.

Según datos que arroja el expediente, el inmueble de la partida primera del activo del inventario principal, y conforme al documento que figura a folios 73 del cuaderno principal, ha pro-

ducido frutos civiles por un valor de siete mil cuarenta pesos ($ 7.040-00), en un lapso de tres (3) años y ocho (8) meses contados a partir del 1º de junio de 1948. Repartido este valor entre los partícipes Sra. Elena Lalinde v. de Restrepo y el heredero Antonio José Restrepo Angel, en proporción a sus cuotas respectivas de $ 7.944-98 y $ 2.100-02, les corresponde así: a la señora Elena Lalinde v. de Restrepo, la cantidad de cinco mil quinientos sesenta y ocho pesos con veinte centavos ($ 5.568.20) y al heredero Antonio José Restrepo Angel, la cantidad de mil cuatrocientos setenta y un pesos con ochenta centavos ($ 1.-471-80).

"El inmueble de la partida segunda del activo del inventario principal, o sea, la casita de enramada y el lote sobre que está edificada, situada en el Barrio 'Centenario' y adjudicada a los menores Julieta y Yolanda Restrepo Angel, también ha producido frutos civiles. Pero aparte de que se ignora su cuantía, hay constancia de que dicho inmueble ha venido siendo arrendado por la madre natural de los menores adjudicatarios y por cuenta de éstos. Los frutos producidos corresponden en común a estos dos herederos y por partes iguales".

Esta disposición del partidor fue glosada por el apoderado de los menores, quien sostuvo ante el Tribunal que "no habiendo como no hay, asignatarios de especies, tales frutos corresponden a todos los herederos a prorrata, como lo estatuye el art. 1395 del C. C., en su numeral 3º".

Pero el Tribunal en el fallo recurrido rechazó la objeción, considerando que en la partición de los frutos "se cumple a cabalidad la doctrina del art. 1395 del C. C., en su numeral 3º".

En concepto del recurrente, el partidor violó en la distribución de los frutos, el artículo 1.395 del C. C., aplicando indebidamente la regla primera de esta disposición, como si se tratara de asignatarios de especies, y dejando de aplicar la regla tercera del referido artículo, que era la norma pertinente, por tratarse de frutos que pertenecían a todos los herederos en común y a prorrata de sus cuotas. Y de consiguiente, concluye el recurrente, la sentencia aprobatoria de la partición infringió las citadas disposiciones por tal concepto.

Se considera:

Según las normas de la accesión, los frutos naturales y civiles pertenecen al dueño de la cosa que los produce (C. C., arts. 716 y 718). Son frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana (C. C., art. 714); son frutos civiles los precios, pensiones, o cánones de arrendamiento o censo, o intereses de capitales exigibles (C. C., art. 717). Los frutos naturales se llaman percibidos cuando están separados de la cosa fructífera (C. C., art. 715, inc. 2º), y pendientes mientras adhieren a ella (C. C., art. 715, inc. 1º). Los frutos civiles se llaman percibidos desde que se cobran, y pendientes desde que se deben (C. C., art. 717, inc. 2º).

Si de acuerdo con el artículo 1.401 del C. C., cada asignatario se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los bienes que le hubieren cabido en la partición, debe entenderse que los frutos naturales y civiles producidos desde la delación de la herencia, corresponden a los respectivos adjudicatarios como dueños de tales bienes? No. La ficción legal sobre el efecto retroactivo de la partición no produce tal efecto en cuanto a la propiedad de los frutos, pues hay normas especiales que expresamente atribuyen los frutos de las cosas comunes a todos los comuneros a prorrata de sus cuotas. Así lo establece de manera general el artículo 2.328 del C. C.

Conforme al artículo 1.395 del C. C., los frutos percibidos después de la muerte del causante, y durante la indivisión, se dividen del modo siguiente:

"1º Los asignatarios de especies tendrán derecho a los frutos y accesiones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión; salvo que la asignación haya sido desde día cierto, o bajo condición suspensiva, pues en estos casos no se deberán los frutos, sino desde ese día o desde el cumplimiento de la condición; a menos que el testador haya expresamente ordenado otra cosa.

"2º—Los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a ningunos frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituído en mora; y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso.

"3º Los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas; deducidos, empero, los frutos y accesiones pertenecientes a los asignatarios de especies.

"4º Recaerá sobre los frutos y accesiones de toda la masa la deducción de que habla el inciso anterior; siempre que no haya una persona direc-

tamente gravada para la prestación del legado; habiéndose impuesto por el testador este gravamen a alguno de sus asignatarios, éste sólo sufrirá la deducción".

De acuerdo con la regla tercera del citado artículo, en las sucesiones intestadas los frutos naturales y civiles producidos por los bienes relictos durante la indivisión, deben distribuírse entre todos los herederos en común y a prorrata de sus cuotas respectivas, sin atender a quién se hayan adjudicado en la partición. Y si un heredero ha tenido en su poder bienes hereditarios fructíferos, percibiendo los frutos correspondientes, éstos deben distribuírse al efectuarse la partición, entre todos los herederos y a prorrata de sus cuotas.

De lo anteriormente expuesto se concluye que los arrendamientos producidos por los inmuebles de la sucesión, corresponden en el caso sub judice a todos los herederos en común y a prorrata de sus cuotas, o sea, la mitad para la cónyuge sobreviviente, y la otra mitad, para los tres hijos naturales del causante por partes iguales. Así ha debido disponerlo el partidor, en acatamiento a la norma del num. 3º del art. 1.395 del C. C. De consiguiente, tanto la partición como la sentencia aprobatoria, violaron esta disposición, por lo que el fallo recurrido deberá casarse a efecto de que se rehaga la partición en lo concerniente a la distribución de los frutos.

IV—Resolución

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de abril de 1952 y en su lugar se falla:

1º—Revócase la sentencia proferida por el Juzgado 8º Civil del Circuito el día 14 de abril de 1952;

2º—Impruébase la partición practicada en el juicio de sucesión intestada de Luis E. Restrepo Botero;

3º—Ordénase entregar el expediente al partidor para que en el término de cinco (5) días rehaga la partición en lo concerniente a la distribución de los frutos producidos por los bienes herenciales, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

Sin costas.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CUANDO PUEDE DECRETARSE EN CASACION LA NULIDAD DE LA ACTUACION

En casación no pueden tener lugar los incidentes de nulidad tendientes a invalidar la actuación, porque en los procesos civiles que lleguen a su examen en vía de casación, sólo al través de la causal 6ª del artículo 520 del C. J. alegada por el recurrente, o también cuando casada la sentencia del Tribunal, al fallar en instancia reemplaza al fallados de segundo grado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre once de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado sustanciador: Dr. Darío Echandía)

En este juicio de pertenencia de Miguel J. Neira y otros, el señor Procurador Delegado en lo Civil pide en el anterior escrito de cuatro de septiembre, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la ejecutoria del auto aprobatorio de la liquidación de las costas a que fue condenada, por la sentencia recurrida, la parte que interpuso este recurso de casación.

Para resolver, la Sala considera que "en el recurso de casación, de carácter extraordinario, no existe propiamente un debate judicial entre las partes, sino el enfrentamiento de una providencia judicial definitiva con la ley, son impertinentes los incidentes de nulidad tendientes a invalidar la actuación, que sólo pueden tener oportunidad en las instancias del proceso". (Casación, abril 2 de 1931, Tomo LI, número 1971, página 180).

Además, en auto de diez de septiembre en curso, esta Sala dijo:

"La Corte en los procesos civiles que lleguen a su examen en vía de casación, puede conocer de nulidades procesales al través de la causal 6ª del artículo 520 del C. J. alegada por el recurrente, o también cuando casada la sentencia del Tribunal, al fallar en instancia reemplaza al fallador de segundo grado. Pero en la secuela del recurso de casación es improcedente el incidente de nulidad procesal."

Por lo expuesto, no se accede a la mencionada petición del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cópiese y notifíquese.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SOBERANIA DEL TRIBUNAL EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL.—SU ALCANCE

El sentenciador se encuentra provisto por la ley de amplios poderes discrecionales para formar su propio juicio con base en las presunciones inferencias o deducciones racionalmente desprendidas de los informes periciales, cuando quiera que la sujeta materia no versa sobre avalúos o regulaciones numéricas en el caso del inciso 1º del Art. 721 del Código Judicial, o de hechos que caen bajo los sentidos externos en la hipótesis del artículo 722 ibídem. Por consiguiente, en puntos susceptibles de opinión nada más, pero no de certeza, la convicción del Tribunal debe prevalecer ante la Corte en casación, por cuanto el debate al respecto quedó definitivamente cerrado en la instancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Por escritura número 9 otorgada en la Notaría 1ª de Medellín el 3 de enero de 1939, Obdulia, Gabriela y Luisa Mejía Isaza compraron el terreno y casa de tapia y teja que, bajo el número 50-9 de la carrera de Alemania, se hallaba ubicada en el barrio de "Miraflores" de aquella ciudad.

En las inmediaciones y en el año de 1944, el Municipio de Medellín inició el trabajo conducente a la canalización y cobertura de la quebrada de "La Cangreja", para lo cual, mediante excavaciones, empleo de dinamita para remover roca y piedras, y demás tareas auxiliares, profundizó el cauce, pero dejó inconclusa la obra por largo tiempo. Construía también por entonel alcantarillado de la calle de Colombia, entre carreras Francia y Alemania.

Y sucedió que una piedra rodada, de dimensiones suficientes para obstruír el libre paso de las aguas, vino a quedar en el cauce, de tal modo que por la carrera de Alemania tomaba curso la corriente represada en busca de salida, para precipitarse más adelante al lecho acostumbrado.

En 22 de noviembre de 1949, por acción del agua y consecuenciales deslizamientos, vino a tierra una columna que sostenía aquella casa, y las moradoras se vieron en la necesidad de desocuparla. Más tarde, el 10 de junio de 1950, la habitación se derrumbó íntegramente.

Contra el Municipio de Medellín incoaron demanda las propietarias del inmueble para pedir que se le declarara responsable de los perjuicios causados por el siniestro, que se estimaron en $ 25.000; y que, en consecuencia, sea condenado en definitiva al pago de esa cantidad o la resultante del avalúo pericial en el curso del juicio.

El Juez 2º Civil de aquel Circuito desató el litigio en primera instancia, por sentencia absolutoria proferida el 8 de agosto de 1951. En tanto que el Tribunal Superior de Medellín para finalizar el segundo grado del juicio, con fecha 27 de enero de 1953, resolvió así:

"El Municipio de Medellín debe a las señoritas Obdulia, Gabriela y Luisa Mejía Isaza el valor de los daños que les ocasionó con motivo del accidente de que trata la presente sentencia. Tales perjuicios se regularán por el procedimiento del art. 553 del Código Judicial, y en ningún caso excederán de la suma que fue fijada en la demanda como valor de ellos."

Cumple ahora decidir sobre el recurso de casación interpuesto oportunamente por la parte demandada. Se apoya en la causal 1ª, y en forma muy precisa están formulados dos reparos: uno como principal y el segundo como subsidiario.

El primer motivo consiste en la alegada violación de los artículos 705, 722 y 723 del Código Judicial, por error de derecho al apreciar el sentenciador la prueba por peritos y entender que el Municipio de Medellín, "es responsable, y responsable único, por culpa a él imputable, del derrumbamiento de la casa de las señoritas Mejía Isaza," expresa la demanda. Y después de comentar varios pasajes del fallo acusado y de referirse a la prueba pericial, dice:

"Ocurre, sin embargo, que de los ocho peritos que dictaminaron acerca del origen del acciden-

te de que se queja la parte demandante, dos de ellos extrajudicialmente y únicos que estuvieron en pleno acuerdo, los seis restantes estuvieron, por lo general en completo desacuerdo y en forma manifiestamente excluyente del parecer de los demás ora en cuanto a sus conclusiones mismas ora en cuanto a la fundamentación técnica de ellos."

Y agrega más adelante:

"Resulta pues de las memoradas contradicciones que en gran parte corresponden a simples conjeturas de los distintos peritos, que en realidad se ignora la existencia de una causa precisa y cierta como determinante de la destrucción de la casa perteneciente a la parte actora, y si se prescinde de la consistente en haber construído ella en terreno inapropiado para el caso, por su calidad de deleznable, circunstancia ésta que repugna, por lo demás, a las pretensiones de la referida parte demandante."

Estima así el recurrente que por faltar uniformidad en el dictamen siquiera de dos de los peritos, en lo que respecta a los fundamentos y conclusiones, no reune la prueba los requisitos previstos por la ley, surge error de derecho en su apreciación y, por consecuencia, el quebrantamiento por el sentenciador de los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, sobre responsabilidad extracontractual.

Se considera:

El fallo acusado se detiene no sólo en el análisis y valoración de los informes periciales, sino que estudia del mismo modo las demás pruebas que obran en autos, como declaraciones de testigos e inspecciones oculares, y encuentra establecido el hecho de que el Municipio de Medellín empezó en 1944 la canalización de la quebrada de "La Cangreja" y el alcantarillado de la calle de Colombia entre las carreras de Francia y Alemania; que profundizó el cauce de aquella vertiente de agua, que suspendió por varios años la obra, inconclusa todavía cuando en 22 de noviembre de 1949 la casa se hizo inhabitable, y que en la misma forma estaba suspendida a mediados de 1950, en que se vino a tierra por completo la dicha edificación.

Cierto es que la materia sujeta al dictamen no es de aquellas que permita llegar a conclusiones indubitables de acuerdo con las normas científicas concernientes a la profesión de los peritos, con base en hechos perceptibles por los simples sentidos externos, sino que por la naturaleza misma de las cosas el caso **sub judice** queda situado en el campo de los juicios, presunciones, inferencias y deducciones conducentes a los poderes discrecionales con que está dotado el sentenciador de instancia para formar su propia convicción, mediante la sana crítica de los elementos auxiliares de su juicio según se desprendan de los términos de la peritación, la calidad misma de los expertos, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen. O sea, que la hipótesis está prevista por el artículo 723 del Código Judicial, cuyos términos someten el valor de la prueba por peritos en tales eventos a la persuación racional del juzgador, dentro de arbitrios tales que el ataque en casación por lo común no tiene cabida.

El sentenciador examina los diversos dictámenes periciales que estuvieron a su conocimiento. No acepta que la circunstancia de que los desagües domiciliarios se encontraran desconectados con la alcantarilla de la calle de Colombia fuese la causa determinante de los deslizamientos, según la opinión de los doctores Franco y Yarce, porque no la consideran así los peritos doctores Vargas, Guendica y Escobar, ni tampoco los que actuaron en la segunda instancia, doctores Mondragón, Pérez Castro y Agudelo; y porque, además, en sentir del Tribunal, si los empalmes no fueron hechos, debe concluirse que el Municipio no tuvo el cuidado y la elemental previsión de efectuarlos cuando construyó el alcantarillado central, que era de reciente ejecución.

Desecha igualmente el Tribunal que la causa directa del daño se hallara en la existencia de aguas subterráneas, como lo indicó el perito Dr. Vargas, sin que estuviesen de acuerdo el Dr. Guendica, ni tampoco los otros peritos. Doctores Mondragón, Pérez Castro y Agudelo. "Para la Sala —dice el sentenciador— es muy juiciosa la observación del perito Dr. Agudelo, en el sentido de que esas corrientes, que antes jamás habían producido deslizamientos en ese sector, no influyeron ni podían influír, salvo que se produjeran alteraciones en el equilibrio de las originales masas de tierra que están en posición superior a tales corrientes subterráneas. Admitir lo contrario a lo que sienta el perito Dr. Agudelo equivaldría a admitir una coincidencia por demás extraña. Y esto equivaldría a situar la génesis del accidente en un plano absolutamente oscuro, lo que es inaceptable, máxime cuando en varias peritaciones se indican las causas determinantes."

Entendió pues el sentenciador que la causa fundamental del siniestro fue debida a pérdida de solidez en el terreno donde la habitación estuvo edificada, como fenómeno consecuencial del hecho de haberse adelantado la obra municipal sin las precauciones indispensables, y por suspenderla durante varios años, no obstante el peligro para las propiedades vecinas.

Dice, en efecto, el Tribunal:

"Es obvio que de no tornarse inconsistente el terreno, no se hubiera derrumbado la edificación que por 17 años, desde que fue construída, se había mantenido firme. De suerte que el motivo por el cual la casa se vino al suelo fue el haber perdido su solidez el terreno sobre el cual se levantaba. Y la causa decisiva de este fenómeno fue, al decir de varios testigos, y conforme al concepto fundamentado de algunos de los distinguidos ingenieros que intervinieron como peritos, hecho de haberse adelantado la canalización de "La Cangreja", en primer lugar sin haberse tomado las medidas aconsejables para impedir el desmoronamiento de las tierras adyacentes, y en segundo lugar este mismo hecho unido a la inexplicable conducta del Municipio de dejar inconclusas esas obras durante varios años, a pesar del peligro evidente que esto implicaba para las propiedades vecinas."

Entre otros elementos de juicio, esta convicción del sentenciador encuentra apoyo en el parecer unánime de los peritos Dres. Mondragón y Pérez Castro, cuando absolvieron la pregunta c) del interrogatorio formulado por el Fiscal, a saber:

"c)—Si es verdad que la casa de las demandantes estaba construída sobre un terraplén artificial formado con tierra movida y mal pisada, el cual no era por tanto apto para la construcción del edificio."

Respuesta:

"A la pregunta c)—Mientras la quebrada La Cangreja estuvo descubierta, no se tuvo noticia de que la residencia de las señoritas Mejía I. hubiera presentado muestras de fallas en su estabilidad. Pero una vez encausada por un colector ciertamente correcto en sus especificaciones técnicas, pero imprudentemente suspendido exactamente en frente de aquella, el efecto del fuerte impacto de las aguas principalmente en las crecidas y borrascas no podía menos de ser fatal: en parte por el golpe mismo de los chorros y en parte por la tracción ejercida por el bloque desprendido a causa del debilitamiento de la "pata" del relleno." (fs. 44 y 45 v. C. 4.).

Se sigue de lo anterior que el juicio del Tribunal en lo concerniente a la valoración de los informes periciales aducidos en el caso de autos, no puede ser infirmado por la Corte, por estar bajo el imperio del poder discrecional propio del juzgador en la instancia. Y así, no prospera el cargo.

El segundo motivo está invocado en forma subsidiaria, y se funda en la alegación de que en el supuesto de admitir eficacia probatoria a los informes periciales "lo único perfectamente definido y claro que de ellos aparece es que, si existe alguna culpa a cargo del Municipio, tal culpa sería concomitante de la de la parte demandante consistente en haber construído ésta en terreno deleznable que le exigía la erección de adecuadas fundaciones de la edificación misma." Y después de continuar la demanda con la cita de algunos apartes de los doctores Mondragón y Agudelo, sobre la constitución geológica del terreno, especialmente en su geognosia y estratigrafía, y en cuanto a las fundaciones o cepas de las casa que fue objeto del siniestro, trascribe este pasaje del fallo del Tribunal:

"Es de máxima importancia recalcar que no se ha establecido en los autos que la casa de las actoras, por razón de sus dimensiones o materiales de construcción, fuera tan pesada, que no hubiera sido aconsejable, en atención al peligro de derrumbamiento que podría amenazarla, levantarla sobre suelo terraplenado. Al contrario, parece que se trataba de un edificio de especificaciones comunes y corrientes y de igual naturaleza que las otras del mismo sector."

Y agrega el recurrente:

"Desde luego en esta declaración del Tribunal aparece un manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, que toca fundamentalmente con los peritazgos todos que figuran en el juicio, y de manera más manifiesta aún con los peritazgos del Dr. Mondragón (antes trascrito en parte) y del perito tercero Dr. Agudelo, de los cuales peritazgos aparece que cualquiera que pudiera ser el peso de la construcción, no podía presentar solidez alguna si se construyó sobre el terraplén sin las fundaciones adecuadas."

Aduce el recurrente que a más de ese manifiesto error de hecho, lo hubo de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por cuanto el sentenciador estimara que la casa derrumbada tenía fundaciones lo suficientemente profundas para quedar apoyadas en capa resistente, cuando esto no aparece atestiguado sino por el perito Dr. Agudelo, no por el Dr. Mondragón ni por los peritos que dictaminaron en primera instancia.

De los errores alegados deduce la demanda que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 2357 del Código Civil, sobre concurrencia de culpas.

Se considera:

Si como viene expuesto en el examen de primera acusación, el sentenciador se encuentra provisto por la ley de amplios poderes discrecionales para formar su propio juicio con base en las presunciones, inferencias o deducciones racionalmente desprendidas de los informes periciales, cuando quiera que la sujeta materia no versa sobre avalúos o regulaciones numéricas en el caso del inciso 1º, artículo 721 del Código Judicial, o de hechos que caen bajo los sentidos externos en la hipótesis del artículo 722 ibidem, es preciso admitir en el presente asunto que la convicción del Tribunal en puntos susceptibles de opinión nada más, pero no de certeza, debe prevalecer ante la Corte, por cuanto el debate al respecto quedó definitivamente cerrado en la instancia.

El juicio del sentenciador se fundó en el análisis de todo el acervo probatorio, y las apreciaciones trascritas del fallo cuando se examinó el primer cargo, atinentes a que la casa no se habría derrumbado si no fuese porque el terreno perdió la solidez que tuvo durante los 17 años en que la casa de las demandantes permaneció en pié, no están contradichas por elemento alguno de prueba que en el proceso conduzca a demostrar de manera evidente lo contrario.

Aparece admitido por las partes que la casa de las señoritas Mejía Isaza se mantuvo firme durante 17 años después de construída. Y este hecho incontrovertido demuestra por si solo que la edificación tuvo coeficiente racional de seguridad, que no se desintegró como consecuencia de vicios propios; lo cual, unido a las circunstancias anotadas por el sentenciador, acerca de la canalización de "La Cangreja", del intempestivo abandono de esos trabajos, y a la subsiguiente, de que los derrumbes cesaron cuando la obra quedó concluída, lleva a la conclusión de que no inciden en la sentencia los alegados errores de hecho y de derecho, ni la violación consecuencial de la norma sustantiva invocada por el recurrente.

En tal virtud la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el día 27 de enero de 1953, que ha sido objeto del recurso.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—PARA QUE PUEDA HACERSE LA DECLARACION DE PATERNIDAD CON BASE EN LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL POR PARTE DEL DEMANDANTE, SE REQUIERE QUE LA EXPRESION CONCEPTUAL DE LOS TESTIGOS SOBRE EL TRATO Y LA FAMA, ESTE RESPALDADA POR LOS HECHOS DE EDUCACION, SOSTENIMIENTO Y ESTABLECIMIENTO DEL ACTOR REALIZADOS POR EL PRETENSO PADRE

1—Para que pueda hacerse la declaración de filiación natural con base en la posesión notoria del estado de hijo, el tratamiento y la fama que deben probarse, deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación, y c) a su establecimiento (artículo 6º de la Ley 45 de 1936). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen.

2—Al decir el artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un CONJUNTO de testimonios FIDEDIGNOS, "que la establezcan de un modo IRREFRAGABLE" sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones, responsivas exactas y completas, como deben serlo, sean "incontrastables" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado.

3—La soberanía de que en la generalidad de los juicios disfruta el sentenciador para apreciar los hechos jurídicos, hállase notablemente restringido en los procesos de filiación natural, a consecuencia del severo régimen probatorio impuesto AD-HOC por el legislador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez)

Por medio de apoderado, Víctor Fernández demandó ante el Juez del Circuito de Facatativá a la sucesión ilíquida de Otoniel Fernández, representada por la cónyuge supérstite, Elodia María Huertas de Fernández, y por dos hermanas legítimas del de cujus, María Laura de la Concepción y María Julia Fernández, para que con su citación y audiencia, se hicieran estas declaraciones:

1º—Que el demandante es hijo natural de Otoniel Fernández;

2º—Que, consecuencialmente Víctor, Fernández es heredero 'legítimo' del causante Otoniel, y

3º—Que debe tenerse al citado Víctor como parte interesada, con el ya dicho carácter, en el juicio de sucesión de Otoniel Fernández, a la sazón en curso en el mismo Juzgado, para que allí se le hagan las adjudicaciones que por ley le correspondan.

Afirmóse en la demanda que Víctor Fernández nació en Anolaima el 7 de mayo de 1.915 de la unión extramatrimonial, notoria y estable, de Otoniel Fernández y de Mercedes del mismo apellido. Y, además, lo que sigue: "D) El señor Otoniel Fernández prodigó (sic) a mi poderdante Víctor Fernández desde su más tierna infancia y durante más de veinte años, tratándolo como su hijo y presentándolo como tal a sus deudos y amigos, así como también proveyendo a su congrua subsistencia, por lo cual esos deudos y amigos y el público en general de la región de Reventones del Municipio de Anolaima, donde siempre vivió, reputó a Víctor Fernández como hijo natural de Otoniel Fernández". D) (sic). El presunto padre no dejó hijos legítimos ni ascen-

dientes. E). Dicho sujeto "falleció a consecuencia de heridas recibidas en defensa de mi poderdante, con ocasión de una riña suscitada en el caserío de **Reventones**, entre Víctor Fernández y un agente de la Guardia de Cundinamarca, según informes, ilícito que se está investigando".

El apoderado de la cónyuge, diciendo obrar "conforme a claras instrucciones" de su mandante, manifestó que no se oponía a que se hicieran las declaraciones impetradas. Y cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los marcados con las letras D, D. (otra vez) y R., ya extractados.

Las otras dos demandadas, al contrario, contestaron así: Laura, dijo que ignoraba todos los hechos aducidos, menos el de haber fallecido Otoniel sin dejar hijos legítimos. María Julia expresó igual ignorancia, pero aceptó que el de **cujus** dejó al fallecer, cónyuge y dos hermanas legítimas, o sea las dos demandadas. En consecuencia, ambas se opusieron a las acciones deducidas en juicio.

El juez del conocimiento puso fin a la instancia con la sentencia de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, por la cual se accedió a todo lo pedido en la demanda, sin imponer pago de costas a la parte vencida.

Apelado que fue este fallo por el apoderado de Laura Fernández, el Tribunal lo confirmó mediante el suyo de diez de octubre siguiente, con costas a cargo de la recurrente, la que, considerando que esta última decisión es violatoria de la ley sustantiva, interpuso contra ella el postrer recurso que le quedaba, o sea el de casación. El sentenciador de segundo grado se lo concedió y, como ha sufrido el trámite de rigor, pasa la Corte a considerarlo, previa la transcripción de la parte motiva que incide en la resolución del Tribunal.

Dijo éste, después de analizar todo el haz probatorio ofrecido por el demandante:

"Pues bien: examinados los testimonios presentados por la actora a la luz de los principios legales y doctrinarios que rigen la prueba del estado civil de hijo natural, concluye la Sala falladora que tales testimonios sí acreditan suficientemente las circunstancias constitutivas de dicho estado, como son el tratamiento y la fama, que es consecuencia directa del primero, porque el trato de hijo que Otoniel Fernández daba a Víctor les consta a los testigos en virtud de hechos positivos conocidos por ellos y, además, aptos para establecer aquél, como son el haber atendido a su sostenimiento desde su "más temprana edad" y por mucho más de diez años; el haberlo mantenido en la misma casa con su esposa en calidad de hijo, como ésta misma lo acepta al dar contestación a los hechos fundamentales de la demanda; el haberlo presentado a deudos y amigos como hijo suyo, y el haber acudido a reclamar contra el accidente protagonizado por Víctor, y de que precisamente resultó la muerte del propio Otoniel.

"Es cierto, como lo alega la recurrente, que los testigos, al referirse a la educación no determinan en qué consistió ésta, limitándose a afirmar que Otoniel prodigó a Víctor "los medios" para ella. Pero esa omisión o deficiencia no demerita el valor de la prueba, porque al hacer tal afirmación, implícitamente están diciendo que el pretenso padre costeó la educación del hijo, que es lo que exige en realidad la ley; y porque tratándose, como se trata, de un factor simplemente concurrente en la comprobación de la posesión notoria de la filiación, y que está estrechamente relacionado con el nivel social de las personas, su grado de cultura, etc., bien pudiera ocurrir que en ocasiones tal factor no hubiera existido sin que por ello hubiera lugar a desconocer el estado civil, frente a otras pruebas suficientes para establecer el tratamiento correspondiente a él.

"Tampoco se descubre insuficiencia en la parte de los testimonios relativa al establecimiento del pretendido hijo, porque los testigos afirman por el conocimiento personal de los hechos, que Otoniel Fernández encargó del manejo de sus bienes a Víctor.

"Respecto de la fama de hijo que, como anteriormente se dijo, es consecuencia del tratamiento que corresponde naturalmente a ese estado y que puede ser por lo tanto motivo de inferencia por parte de los testigos a quiénes les consta este hecho, ningún reparo puede hacerse, puesto que éstos son explícitos en sostener que a virtud del tratamiento de hijo que Otoniel daba a Víctor, y del hecho de presentarlo como tal, ellos, sus deudos y el vecindario de Reventones en general, siempre reputó (sic) a Víctor como hijo de Fernández.

"Concurren a darle fundamento a la prueba testimonial de que se hace mérito, el hecho de haber aceptado la propia viuda del pretendido padre, al dar respuesta a la demanda, las circunstancias determinantes de la posesión notoria del estado de hijo natural aducidas por el actor como causal para fundamentar el reconocimiento impetrado, lo mismo que la intervención de Víctor, como "hijo natural" del causante, en el re-

parto y adjudicación de los semovientes que fueron de propiedad de Otoniel Fernández; y la circunstancia de que los otros dos demandados hubieran también intervenido en dicho acto sin haber opuesto reparos, ni a la presencia de Víctor en ese reparto como hijo natural del causante, ni a la adjudicación de los bienes repartidos, que se le hizo en el mismo carácter, según consta de la diligencia respectiva, que se consignó en el documento varias veces citado.

"Este documento no adolece del vicio de falta de autenticidad en su contenido, que le señala la demandada señora Laura Fernández, porque se extendió ante un funcionario público en ejercicio de sus funciones, como lo es el Corregidor de Reventones, de la jurisdicción municipal de Anolaima, y su secretario, y porque figuró en los autos sin que las partes a quienes se opuso como prueba, lo objetaran en su contenido, o lo redarguyeran de falso en la oportunidad que para ello señala la ley (art. 469 C. J.).

"Por esta razón, las citadas declaraciones de Gilberto Fernández y de Alfonso Romero Fernández carecen de efecto para demeritar el instrumento de que se trata, con fundamento en el hecho de no ser cierto su contenido por haberlo suscrito, sin leerlo, las personas que en él figuran".

El recurso

Vistos los artículos 4º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936, que el recurrente considera infringidos en la sentencia acusada, porque el fallador, según el cargo único que contra ella se dirige, dejó de aplicar los artículos 398 y 399 del Código Civil al valorar los testimonios que adelante se mencionan, y el aludido documento público, debido a lo cual el Tribunal, a su juicio incurrió en error 'de hecho" y de derecho; y

Considerando:

Que los aludidos testimonios, con los cuales se pretendió establecer la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Víctor Fernández respecto de Otoniel Fernández, ya fallecido, fueron los rendidos por Caupolicán Ayala, Polidoro Amórtegui, Arturo Valenzuela, Arturo Ramírez, Marco A. Bermúdez, Valerio Prieto, José A. Garzón Niño, Juan Méndez C. y Demetrio Bohóquez (Cuad. 2º, folios 4v y siguientes);

Que todas las mencionadas declaraciones constituyen un calco o repetición formal de los términos con que la parte demandante formuló el interrogatorio que los exponentes debían absolver ;salvo pequeñas discrepancias testificadas, como la de no haber presenciado varios de ellos el hecho a que se refiere el punto 4º del cuestionario;

Que lo uniforme o casi uniforme de dichas declaraciones, —desnudas de toda originalidad y rendidas sin expresar las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que cada uno de los hechos indagados debió de producirse—, se hace patente comparando entre sí los distintos testimonios. Para dar idea de su contenido se transcribe una de ellas, la que corresponde a Caupolicán Ayala, que a la letra dice:

"Me llamo como queda dicho, mayor de edad, natural del Municipio de Bituima, con residencia en la actualidad en el Caserío de Reventones de la jurisdicción del Municipio de Anolaima, casado, de profesión negociante y sin generales de la ley con las partes en este asunto. Al segundo contestó: Me consta que hace más o menos el espacio de veinticinco años conozco al señor Otoniel Fernández, Elodia Huertas y Laura Fernández y Víctor Fernández, quienes habitualmente han residido en el Caserío de Reventones; así mismo me consta por el mismo conocimiento que de ellos tengo, que el señor Otoniel Fernández presentó siempre a Víctor Fernández como su hijo natural, atendiendo a éste desde muy temprana edad, proporcionándole los medios para la educación y suministrándole lo necesario para su subsistencia, pues Otoniel Fernández trata a Víctor Fernández como hijo y este a la vez trata a Otoniel Fernández como su padre; igualmente Elodia Huertas de Fernández trató a Víctor como hijo de su esposo Otoniel Fernández, como también Laura Fernández, hermana de Otoniel trató a Víctor como a su sobrino. Al tercero contestó: Me consta de manera evidente que Víctor Fernández siempre habitó la casa del matrimonio de Otoniel Fernández y Elodia Huertas; ayudó durante mucho tiempo al padre Otoniel Fernández a trabajar y durante los últimos tiempos le manejaba y atendía los bienes. Al cuarto contestó: Me consta de que una vez que fue herido por un Guardia de Cundinamarca Victor Fernández, en el Caserío de Reventones el día cuatro de junio de mil novecientos cincuenta, lugar donde el mentado Víctor siempre residió con su padre Otoniel Fernández y la señora Elodia Huertas de Fernández, en vista del atentado de que fue víctima Víctor Fernández, su padre Otoniel acudió a reclamar contra tal atentado, por lo cual

también fue herido Otoniel Fernández, que llevándolo a Facatativá dejó de existir. Al **quinto** contestó: Me consta por haberlo presenciado que los esposos Otoniel Fernández, Elodia Huertas de Fernández y Víctor Fernández vivieron siempre en una misma casa, en el Corregimiento de Reventones del Municipio de Anolaima; viviendo yo y mi familia en esta misma región, y tratándonos con muy buena amistad e íntimamente. Al **séptimo** contestó: Me consta de manera evidente que tanto los deudos, mi familia y amigos de Otoniel Fernández, así como el Caserío de Reventones reputamos siempre a Víctor Fernández como hijo natural de Otoniel Fernández, porque éste lo trató y presentó desde niño como su hijo, atendiéndolo durante el tiempo de veinticinco años, proveyéndolo de lo necesario para su subsistencia y educación, manteniéndolo a su lado para más tarde encargarlo del manejo de sus bienes, dándose entre éstos el tratamiento recíproco de padre y de hijo. Es cuanto me consta y puedo declarar en guarda de mi juramento prestado";

Que para establecer la posesión notoria del estado civil de hijo natural, como causal para invocar la declaración judicial de ese estado, deben probarse: a) el tratamiento o **tractatus** que el presunto padre o madre hayan dado al hijo, considerándolo como tal, a lo menos durante el término continuo que como mínimo fija la ley, y b) la **fama** o reputación que, con base en ese tratamiento, tenga el hijo de serlo respecto de determinada persona, en calidad de habido fuera de matrimonio;

Que el tratamiento y la fama deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación, y c) a su establecimiento; (art. 6º de la ley 45 citada). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen. Así, el hecho aquí alegado de que Otoniel Fernández arriesgara su vida, hasta perderla, en un incidente en que fue protagonista Víctor Fernández, demuestra a efecto e interés de la víctima por éste, pero no es prueba legalmente idónea de la predicada filiación;

Que al decir el artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la ley 45 de 1.936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un **conjunto** de testimonios **fidedignos**, "que la establezcan de un modo **irrefragable**" sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones, —responsivas, exactas y completas, como deben serlo— sean "incotrastables" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado;

Que la Corte, por medio de esta Sala de Casación Civil, en sentencia de 16 de octubre de 1943, dijo lo que sigue: "Respecto de la parte final del artículo 6º de la ley 45, o sea la circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma que la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto, no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos" (G. J. tomo LVI, pág. 206, 2ª);

Que esta misma Sala falladora en sentencia fechada el 21 de abril último, aún no publicada en la **Gaceta Judicial** (filiación natural de Humberto Triana), refiriéndose a la prueba de la posesión notoria del estado civil, hizo la siguiente apreciación: "Este rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañedera al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de la filiación natural: porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (**Pater is est quem nuptiae demostrant**) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial";

Que en el caso a que se contrae la sentencia **sub judice**, dejaron de acreditarse en la forma expuesta los elementos constitutivos del estado

de hijo natural, particularmente la educación y establecimiento que a Víctor Fernández diera Otoniel del mismo apellido, pues los testigos no expresan en cuales escuelas o institutos recibiera aquélla, cuál el grado de enseñanza suministrada, por cuánto tiempo, ni dicen en qué consiste el establecimiento del supuesto hijo, etc., y

Que todo lo expuesto demuestra que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar las pruebas señaladas por el recurrente, toda vez que la soberanía de que en la generalidad de los juicios disfruta el sentenciador para apreciar los hechos jurídicos, hállase notablemente restringida en los procesos de filiación natural a consecuencia del severo régimen probatorio impuesto ad-hoc por el legislador.

El Magistrado Rodríguez Piñeres agrega a la argumentación fundamental del fallo, su concepto de que éste quedaría bien fundado en el hecho de no haberse seguido el juicio con legítimo contradictor.

Por todo lo dicho 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 de Bogotá fechada el diez de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, revoca la de primera instancia, dictada por el Juez de Circuito de Facatativá el veinticinco de febrero inmediatamente anterior, y FALLA:

Deniéganse todas las peticiones contenidas en la demanda ordinaria incoada por Víctor Fernández el catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta contra la sucesión de Otoniel Fernández, representada por Elvira Huertas de Fernández, María Laura de la Concepción Fernández y María Julia Fernández.

Consecuencialmente, absuélvese a la sucesión demandada de todos los cargos que en dicho libelo se dedujeron contra ella.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre.—Alfonso Márquez Páez Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LAS CONTRADICCIONES EN LA PARTE MOTIVA DE LA SENTENCIA NO INDUCEN CAUSAL DE CASACION. — ANTES DE LA LIQUIDACION, LOS COPARTICIPES NO TIENEN INDIVIDUALMENTE PROPIEDAD, EN EL ESTRICTO SENTIDO DE LA PALABRA, EN NINGUN CUERPO CIERTO DE LOS QUE COMPONEN LA COMUNIDAD. — EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL JUICIO

1—No basta que se omitan los soportes probatorios de un hecho, para que haya error en la apreciación de aquéllos. El error de hecho puede ocurrir por dejar de percibir lo que hay o por imaginar lo que no hay en el proceso; pero en el primer caso la falta de estimación formal no implica error cuando el fallo acepta la existencia del hecho como si expresamente hubiese, tomado en cuenta los elementos probatorios pertinentes. Ello equivale a haberlos percibido, primero, y valorado, después. Distinto es el caso en que existiendo la prueba, declara, sin detenerse en ella, que el hecho no está probado. Pero, aceptada la existencia del hecho, es razonable suponer que el sentenciador tomó en cuenta la probanza, sin embargo de no haberla mencionado en el fallo.

2—Como la falta de estimación o la equivocada estimación de una prueba que necesariamente tienen que implicar desacato a los textos legales sobre materia probatoria, pueden no implicarlo a los preceptos sustantivos que rigen la acción, para la prosperidad del cargo en casación, debe el recurrente citar también los textos legales concernientes a la sustancia del negocio, que él considere violados.

3—Cuando el cargo contra el fallo recurrido se hace consistir en que el Tribunal declaró no probada una excepción perentoria, la causal de casación procedente es la segunda del artículo 520 del C. J.

4—Aunque es cierto que la sociedad conyugal disuelta por muerte de uno de los cónyuges, es una comunidad universal cuyos partícipes son el cónyuge y los herderos del difunto; y que la comunidad, singular o universal, no es persona jurídica, y carece por tanto de capacidad para ser parte en juicio, según lo declaró la Corte en sentencias de 1º de abril y 17 de agosto de 1954; sin embargo, ello no quiere decir que los copartícipes no tengan capacidad para obrar individualmente, en favor de la comunidad, de acuerdo con la norma que en materia de comunidades sobre el dominio y demás derechos reales en general y respecto de las servidumbres en particular,, consagran, respectivamente, los artículos 2525 y 943 del C. C.

5—Mientras la comunidad no se haya liquidado, los copartícipes no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de los que componen la comunidad Tienen cuotas o derechos de copropiedad, que es propiedad en común, pero no propiedad propiamente dicha, que es dominio exclusivo En consecuencia, el comunero puede enajenar su cuota, su derecho de copropietario, que es lo que tiene; no cuerpo cierto, para lo cual tendría que ser titular de la propiedad, que es lo que no tiene. De donde se sigue que la venta de un cuerpo cierto, celebrada por uno de los copropietarios, es simplemente venta de cosa ajena y se rige, en consecuencia, por las disposiciones que gobiernan esta figura, según lo establecen el artículo 779 del C. C., para toda especie de comunidad, y el 1401 ibídem para la comunidad herencial.

6—Las contradicciones en la parte motiva de la sentencia no inducen motivo alguno de casación, ya que la causal tercera del artículo 520 del C. J., se refiere a las en que se incurra en la parte resolutiva y sólo cuando subsistan después de haberse pedido aclaración de ella.

7—No es casable por la causal segunda el fallo que ordenó la restitución de parte de un inmueble cuando la demanda se refirió a todo él, pero el derecho del actor apareció demostrado en el juicio sólo en lo tocante con una parte de la finca reivindicada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte procede a decidir sobre el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en el juicio ordinario de Eutiquio Castellanos y otro contra Eduardo Emilio López, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 6 de octubre de 1952.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

I

1.—Eutiquio Castellanos y Luis Miguel Castellanos en nombre de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Nepomuceno Castellanos y Vicenta Alvarado de Castellanos, demandaron a Eduardo Emilio López para que se declarase que pertenece a dicha sociedad el dominio de una finca rural denominada "La Florida", ubicada en el Municipio de Villahermosa, fracción de Pavas, paraje de Marsella, en el Departamento del Tolima; para que se les condenara a restituírla a dicha sociedad conyugal, con sus mejoras y frutos y a pagar las costas del juicio; y para que se declarara que es ineficaz y no produce consecuencia jurídica alguna la venta que hiciera Vicenta Alvarado v. de Castellanos a Eduardo Emilio López mediante escritura pública Nº 168, de 27 de febrero de 1945, de la Notaría del Líbano.

2.—Se fundan los demandantes en estos hechos principales: el inmueble fue comprado por Vicenta Alvarado de Castellano cuando se hallaba casada con Nepomuceno Castellanos, por medio de instrumento público Nº 204, de 11 de julio de 1929, otorgado en la Notaría de Villahermosa; la sociedad conyugal constituída por la compradora y su marido quedó disuelta, por muerte de éste, acaecida el 25 de julio de 1932; y sin liquidarla la cónyuge sobreviviente vendió el fundo mencionado a Eduardo Emilio López, según escritura pública Nº 168, de 27 de febrero de 1945, de la Notaría del Líbano.

3.—El demandado se opuso a lo solicitado, propuso las excepciones de petición antes de tiempo y de modo indebido; e introdujo contrademanda para que en caso de que prosperase la acción de los demandantes, se les condenara a restituírle $ 7.500.00, precio por él pagado al comprar la finca y sus intereses, más el valor de mejoras útiles y necesarias, y se desclarara que tiene la retención de la finca mientras no se le satisfagan esos valores.

4.—Los demandados se opusieron a su turno a la contrademanda y formularon la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada.

5.—El Juez de la primera instancia —el del Circuito del Líbano— con fecha marzo 10 de 1951 absolvió a una y otra parte de los cargos de la demanda y la contrademanda y a ninguna condenó en costas.

II

La sentencia recurrida

Apelado aquel fallo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dictó sentencia el 6 de octubre de 1952, así:

"**Primero.**—Revócase la sentencia pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito del Líbano con fecha diez de marzo de 1951.

"**Segundo.**—Declárase como titular propietaria del inmueble la finca de "La Florida", situada en la fracción de "Marsella", Inspección de "Pavas", Municipio de Villahermosa, a la sociedad conyugal en estado de liquidación y que formaron por el hecho del matrimonio los cónyuges Nepomuceno Castellanos y Vicenta Alvarado; y en consecuencia CONDENASE al demandado Eduardo Emilio López a restituír dicho inmueble, del cual está en posesión por los siguientes linderos: "Por el chorro llamado "Rancho Quemado", buscando un chorrito de agua que va al pie de un cafetal o sea la cabecera de un salto: de allí línea recta a un mojón de piedra, que se halla en un filo al pie de un surrumbo; por este filo arriba a buscar otro mojón de piedra que está colocado al pie de un guamo; de éste línea recta directa de travesía a buscar otro mojón de piedra que está al la-

do de arriba de un tronco de yarumo en una vega seca; vega abajo hasta encontrar el nacimiento de una agua en la misma vega; ésta abajo hasta su desemboque en el río "Lagunilla"; río arriba hasta encontrar un chorro llamado "Rancho Quemado", este chorro arriba hasta encontrar el chorrito que va al pie de un cafetal, o sea a la cabecera del salto, primer lindero",

"**Tercero.**—Condénase al demandado como poseedor de buena fe a pagar los frutos naturales y civiles, los cuales serán liquidados mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J., y desde la fecha de la notificación de la presente demanda ordinaria.

"**Cuarto.**—El demandado tiene derecho a que se le paguen las mejoras que acredite plantó con anterioridad a la notificación de la demanda y todo lo cual se ventilará también en el incidente sobre ejecución de este fallo y a que se hizo referencia en el punto anterior.

"**Quinto.**—Condénase al demandado a pagar las costas del presente juicio".

La parte demandada recurrió en casación; el recurso fue admitido; aquella formuló su demanda y el opositor la contestó.

CAPITULO SEGUNDO

Los cargos

La demanda de casación no invoca causal alguna de las señaladas en el artículo 520 del C. J.; el artículo 531 ib., ordena "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo". Apenas si es concebible tal omisión. Ya se ha dicho por esta Sala que la carencia de una especialidad en el país, en materia de casación y también la falta de una mayor responsabilidad en el ejercicio profesional, logran que un alto porcentaje de los recursos de casación fracase. No es explicable, por ejemplo, que en casos como el presente el recurrente hubiese callado sobre la causal o causales que habrían de servirle para organizar su ataque a la sentencia, ni tampoco la manera de formular la acusación, como se verá luego. Aquel silencio sería, por tanto, motivo suficiente para rechazar la demanda, en tratándose de este recurso, regido completamente por una técnica rigurosa.

Empero, la Sala, tratando de interpretar los cargos, pasa a referirse a ellos.

Primer cargo

1.—Lo formula así el recurrente:

"La demanda fue instaurada, o mejor, sus peticiones se formularon por Eutiquio y Luis Miguel Castellanos en nombre y para la sociedad conyugal surgida del matrimonio celebrado entre Nepomuceno Castellanos y Vicenta Alvarado viuda de Castellanos, uriundos del Municipio de Tinjacá en el Departamento de Boyacá.

"Naturalmente, para establecer la legitimación en causa, se imponía demostrar los hechos constitutivos del estado civil que dieron nacimiento a dicha sociedad conyugal y confirieron personería sustantiva a los actores para comparecer en juicio.

"Sobre este particular, la sentencia del fallador de segunda instancia, nada expresó, ni se detuvo a analizar los elementos probatorios aducidos con ese fin, para acomodarse a las prescripciones del C. Civil y de la ley 82 de 1935.

"A falta de la prueba principal sobre el matrimonio de Nepomuceno Castellanos con Vicenta Alvarado y sobre el nacimiento y la calidad de hijo legítimo de Eutiquio Castellanos, se trajeron a los autos los testimonios de David, Bernardo y Juan José Ortegón, Juan de la Rosa Orozco, Arquímedes Delgado y Camilo Avendaño, con el propósito de establecer la posesión notoria del estado civil relacionado con esos hechos.

"De conformidad con los artículos 399 del C. Civil y 19 de la ley 92 de 1938, la posesión notoria del estado civil debe probarse "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable".

2.—Después de hacer la crítica de los testimonios aducidos por la parte actora para probar el matrimonio de Nepomuceno Castellanos y Vicenta Alvarado, y el estado de hijo legítimo de éstos respecto del demandante Eutioquio Castellanos Alvarado, concluye:

"Como se ve, con esa clase de testimonios no se puede concluír que se haya establecido la posesión notoria del estado civil con elementos fidedignos y de un modo irrefragable.

"Eso pone de manifiesto que aparte de las disposicines sustantivas y adjetivas atrás citadas,

fueron violados los artículos 328, 329 y 343 del C. Judicial".

Se considera:

A juzgar por esta última afirmación parece ser la causal primera del artículo 520 del C. J., el sustentáculo del cargo. Pero, ya en esta posición el recurrente sigue guardando silencio, pues se abstiene de decir si la violación de la ley es directa o indirecta, tal como lo dispone la técnica del recurso.

3.—Se ha repetido hasta la saciedad que la causal primera del citado artículo, consiste en la violación de la ley sustantiva, la cual puede asumir dos formas: la de infracción directa o la de infracción indirecta, sobre las cuales se detiene la Sala, desde un punto de vista doctrinario, antes de estudiar la acusación.

Infracción Indirecta.—Sea del caso comenzar por la segunda forma para marcar mejor las diferencias después con la primera. La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio; fuera de éste no puede haber violación indirecta de la ley.

Así, pues sólo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materia del litigio, están o no probados, es cuando puede acaecer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación. Estas equivocaciones pueden ser de dos clases:

a) Puramente de hecho, o sea cuando se da por acreditado un hecho no existiendo la prueba, o se niega que esté acreditado, existiendo la prueba: es el error llamado de hecho, el que por su naturaleza exige que en autos aparezca de modo manifiesto, sin lugar a la más leve y remota duda, es decir, que el medio probatorio omitido por el Tribunal demuestre incontrovertiblemente el hecho contrario afirmado o negado en la sentencia.

b) De orden jurídico, o sea cuando a la prueba que existe, se le otorga un valor que le niega la ley, o se le niega el valor que le asigna la ley: es el llamado error de derecho en la apreciación de las pruebas, que implica siempre violación de disposiciones legales sobre pruebas, fuera de las sustantivas tocantes al fondo del negocio.

Con ambas clases de errores, para su procedencia en casación, debe violarse la ley sustantiva sobre la acción incoada, pero no directamente sino como consecuencia de ellos, porque los errores son apenas el vehículo que lleva a la infracción. Tales errores engendran el quebranto de la ley, y no se podrá hablar de violación indirecta sin la base previa de los errores cometidos en el estudio de las prebas. Por tanto, si el error no aparece, cuando se trata de buscar la prueba de un hecho, no podrá hablarse de violación indirecta de la ley.

A esta forma se refiere el ordinal 1º del artículo 520: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Infracción Directa.—La infracción directa hiere la ley derechamente, 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, contra una costumbre bastante generalizada, 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. Entonces puede violarla:

A) **Por interpretación errónea,** cuando no es clara; mas, los textos, si acaso fueron claros al nacer, el tiempo, las transformaciones de las costumbres y la vida, los cambios sociales y el avance de la jurisprudencia suelen enturbiarlos o hacerlos confusos o deficientes. Un notable tratadista, de vasto influjo en las novísimas corrientes del derecho, dijo que encargar a los jueces de aplicar la ley es tanto como mandarlos a interpretarla. Esta función es una de las más propicias a la disciplina mental de los jueces, al ejercicio sin límites de la investigación científica y al progreso de la doctrina.

B) **Por aplicación indebida,** es decir, resolvien-

do con ella un caso no comprendido en ella; el intérprete la toma por la fuerza y la obliga a servir en la solución de la litis, que le es extraña.

C) **Por falta de aplicación,** debiendo aplicarla, porque para esto fue dictada, porque el caso está contenido en ella. Es la más categórica violación de la ley, llamada por ello, específicamente, infracción **directa.** Es el caso contrario al anterior, porque en vez de invocar el texto para aplicarlo en donde no cabe, lo repele para no aplicarlo en donde sí cabe.

4.—Se infiere de lo dicho que en tratándose de la primera causal de casación, no basta afirmar que se han violado unos textos legales; es menester decir si en forma directa, si en forma indirecta; y en el primer caso agregar si por interpretación errónea, indebida aplicación o falta de aplicación; y en el segundo, si el error es de hecho o de derecho, con señalamiento exacto de las pruebas no estimadas o mal estimadas, y en todos los casos con indicación de las disposiciones legales infringidas y las razones de la infracción de cada una. De otro modo, el opositor no podrá orientar con fijeza y exactitud la defensa del fallo, y en las mismas circunstancias, de imprecisión, cuando no de confusión, se hallará el juez en casación para hacer el estudio de los cargos y para decidir sobre ellos.

5.—Se acusa la sentencia en el primer cargo, de ser violatoria de varias disposiciones legales. No precisa el recurrente, si de manera directa o indirecta; pero, por el desenvolvimento del cargo, se trata de infracción indirecta, mas sin especificar si por error de hecho o de derecho en la consideración de las pruebas del matrimonio de Nepomuceno Castellanos y Vicenta Alvarado y de la calidad de hijo legítimo de éstos, del demandante Eutiquio Castellanos.

El fallo da por probados tales estados. Parece atenerse al de primera instancia que sí se refirió a ellos especialmente. Pero, no basta que se omitan los soportes probatorios de un hecho, para que haya error en la apreciación de aquéllos. El error de hecho puede ocurrir por dejar de percibir lo que hay o por imaginar lo que no hay en el proceso; pero, en el primer caso la falta de estimación formal no implica error cuando el fallo acepta la existencia del hecho como si expresamente hubiese tomado en cuenta los elementos probatorios pertinentes. Ello equivale a haberlos percibido, primero, y valorado, después. Distinto es el caso en que existiendo la prueba, declara, sin detenerse en ella que el hecho no está probado. Pero, aceptada la existencia del hecho, es razonable suponer que el sentenciador tomó en cuenta la probanza, sin embargo de no haberla mencionado en el fallo.

En autos figura la prueba supletoria de dichos estados civiles. El recurrente la ataca —se repite— no se sabe si por errores de hecho o de derecho. Esta es falla grave en el recurso, como antes se dijo. Mas mirado el cargo con amplitud de criterio, no lo habría de hecho, porque allí constan las probanzas que vinieron a suplir la prueba principal; las críticas formuladas no alcanzan a demostrar dicho tipo de error, que ha de ser tan vivo y concluyente que el hecho admitido desaparezca del proceso, porque lo único que se impone a la mente, de manera necesaria. Es el hecho contrario. La autonomía del fallador de instancia, en esa tarea concerniente a las pruebas, no puede ser atacada con éxito sino demostrando que ha errado de esa manera; los demás yerros carecen de sentido en casación.

6.—Por otra parte, y trátese de error de hecho o de derecho, el cargo de infracción de los artículos 399 del C. C., 19 de la ley 92 de 1938, 328, 329, 343, 697, 698 y 701 del C. J., es improcedente, respecto de unos de ellos, por ser adjetivos y respecto de todos porque en tratándose de tales errores, no vale tanto el agravio a los preceptos sobre el derecho probatorio, como el inferido a las disposiciones legales referentes al fondo del negocio, a la acción controvertida, ya que la falta de estimación o la equivocada estimación de una prueba que necesariamente tienen que implicar desacato a los textos sobre materia probatoria, pueden no implicarlo a los preceptos sustantivos que rigen la acción, y en el caso presente el recurrente se abstuvo de citar los textos legales violados, concernientes a la sustancia del negocio, en el supuesto, se repite, de que realmente el sentenciador hubiese cometido los errores.

No se acoge, por tanto, el primer cargo.

Segundo cargo

1.—Está formulado así:

"Como ya se dijo la demanda fue instaurada por Eutiquio y Luis Miguel Castellanos para que se hicieran las declaraciones de su parte petitoria a favor de la sociedad conyugal disuelta pero alíquida Castellanos-Alvarado, a la cual se atribuye la propiedad de la finca de La Florida, comprada por mi mandante a Vicente Alvarado y a Marco Antonio Robles.

"Cuando la compra se hizo por instrumento Nº 168 de 1945, hacía trece años que había fallecido Nepomuceno Castellanos.

"En el supuesto de que estuviera plenamente establecida la calidad de hijos legítimos de los actores, éstos solamente representarían a la sucesión de Nepomuceno Castellanos, pero no a la sociedad conyugal, porque está de por medio el otro miembro de ella —Vicenta Alvarado—, que no ha tomado parte en este juicio como demandante.

"Sobre el particular dijo la H. Corte Suprema en casación del 23 de septiembre de 1921, que la sociedad conyugal, una vez disuelta por muerte de uno de los cónyuges, degenera en una comunidad a la cual representan el sobreviviente y los herederos del otro; y dijo la misma Corporación en casación de 12 de junio de 1928, que disuelta la sociedad conyugal por la muerte de uno de los cónyuges, la representan los herederos de éste y el sobreviviente, de donde se sigue que para ejercitar una acción indivisible, deben obrar todos de consuno.

"Lo anterior pone de manifiesto, que los demandantes carecen de personería suficiente para demandar en nombre de la sociedad conyugal, lo cual pone de manifiesto otra excepción perentoria que, al no ser reconocida por el H. Tribunal, dió por resultado la violación de los artículos 328, 329 y 343 del C. Judicial, 1781, 1805, 1616 y 1820 del C. Civil".

Consiste, por tanto, este cargo en que por haber demandado sólo los hijos, como sucesores de uno de los miembros de la sociedad conyugal, y no en asocio de la cónyuge supérstite, se configuró "otra excepción perentoria, que al no ser reconocida por el Tribunal, dió por resultado la violación de los dichos preceptos".

Se considera:

2.—En primer lugar, en tratándose del hecho de no haber sido declarada en la sentencia una excepción perentoria, la causal de casación procedente sería la segunda del artículo 520 del C. J., pero, como a la vez se alega el quebranto de disposiciones legales, la adecuada sería la primera. La disyuntiva se habría resuelto si el recurrente hubiese cumplido la formalidad elemental de invocar la respectiva causal de casación.

3.—Si se sitúa el cargo en la segunda, es ilusoria la excepción, porque la sociedad conyugal disuelta, por la muerte de uno de los cónyuges, es una comunidad universal cuyos partícipes son: el cónyuge y los herederos del difunto. Es verdad que la comunidad, singular o universal, no es persona jurídica, y carece por tanto de capacidad para ser parte en juicio, según lo ha declarado recientemente la Corte (V. sentencias de 1º de abril último, juicio de Luisa López contra Lucas López y Milcíades Paredes, y de 17 de agosto pasado, juicio de Honorio Rodas Jaramillo contra Donaciano Rodas Jaramillo, no publicadas aún en el Organo de la Corporación), pero ello no quiere decir que los copartícipes no tengan capacidad para obrar individualmente, en favor de la comunidad, de acuerdo con la norma que en materia de comunidades sobre el dominio y demás derechos reales en general y respecto de las servidumbres en particular consagran, respectivamente, los artículos 2525 y 943 del C. C.

Si se enjuicia el cargo a la luz de la causal primera, por infracción directa de los preceptos legales citados, también carece de fundamento, por la razón antes expresada.

En consecuencia se rechaza.

Tercer cargo

1.—Se formula así:

"Si se admite en gracia de discusión, que el bien comprado por mi mandante y cuya reivindicación total se persigue; y que la acción está bien entablada en lo que respecta a la personería de los actores, ocurriría lo siguiente: que disuelta la sociedad conyugal por muerte del marido, la cónyuge sobreviviente quedó en libertad de enajenar la cuota que le pudiera corresponder en dicha sociedad, o sea la mitad de la finca que se pretende volver al patrimonio de la misma.

"Mas como de una parte aparece que la venta se circunscribió a todo el inmueble; y de otra parte resulta que Marco Antonio Robles participó en esa venta como condueño de la parte que había adquirido por compra a Vicente Vargas y Lorenza Páez, por instrumento Nº 18 de 7 de enero de 1944, entonces surge de bulto una doble excepción perentoria :la de petición de modo indebido, desde luego que ha debido demandarse la reivindicación de la mitad del inmueble, como cuota perteneciente a la sucesión; y la de la ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada, desde luego que la acción ha debido enderezarse también contra el señor Robles Munar.

"Existen pues, otros dos hechos exceptivos, cuyo

desconocimiento ha traído como consecuencia la violación de las mismas normas legales puntualizadas en los dos cargos".

Se considera:

2.—Se repite aquí la misma falta de técnica porque a la vez se presenta el cargo por no haber sido declaradas probadas unas excepciones (causal 2ª de incongruencia) y por haberse violado los mismos preceptos legales citados en el cargo anterior (causal 1ª de violación de la ley) y ello bastaría para desecharlo. Sin embargo, la Sala se refiere a él.

3.—Mientras la comunidad no se haya liquidado, los copartícipes no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de los que componen la comunidad. Tienen cuotas o derechos de copropiedad, que es propiedad en común, pero no **propiedad** propiamente dicha, que es dominio exclusivo. En consecuencia, el comunero puede enajenar su cuota, su derecho de copropietario, que es lo que tiene; no cuerpo cierto, para lo cual tendría que ser titular de la propiedad, que es lo que no tiene. De donde se sigue que la venta de un cuerpo cierto, celebrada por uno de los copropietarios, es simplemente venta de cosa ajena y se rige, en consecuencia, por las disposiciones que gobiernan esta figura, según lo establecen el artículo 779 del C. C., para toda especie de comunidad, y el 1401 ib., para la comunidad herencial.

Disuelta la sociedad conyugal la cónyuge sobreviviente podía enajenar su cuota en los gananciales, inclusive vinculada a la finca que vendió; pero, la verdad es que lo que enajenó fue la finca, esto es, un cuerpo cierto, que no le pertenecía y por ello la acción fue correctamente encaminada a reivindicar todo el inmueble y no la cuota de la sucesión, sin que tal planteamiento diese origen a lo que llama el recurrente y llamó la demanda inicial, **petición de modo indebido.**

De esta suerte, si el cargo se toma por incongruencia, no la hay porque no existe excepción que debiera haberse declarado; y si se toma como violación directa de la ley, no se halla infracción alguna.

Cuarto cargo

1.—Consiste en que no habiendo sido identificado el inmueble, faltó uno de los elementos de la acción reivindicatoria acogida en la sentencia, razón por la cual quebrantó el fallador los artículos 946, 947 y 949 del C. C., y 772 y 730 del Código Judicial.

Este cargo sólo habría podido fundarse en la causal primera, por los errores de hecho o de derecho en que hubiese incurrido el fallador al estimar las pruebas tocantes a la identidad del inmueble. El recurrente hace la crítica de tales pruebas desde un punto de vista general, pero no como lo exige el recurso de casación, esto es, mediante la demostración de los errores de hecho o de derecho, o de unos y otros, en relación con las inspecciones oculares, los dictámenes periciales y demás medios de demostración de dicho elemento de la acción.

2.—La sentencia dice que aparece en el proceso identificado el inmueble; esto es, el Tribunal llegó a la conclusión de que existe la prueba de la identidad. Cómo llegó a esa conclusión? No podía ser sino a través de las pruebas, ya que es materia propia del campo probatorio. Que tal prueba no existe, que de las aducidas no surge acreditada la identificación, afirma el recurrente. Es decir, que el sentenciador cometió errores en dicho campo, errores que pudieron suceder por haber supuesto que existe la prueba, sin existir, o por haberles dado a las practicadas sobre identidad del predio, un valor que les niega la ley; esto es, errores de hecho o de derecho en el trabajo de investigación del juzgador en el dominio de las pruebas.

El cargo pasa por alto estas normas y se concreta a formular reparos a aquellas probanzas como si se tratase de una nueva instancia.

Se rechaza, en consecuencia.

Quinto cargo

1.—Se acusa el fallo de infringir los artículos 946 y 952 del C. C., y se fundamenta así:

"Sobre el requisito de la posesión del demandado, que es otro de los establecidos por los artículos 946 y 952 del C. Civil, el H. Tribunal expresó que el inmueble materia de la reivindicación aparece poseído exclusivamente por el demandado López, aunque sin expresar cómo y por qué aparece eso demostrado. Sin embargo, el mismo Tribunal, al repetir que el demandado "ocupa materialmente el inmueble determinado en la escritura pública Nº 204 de 1929" se contradice notoriamente en el fallo acusado, al expresar a continuación que 'no consta la posesión del demandado en relación con todo el inmueble ma-

teria de la demanda, pero sí consta de parte de éste y en relación con él'.

"Y como si eso fuera poco, después de incurrir en semejante contradicción, el fallador de segundo grado agrega que pueden decretarse las peticiones de la demanda, aplicando la norma del artículo 210 del C. Judicial, según la cual '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'. Sin embargo, el H. Tribunal no fue consecuente con esa norma, porque si reconoció en la parte considerativa, que el demandado sólo ocupaba una parte del predio materia de la demanda, no ha debido hacer la declaración de propiedad y de restitución sobre el todo, sino sobre aquella parte, especificándola claramente para no incurrir en una **plus petitio**".

2.—Sobre este particular dice el fallo:

"Igualmente aparece identificado el inmueble materia de la reivindicación con el Indicado en el título de adquisición de Vicenta Alvarado por venta que le hizo Jesús Marín, así como la posesión del demandado Eduardo Emilio López, ya que aparece poseyendo exclusivamente la zona a que se refieren los títulos mencionados anteriormente. (Se puede ver la diligencia de inspección ocular, dictamen escrito de folio 16 a 23 C. Nº 5, pruebas de la parte demandante). Consta del contenido de dichas diligencias de pruebas que el demandado Eduardo Emilio López, ocupa materialmente el inmueble determinado en la escritura pública Nº 204 de 1929, o sea el inmueble cuya titularidad pertenece a la sociedad conyugal por haberlo adquirido a título oneroso uno de los cónyuges. No consta la posesión del demandado en relación con todo el inmueble materia de la demanda, pero sí consta de parte de éste y en relación con él, es obvio que pueden decretarse las peticiones de una demanda, en aplicación de la normal procesal del artículo 210 del C. J., que dice: '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 adeude.....".

3.—El cargo no es por no haberse probado la posesión del demandado, elemento de la reivindicación, sino por la contradicción que para el recurrente contiene el pasaje inserto de la sentencia.

Pero, las contradicciones en la parte motiva de la sentencia no inducen motivo alguno de casación, ya que la causal tercera (artículo 520 C. J.) se refiere a las en que se incurra en la parte resolutiva y sólo cuando subsistan después de haberse pedido aclaración de ella.

4.—Por lo demás, la demanda comprendió un inmueble más extenso que el que compró la cónyuge en 1929, al parecer por el hecho de que en la escritura de venta Nº 168 (1945) figuró con Vicenta Alvarado de Castellanos otro vendedor (Marco Antonio Robles Munar), titular de una parte del fundo enajenado mediante ese instrumento. La sentencia no declaró el derecho en favor de la sociedad conyugal, ni ordenó restituir, sino en relación con el inmueble que compró la cónyuge en 1929, que fue el que ingresó al haber social, motivo por el cual el fallo invocó con acierto el artículo 210 del C. J.

No procede, pues, el cargo.

Sexto cargo

1.—Por último se acusa el fallo de inconsonancia "con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", y se hace consistir la incongruencia en el hecho de haber sido formuladas las peticiones de la demanda, en relación con el inmueble vendido por medio de la escritura Nº 168 (1945), y haber sido aceptadas sin embargo, respecto de un fundo "con linderos distintos".

2.—En primer lugar, los "linderos distintos" se deben a que el Tribunal despachó favorablemente la demanda con apoyo en el artículo 210 del C J., por haberse demostrado la acción en lo tocante al fundo adquirido por la cónyuge en 1929 y no a la totalidad de lo vendido en 1945.

En segundo lugar, lejos está tal circunstancia de constituir la causal segunda de incongruencia, **invocada por la parte a quien se ordena restituir.** Alegada por la actora, sería viable en el caso de que hubiese probado su derecho al todo.

No se acoge, por tanto, el último cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha seis (6) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario de Eutiquio Castellanos y otro contra Eduardo Emilio López.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo. Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Es casable con base en la causal segunda del artículo 520 del C. J., la sentencia proferida en juicio reivindicatorio que habiendo ordenado la restitución del inmueble reivindicado, dejó de decidir lo relacionado con los frutos del mismo, aunque en la demanda se pidió que se condenara a su pago al demandado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tuluá el doctor Libardo Correa Cancino, en su propio nombre y como apoderado de Emigdio Correa, Cecilia y Luis Hernando Correa C., demandó al señor Jesús María Arango, todos mayores y vecinos de Tuluá, para que en su contra se hiciesen las siguientes declaraciones:

A.—Que los demandantes son dueños del lote de terreno alinderado en el hecho 6º de la presente demanda.

B.—Que el demandado, Jesús María Arango Gómez debe restituír a los demandantes el lote de terreno antes referido, por sus linderos especiales indiciados y aclarados en los hechos 6º y 7º de esta demanda, dentro del tercero día de ejecutoriado el fallo o dentro del término prudencial que usted determinará en la sentencia.

C.—Que el demandado está obligado a restituír a los demandantes los frutos civiles y naturales del lote cuya restitución se demanda, no sólo los percibidos por aquél, sino los que éstos hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad si el lote ameritado hubiera estado en su poder.

D.—Que el demandado debe pagar a los demandantes los costos y costas del juicio, si llegare su temeridad hasta afrontarlo.

Surtida la tramitación legal correspondiente, el Juzgado dictó sentencia con fecha 27 de junio de 1949, que en su parte resolutiva dice:

"1º—Condénase al señor Jesús María Arango Gómez, de las condiciones arriba anotadas, a restituír tres días después de la ejecutoria de esta providencia, a los demandantes en el presente juicio el lote de terreno con sus mejoras y de que trata la parte motiva de esta providencia, por los linderos dados en la demanda.

"2º—Como poseedor de buena fe, al demandado se le reconoce el derecho de retención mientras no se le pague o asegure el valor de las mejoras, lo que se hará por el procedimiento de que trata el artículo 553 del C. J.

"3º—Sin costas...".

Ambas partes apelaron de esta sentencia y el Tribunal dictó fallo de segunda instancia el 6 de julio de 1953, confirmando la sentencia del Juzgado, sin modificación alguna.

La parte demandada se conformó con este fallo del Tribunal pero la parte demandante recurrió en casación ante la Corte y oportunamente fundó el recurso así:

"DEMANDA DE CASACION

"La sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por la parte actora. Causal Segunda del Artículo 520 C. J.

"La demanda fue introducida el día 5 de marzo de 1947, admitida por auto de 17 de los mismos, notificada al demandado el 8 de abril siguiente (fol. 43 v., C. 1º), corregida con la inclusión del señor Luis Hernando Correa como demandante, el 24 de abril de 1947, admitida la corrección por auto del día siguiente y notificada al demandado el 12 de noviembre de 1947 (fol. 74 v. del C. 1º). El demandado contestó la demanda el día 21 de abril de 1947. C. 1º, folio 49).

"La demanda solicita, conforme al aparte C., que se transcribió, que el demandado fuera condenado a la restitución de los frutos civiles y naturales del lote materia del juicio, no sólo los percibidos, sino los que los demandantes hubieran podido percibir de haber tenido el predio en sus manos.

"En la sentencia del Juzgado, confirmada to-

talmente por el Tribunal, se consideró al demandado como poseedor de buena fe, para autorizarlo a la retención del fundo mientras no se le reconociera o garantizara el valor de las mejoras.

"En la misma sentencia del juzgado, que hizo suya el Tribunal, no se hizo declaración alguna sobre frutos, pese a que la parte actora lo solicitó oportuna y legalmente.

"El artículo 964 del C. C., dice: '... El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores: El poseedor de mala fe es obligado a restituír los frutos civiles y naturales de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder...'.

Conforme a esta disposición y de acuerdo con las peticiones contenidas en la demanda, el Tribunal ha debido pronunciarse sobre frutos civiles y naturales de la cosa, al menos, desde la contestación de la demanda, hecho producido el 21 de abril de 1947.

"El fallador, conforme al artículo 471 del C. J., tiene la obligación de pronunciarse en la parte resolutiva de la sentencia sobre cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes. Esta obligación fue incumplida por el Tribunal, quien dejó de fallar lo relacionado con los frutos del predio reivindicado.

"Habiendo prosperado la demanda en punto a la restitución del inmueble, habiéndose calificado al demandado, señor Arango como poseedor de buena fe, era forzoso hacer la condenación sobre frutos percibidos o percibibles desde la contestación de la demanda.

"Por estas razones, la sentencia del Tribunal, objeto de la casación, debe reformarse, adicionarse, procediendo la Corte a condenar al señor Jesús María Arango a la restitución o pago de los frutos civiles y naturales, percibidos o que se hubieran podido percibir desde la contestación de la demanda hasta el día de la entrega, liquidación que se haría en la forma establecida por el artículo 553 del C. J.

"La causal segunda de casación, consiste, como en repetidas ocasiones lo ha expresado la Corte, en la incongruencia entre lo pedido y lo fallado, sea porque se deciden puntos no sometidos a la controversia y consideración del Juzgador, sea porque se condena a más de lo pedido, sea porque se dejan de fallar excepciones propuestas por el demandado, sea, finalmente, —y este es el caso planteado— porque se dejan de resolver algunos puntos que fueron objeto del litigio.

"En el presente caso se ha demostrado en forma plena la ocurrencia de la causal segunda, se ha acreditado que el Tribunal dejó de fallar, dejó de resolver cuestiones planteadas ciertamente por la parte actora; por consiguiente debe prosperar el recurso".

La Corte comparte este parecer porque halla irrefutable el cargo. Es tan ostensible que la contraparte del recurrente no intentó contradecirlo como opositora.

Si el Juez, o el Tribunal que confirmó el fallo de primera instancia, al hacer la condena correspondiente a la restitución del predio reivindicado, hubiera pronunciado una absolución respecto de las demás peticiones, aún así, en general, sin referirse a los frutos, se entendería que había resuelto sobre ellos y el fallo sería congruente; pero ni siquiera los menciona ni alude a ellos en la parte motiva. Y como tal cosa sí es materia expresamente comprendida en una de las peticiones de la demanda inicial del juicio, el silencio sobre tal punto en la sentencia recurrida y en la confirmada, la incongruencia salta a la vista, porque el fallador dejó de considerar y decidir sobre una de las pretensiones de la parte demandante, pretensión, por añadidura, sólidamente respaldada en el artículo 964 del C. C.

Por tanto 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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Buga con fecha 6 de julio de 1953, en el juicio ordinario seguido por Emigdio José Correa Alvarado y otros contra Jesús María Arango Gómez, y en su lugar reforma la de primera instancia, que quedará así:

1º—Condénase al señor Jesús María Arango Gómez, de las condiciones arriba expresadas, a restituír tres días después de la ejecutoria de esta providencia, a los demandantes en el presente juicio el lote de terreno con sus mejoras y de que trata la parte motiva de esta providencia por los linderos dados en la demanda;

2º—Como poseedor de buena fe el demandado se le reconoce el derecho de retención mientras no se le pague o asegure el valor de las mejoras,

lo que se hará por el procedimiento de que trata el art. 553 del C. J.

3º—Condénase al demandado a pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles del inmueble materia de la reivindicación, y no solamente los percibidos sino los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde el día de la contestación de la demanda hasta el de la entrega del predio. Tales frutos se tasarán mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

No se hace condena en costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO ES NULO EL TESTAMENTO EN QUE EL TESTADOR DISPUSO DE BIENES PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD CONYUGAL O A TERCEROS

1—No es nulo el testamento por el solo hecho de que el testador haya dispuesto en él de bienes ajenos, y menos aún porque de lo que haya dispuesto sea de un bien que pertenecía a la sociedad conyugal; porque el testamento, como tal, de por sí no implica enajenación. Si la implicara, sería irrevocable. De un modo u otro las asignaciones se entienden y se cumplen sin perjuicio de los derechos de terceros.

2—El texto y el espíritu del artículo 1799 del Código Civil están proclamando la validez de los legados que uno de los cónyuges haga de bienes sociales, pues tal precepto indica la manera de acatar la voluntad del testador, sin menoscabo de los derechos del otro cónyuge, lo que está diciendo que la ley no considera nulos dichos legados.

3—Por la liquidación provisional autorizada por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 no se extingue la sociedad conyugal. Así lo ha decidido la reiterada jurisprudencia de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, a quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Gregorio Nacianceno Salazar, casado desde 1907, con María Matilde Bolívar, falleció en Tuluá, su último domicilio, el 10 de marzo de 1948, después de haber otorgado testamento cerrado el 12 de noviembre de 1947, que una vez abierto en forma legal, se protocolizó por escritura Nº 653 de 20 de mayo de 1948 otorgada ante el Notario 1º del mismo Circuito.

Conforme al testamento mencionado, el causante dejó todos los bienes a distintas personas en forma de legados y el remanente lo asignó a María Teresa Gutiérrez, a la niña Berta María Quintero o Salazar y a los propios hermanos del causante, por partes iguales.

La viuda de Salazar, estimando lesivo para ella ese acto, hizo cesión de la mitad de sus derechos a Pablo Alzate Fernández, quien a su vez transfirió la tercera parte de esa mitad a Mariano Jaramillo, quien como apoderado de aquéllos y en su propio nombre demandó a todos los asignatarios para que se hicieran las declaraciones principales, las consecuenciales de éstas, las subsidiarias y sus consecuenciales, que pueden resumirse así:

I—Que el testamento de Salazar es nulo.

II—(Consecuencial). Que solamente la mitad de los bienes relacionados en el testamento forma el haber herencial del causante, porque la otra mitad pertenece a la actora y a sus cesionarios y que la sucesión "se adelante intestada y sin tener en cuenta el acto testamentario".

III—Que es nulo lo actuado en el juicio de sucesión, por estar siguiéndose éste con base en el referido testamento inválido.

IV—(Subsidiaria). Que son nulos todos los legados y demás disposiciones, por versar sobre bienes ajenos, de la sociedad conyugal.

V—(Subsidiaria de la anterior). Que el testamento de Salazar debe interpretarse, entenderse y realizarse, sólo en la parte de bienes que puedan corresponderle al testador, o sea, la mitad del total, porque la otra mitad corresponde a la viuda y a sus cesionarios.

VI—Que la voluntad del testador debe entenderse en el mismo sentido de la declaración precedente.

VII—Que, en consecuencia, "los legados, beneficios y disposiciones de que habla el testamento" deben reducirse proporcionalmente, contrayéndolos a la mitad de los bienes relacionados en el testamento.

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juez dictó su fallo el 11 de octubre de 1950, en el sentido de declarar nulo el testamento de que se trata.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Buga, al confirmar la sentencia del Juez de circuito de Tuluá el 3 de septiembre de 1953.

Contra la providencia de segundo grado interpuso el recurso de casación la parte demandada, y hoy la Corte procede a resolverlo mediante las consideraciones que se verán a continuación:

Acusaciones

El apoderado del recurrente ataca la sentencia del Tribunal así:

"**Primer cargo.**—Acuso la sentencia recurrida por la causal 1ª del art. 520 del C. J. Violación directa, violación inaudita de los arts. 1.521, ord. 2', y 1.055 del C. C., precisamente de las disposiciones que el Tribunal dice aplicables al testamento del señor Salazar acusado de nulidad.

"Dejando a salvo los derechos de quienes la ley considera y llama "legitimarios", la misma ley dá plena libertad de testar, o sea de dictar disposiciones que habrán de cumplirse con ocasión de la muerte, y rodea al testador de garantías para el ejercicio de esa libertad.

El fundamento testamentario es el móvil espiritual que guía al testador; y el elemento material que conforme ese móvil sagrado, y consagrado por la ley, es el testamento mismo en sus rituales formas externas.

"Es un error considerar que el testamento es un acto dispositivo directo, traslaticio de la propiedad de los bienes del testador por el solo efecto de su existencia, pues de su definición legal no más aparece que la intención dispositiva del testador es "para que tenga pleno efecto después de sus días" (art. 1055 del C. C.). De modo que cuando el art. 1.521 del mismo Código Civil dice que hay un objeto ilícito, —de los que fatalmente llevan la nulidad al acto o contrato—, en la enajenación de cosas que están fuera del comercio, de derechos intrasferibles o de especies litigiosas, no hay que perder de vista que lo sustancial es la ENAJENACION, el traspaso de la propiedad, y no la orden o promesa para un futuro en que el estado precario del objeto poseído puede haber desaparecido.

"Lo dicho bastaría para rebatir la tesis del Tribunal al asentar que es nulo, de nulidad absoluta, un testamento por el hecho de que el testador haya constituído legados en bienes que no eran suyos en su totalidad al momento de testar.

"Ni se atacó en la demanda, ni se extraconsideró una falla en la ritualidad de las formas testamentarias. De tal suerte que considerar la nulidad con fundamento en la ilicitud de enajenar derecho o privilegios inajenables (como el derecho de habitación, por ejemplo) establecida por el art. 1.521, ord. 2º del C. C., constituye un flagrante yerro, violación del propio artículo citado por el mismo Tribunal; y doble violación por darle indebida aplicación. Y por si fuera poco, llevando la violación hasta el extremo de dejar sin aplicación el art. 1055 que consagra la potestad de testar, de tomar disposiciones para cuando el testador fallezca.

'Los preceptos del art. 1.521 del C. C., y 43 de la Ley 57 de 1887 se refieren, como es obvio, a enajenaciones propiamente tales, esto es, a contratos o actos entre vivos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, como donación, venta, permuta, transacción, en que los efectos se determinan por la voluntad jurídica'. Lo ha dicho la Corte en sentencia de casación de 23 de agosto de 1946, G. J. Tomo LXII, página 62).

"Pero no quiero rematar esta acusación sin estampar la conclusión textual del Tribunal, la que constituye el fondo y sustancia de su fallo, porque ante ella sobra lo dicho y todo lo que innecesariamente pudiera agregarse sobre el particular. Tal es la magnitud de su equivocación:

'Por consiguiente si el cónyuge Salazar Arias al otorgar su memoria testamentaria consideró como suyos todos los bienes que allí relaciona y los distribuyó entre las personas e instituciones indicadas en él, sin dar lugar a que se liquidara la sociedad conyugal que tenía formada con Matilde Bolívar, ese acto analizado a través de lo establecido en los artículos 1.055 e inciso 2º del art. 1.521 del C. C., adolece de nulidad absoluta puesto que en él dispuso el testador de bienes que no eran suyos, como es el derecho de gananciales de la cónyuge sobreviviente, que él no podía transferir a otra persona, violando por consiguiente uno de los requisitos que integran la definición de testamento dada en el Código Civil'.

"Esta transcripción es exacta. No es exageración mía".

Tiene razón el recurrente.

Aún en el supuesto de que el testador hubiera hecho asignaciones de bienes ajenos no sería nulo el testamento, como tal, porque ese acto de por sí no implica enajenación. Si la implicara, sería irrevocable. De un modo u otro las asignaciones se entienden y se cumplen sin perjuicio de los derechos de terceros.

Además, al otorgarse un testamento, ni el tes-

tador queda impedido para enajenar por acto entre vivos, en todo o en parte, los bienes asignados, ni se sabe, antes de los inventarios, si a su muerte poseía o no otros que hubiera adquirido después de testar; y, en caso afirmativo, el remanente sería mayor y el heredero instituído aprovecharía lícitamente ese aumento; todo lo cual está diciendo que el acto testamentario mismo no puede estimarse viciado **ab initio** por contener la asignación de un bien hipotéticamente ajeno. Y si no hay vicio originario o inicial, no puede haber nulidad de un testamento otorgado por persona capaz, con todas las formalidades legales.

Y si lo dicho es aplicable al caso en que el testador incluya uno o varios bienes totalmente ajenos entre los haberes que como de su propiedad asigna a sucesores suyos, con lo cual no se afecta de nulidad el testamento mismo, con mayor razón operan las consideraciones expuestas cuando se trata de bienes de la sociedad conyugal, en los cuales, en principio, el cónyuge testador tiene un derecho o interés indiscutible.

Por esta razón, el art. 1799 del C. C., establece: "Si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador, siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador; pero en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador".

Todo lo cual enseña que el problema creado por la asignación de bienes sociales, es asunto tocante a la partición, sin incidencia en la validez del testamento mismo.

En un caso semejante, el del señor Julio Valenzuela, que la Corte examinó ampliamente y decidió el 2 de diciembre de 1930 (Gaceta Judicial, Tomo XXXIII, Nº 1873, pags. 338 y siguientes), caso más grave, porque cuando el causante hizo su testamento y distribuyó en él todos los bienes sociales, ya se había disuelto la sociedad conyugal por muerte de la mujer, la Corte acogió, entre otros, el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal:

"A este respecto dice la sentencia recurrida:

'Para la Sala en cuestión (sic) no da lugar a duda que la circunstancia de disponer en un testamento de bienes propios o ajenos, no pertenece a la esencia del mismo; ni es requisito indispensable para su validez, el que los bienes de que se disponga por acto testamentario sean de la exclusiva propiedad del testador. Y a esta conclusión se llega, bien si se considera que ninguna disposición positiva establece la nulidad del acto testamentario por esta causa, ya porque las disposiciones que determinan los requisitos que debe llenar todo acto testamentario para su validez, no indican éste (capítulo I, Título 33, Código Civil), o bien porque el mismo legislador le dá valor en ciertos casos a las cláusulas testamentarias, en que expresamente se haya dispuesto de bienes ajenos, cuando esta disposición se hace en favor de ciertas personas".

'Pero, si por la cita que hace el recurrente del artículo 1055 del Código Civil, se entiende que él quiso decir que, siendo el testamento un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes, y que, por lo mismo, cuando testa sobre una cosa que no es suya, es nula la disposición, se observa que el testador, en el presente caso por vía de partición destinó para parte del pago de unas legítimas, una especie o cuerpo cierto, destinación que se asimila a la asignación a título singular. El tribunal dice que no cabe duda que el señor Julio Valenzuela, en su testamento de diez y siete de mayo, y especialmente en la cláusula que se analiza, hizo una partición material de sus bienes entre sus legitimarios, luego cualquier tacha que cupiere a la mentada cláusula del testamento, relativa a su validez, estaría vinculada a las disposiciones que regulan las particiones judiciales o contractuales".

Por tanto, la Corte considera fundado el cargo de violación de los arts. 1055 y 1521, ordinal 2º del C. C., y casará la sentencia recurrida, pero correspondiéndole pronunciar su decisión como fallador de segunda instancia, pasa a examinar las demás peticiones de la demanda, prescindiendo de la primera (nulidad del testamento) y sus consecuenciales: II y III.

Descartada la nulidad del testamento y virtualmente las consecuenciales, como la de prescindir de él en el juicio mortuorio y la de nulidad de lo actuado en éste, porque los motivos alegados para pretender esas declaraciones carecen de mérito, quedan por examinar las subsidiarias (peticiones IV, V, VI y VII) que ni el Juez ni el Tribunal tuvieron ocasión de estudiar, por haber declarado la nulidad del testamento.

En cuanto a la primera petición subsidiaria: nulidad de los legados y demás disposiciones testamentarias, la Corte considera improcedente, porque el texto y el espíritu del art. 1799 del Có-

digo Civil están proclamando la validez de los legados qe uno de los cónyuges haga de bienes sociales, pues tal precepto, transcrito atrás, indica la manera de acatar la voluntad del testador, sin menoscabo de los derechos del otro cónyuge, lo que está diciendo que la ley no considera nulos dichos legados.

En cuanto a la institución de herederos a favor de personas extrañas si el testador no tenía legitimarios (y el cónyuge supérstite no lo es), respetando las asignaciones forzosas de que trata el art. 1226, el causante tenía libertad para instituír como heredero a quien quisiera. Luego el vicio de nulidad no se encuentra en ninguna parte del testamento en referencia, y, por tanto, no es el caso de hacer la declaración IV (primera subsidiaria).

Otra cosa es la interpretación, alcance y ejecución del acto testamentario, reconocimiento y protección de los derechos de la viuda por sus gananciales en la sociedad conyugal, mediante la reducción de las asignaciones hechas por el testador, materias a que se refieren las peticiones V, VI y VII de la demanda inicial del juicio.

No se puede negar, porque es notorio, que el testador comprendió en los legados y remanente todos los bienes que estaban en su poder en el momento de testar, en la probable creencia de que, por haberse llevado a cabo 6 años antes, por escritura 777 de 15 de junio de 1940, una liquidación social conforme al art. 7º de la Ley 28 de 1932, la sociedad conyugal se había disuelto y todos los bienes adquiridos después eran de su exclusiva propiedad (del testador); siendo así que, conforme lo ha decidido la reiterada jurisprudencia de la Corte, la sociedad conyugal no se extingue con dicha liquidación.

Si esto es incuestionable, como el mismo recurrente lo reconoce, es obvio que la viuda de Salazar y sus cesionarios tienen razón en aspirar a un fallo que les reconozca el derecho a los gananciales de aquélla y les facilite en el juicio de sucesión del causante hacer valer oportuna y eficazmente tal derecho.

En esto es explícita la conformidad del recurrente demandado al decir:

"En cuanto a los bienes adquiridos por el cónyuge Salazar con posterioridad a la liquidación provisional no hay la menor duda de que deben ser objeto de la liquidación definitiva, porque la sociedad conyugal continúa hasta su disolución por el fallecimiento de uno de los cónyuges o por un divorcio o por cualquiera otra causa legal de verdadera disolución; y en tales bienes, el cónyuge testador en este caso, tiene el derecho de consocio que le asegura alguna cuota y en todo caso el derecho mismo que produce la indivisión sobre los bienes sociales de que dispone en el testamento, es decir, reduciendo el valor de la especie legada, según la presunción establecida por el Artículo 1.168 del C. C., a la parte o cuota sobre esa misma especie, ya que esta disposición valida el legado de lo que "en su integridad" (para usar la expresión del demandante y del propio Tribunal) no pertenece al testador; y en los que fueron objeto de la liquidación provisional solamente deben tenerse en cuenta como abono o anticipo del haber que en la liquidación definitiva le corresponde a quien le fueron adjudicados ya que con la adjudicación correspondiente, quedaron del respectivo adjudicatario mientras esa liquidación y esas adjudicaciones no sean invalidadas en la controversia correspondiente, porque precisamente por lo que fueron reales y definitivas deben imputarse **a buena cuenta** de lo que posteriormente haya de corresponderle al cónyuge que las recibió".

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga con fecha 3 de septiembre de 1953, en el juicio ordinario seguido por Mariano Jaramillo y otros contra Sucesión de Gregorio Salazar Arias REVOCA la de primera instancia y

Declara:

1º—Que no es nulo el testamento cerrado que otorgó el señor Gregorio Nacianceno Salazar el 12 de noviembre de 1947, que se protocolizó en la Notaría Primera del Circuito de Tuluá el 20 de mayo de 1948 bajo el número 653.

2º—Que el testamento de Gregorio Nacianceno Salazar deberá entenderse y ejecutarse en forma que no menoscabe los derechos del cónyuge sobreviviente, María Matilde Bolívar v. de Salazar y de los cesionarios de ésta, por los gananciales

correspondientes a ella en la sociedad conyugal disuelta por la muerte del mencionado señor Salazar.

3º—Que para el cumplido efecto de la declaración que precede, las asignaciones hechas por el testador deberán reducirse a prorrata, si fuere el caso, hasta concurrencia de lo que corresponda en la liquidación al cónyuge fallecido.

4º—Que no hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.

Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA OBTENER LA RESCISION DE UN CONTRATO DE SEGURO.— CLAUSULA DE INDISPUTABILIDAD.— NO ES POSIBLE EQUIPARAR EN SU NATURALEZA Y ALCANCE JURIDICOS LA RETICENCIA Y EL DOLO

Si la rescisión del contrato de seguro tiene por causa vicios provenientes de las declaración del asegurado, la acción correspondiente prescribe en cuatro años, conforme a lo dispuesto por el Código Civil, y no en los términos que el artículo 692 del Código de Comercio señala para la prescripción de las acciones resultantes del seguro terrestre; porque cuando la acción no surge del propio negocio jurídico, sino que se encamina a discutir su existencia, entonces el recurso ante la justicia encuentra causa ocasional, mas no causa eficiente en el contrato cuya ineficacia se busca.

Además, si en el campo civil, cuya organización jurídica no consulta la celeridad anexa a la vida comercial y al movimiento ágil de las transacciones, la acción rescisoria prescribe en cuatro años, aunque se trate de vicios de gravedad máxima, como la violencia, por ejemplo, no habrá ciertamente razón plausible para extender la regla especial del citado artículo 692 a situaciones no exactamente previstas en ella, y que por lo mismo no se entienden sustraídas de los principios generales, tanto más que en concreto el artículo 182 del Código de Comercio se refiere expresamente a la rescisión de los contratos mercantiles para hacer aplicables las normas del derecho civil, mientras que no es del mismo modo expreso para la rescisión del seguro el artículo 692 ibídem.

2—Para que no opere la cláusula de indisputabilidad pactada en un contrato de seguro, es necesario que el asegurador demuestre que hubo dolo por parte del asegurado.

Pero no cualquier clase de engaño basta para configurar este dolo, sino se requiere que se trate de maquinaciones adecuadas o de maniobras razonablemente aptas para sorprender la experiencia o envolver la técnica de una compañía de seguros especializada.

3—La exigencia del artículo 22 de la Ley 105 de 1927 se refiere a certificado médico, sin que sea necesario que se trate de facultativo designado por la compañía aseguradora.

4—No constituye error de hecho bastante a determinar la casación del fallo el que una respuesta dada al absolver un pliego de posiciones admita por igual tanto la interpretación que le dió el Tribunal, como la sostenida por el recurrente en la demanda de casación.

5—Si bien la reticencia es bastante por sí misma para destruir la validez del seguro, y con mayo razón cuando interviene el dolo del asegurado, no por ello pueden equipararse esas dos nociones en cuanto a su naturaleza y pleno alcance jurídico. Para la configuración del dolo en los seguros es necesario que haya falacias, astucias, maquinaciones o maniobras razonablemente adecuadas para sorprender la técnica y experiencia de la entidad aseguradora.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Hernández Arbeláez)

Con fecha 14 de septiembre de 1944 la Compañía de Seguros Bolívar emitió la póliza número 1568 por valor de $ 10.000.00 pagadera veinte años más tarde a José María Cortés Carrillo (bautizado Luis Bruno) y, en caso de fallecer el asegurado antes del vencimiento, a las beneficiarias Julieta Ramírez Durán de Cortés y Merceditas Cortés Ramírez.

Ocurrida la muerte del asegurado el 12 de octubre de 1946, las beneficiarias, en libelo presentado el 29 de septiembre de 1948 y repartido el día siguiente al Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, demandaron a la aseguradora para pedir las siguientes declaraciones:

"a)—Que la compañía de Seguros Bolívar está

obligada a cumplir el contrato de seguro de vida dotal, a veinte años, celebrado entre dicha Compañía y el señor José María Cortés Carrillo, bautizado Bruno Luis.

"b)—Que en virtud de la declaración anterior la Compañía de Seguros Bolívar pague a mis poderdantes, la señora Julieta Ramírez viuda de Cortés y a Mercedes Cortés Ramírez, en su condición de beneficiarias de la Póliza de Seguro de Vida número 1568 del 14 de septiembre de 1944, expedida o emitida por la Compañía demandada, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) valor del seguro y los perjuicios e intereses por incumplimiento del contrato y demora en el pago, por parte de la Compañía demandada, y

"c)—Que se condene en costas a la Compañía de Seguros Bolívar, si se opusiere a las declaraciones que solicito."

Admitida la demanda por auto de 6 de octubre de 1948, la Compañía aseguradora, en su respuesta de 23 de los mismos mes y año, invocó la excepción de nulidad del seguro con fundamento en que las declaraciones falsas o erróneas del asegurado hacen rescindible el contrato.

El Juez del conocimiento resolvió el litigio en primera instancia con fecha 10 de noviembre de 1950, en el sentido de absolver a la Compañía de todos los cargos formulados en la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Pero el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 18 de abril de 1952, después de revocar el fallo de primer grado, resolvió así:

"1º—Declárase no probada la excepción perentoria de nulidad relativa del contrato de seguro de vida celebrado en 14 de septiembre de 1944 entre la Compañía de Seguros Bolívar, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, como aseguradora, y José María Cortés Carrillo (bautizado Bruno Luis), como asegurado, por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, de que da cuenta la póliza número 1.568 que obra en los autos.

"2º— La Compañía de Seguros Bolívar está obligada a cumplir el contrato de seguro de vida singularizado en la declaración anterior.

"3º—Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Compañía de Seguros Bolívar, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, a la señora Julieta Ramírez viuda de Cortés y a su menor hija Mercedes Cortés Ramírez, en su condición de beneficiarias de la póliza de seguro de vida número 1.568 del 14 de septiembre de 1944, expedida o emitida por la mencionada Compañía, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, como valor de dicho seguro, más los intereses legales desde el día en que se hizo exigible el pago hasta cuando éste se verifique.

"4º—No es el caso de hacer condena por razón de los perjuicios demandados.

"5º—Condénase a la Compañía de Seguros Bolívar al pago de las costas del juicio en ambas instancias".

La demanda de casación, que formula el apoderado de la compañía aseguradora, invoca la primera causal, por violación de preceptos legales sustantivos consistente en aplicación indebida, interpretación errónea, falta de aplicación de las normas que cita más adelante, y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y que condujeron también a la violación de preceptos legales sustantivos.

El cargo genérico se descompone y puede sintetizarse así:

..1º Aspecto.—Aplicación indebida del artículo 1750 del Código Civil, falta de aplicación de los artículos 1º, 681 y 692 del Código de Comercio, e interpretación errónea del artículo 958, también del Código de Comercio;

2º Aspecto.—Falta de aplicación de los artículos 15, 16, 1522 y 1526 del Código Civil y 681 del Código de Comercio;

3º Aspecto.—Error evidente en la apreciación de las pruebas y falta de estimación de algunas de las que aparecen en el expediente, con violación del artículo 22 de la Ley 105 de 1927 por interpretación errónea, y del artículo 681 del Código de Comercio por falta de aplicación.

Por cuanto hace el primer aspecto, la alegación puede resumirse así:

En conformidad con el artículo 681 del Código de Comercio el seguro se rescinde por las declaraciones falsas o erróneas, o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones. El término para sanear el vicio por el transcurso del tiempo, no es el de los cuatro años siguientes a la celebración del contrato según el artículo 1750 del Código Civil, sino el que señale el artículo 692 del Código de Comercio, en relación con el 2356 del Código Civil, esto es, diez o veinte años, según sea la acción ejecutiva o la ordinaria, por tratarse de prescripción establecida de modo especial por el art. 692 del Código de Comercio para las acciones resultantes del segu-

ro terrestre. Por manera que si el Tribunal en su sentencia estimó consumada la prescripción por el transcurso de cuatro años, violó, en sentir del recurrente, las disposiciones a que alude este aspecto de la demanda.

La segunda motivación del cargo se refiere a la cláusula de indisputabilidad que contiene la póliza emitida por la Compañía de Seguros Bolívar. Considera la demanda que si en general dicha cláusula convalida los defectos o vicios de la póliza, no puede, sin embargo, incluir el dolo en la declaración del asegurado, por no aparecer condonado expresamente, según lo exige el art. 1522 del Código Civil. De donde desprende la violación de los preceptos sustantivos que señala el segundo aspecto del cargo invocado.

En cuanto al error evidente en la apreciación de pruebas y falta de estimación de algunas de ellas, que figura como tercero y último aspecto de la causal en que el recurso viene apoyado, la alegación versa sobre el modo como el Tribunal estimó el significado y alcance de la posición séptima, absuelta por el Gerente de la Compañía, sin relacionarla con la octava, y con prescindencia de la declaración del doctor Rito Antonio Puentes Gómez "sobre el hecho de que él prestaba sus servicios para uso de la Compañía de Seguros Bolívar a algunas de las personas que fueran a asegurar en dicha Compañía su vida." A entender el sentenciador que la aseguradora no exigiera certificado médico antes de expedir sus pólizas, cuando en realidad aparece producida la certificación médica para el caso, de donde la demanda deduce infracción del artículo 22 de la Ley 105 de 1927, así como también del 681 del Código de Comercio.

Estas tres motivaciones de la causal primera se hallan en relación tan estrecha que aparece aconsejable estudiarlas conjuntamente, y para ello

Se considera:

Para la formación del contrato de seguro es indispensable que en el informe del asegurado encuentre el asegurador el medio por excelencia para apreciar en las debidas condiciones el riesgo que asume. El carácter aleatorio del contrato así lo exige, a tiempo que impone a las partes lealtad más completa aún que la anexa a la noción de buena fe, que rige para toda suerte de contratos.

Supuesto que el interrogatorio del asegurador ha de acomodarse a las normas aconsejadas por la técnica y la experiencia para facilitar las solicitudes y prepararlas convenientemente, la declaración del asegurado, a más de sincera, debe estar exenta de tacha en cuanto a su exactitud y veracidad plena.

Se requiere, en efecto, que el informe del asegurado no sea inductivo de error sustancial para el asegurador, puesto que el objeto de su obligación es el riesgo asumido; y entonces no debe desprenderse de la declaración del asegurado nada capaz de desfigurar la naturaleza del riesgo en forma tal que, a sabiendas, no lo hubiera tomado a su cargo el asegurador, o que, en caso de asumirlo, hubiera sido en condiciones diferentes.

Son los mismos principios generales en que se funda la teoría del error como vicio del consentimiento, pero aplicados con características propias en el campo de los seguros, porqué aquí se exige en la conducta del asegurado sinceridad absoluta y lealtad plena en dar a conocer al asegurador todo aquello que pueda influír en la significación y alcance del riesgo, sin que por este camino haya de llegarse tampoco a límites extremos, más allá de lo razonable. En principio, el asegurado se encuentra en el deber de manifestar no sólo lo que efectivamente sabe sino también lo que esté lógicamente obligado a saber sobre el cuestionario que se le propone, en función de la medida del riesgo, siempre que no se trate al respecto de una responsabilidad puramente objetiva, ajena de todo a la idea de culpa del asegurado, porque entonces se destruiría, por rigidez extrema, la base humana de la contratación. Tal cosa redundaría en mengua del desarrollo y prosperidad de los seguros, en menoscabo de una industria cuya utilidad social es indiscutible: se retraería el público por el exagerado rigor en la materia, no obstante los enormes progresos alcanzados por la ciencia actuarial y la técnica de los seguros.

A la veracidad y exactitud de la declaración sincera se oponen la falsedad, el error y las reticencias. De ahí que nuestro sistema legal imponga al asegurado la obligación de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riegos; del propio modo que hace rescindible el seguro por las declaraciones falsas o erróneas, o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias, que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones. Artículo 680 y 681, 1º, C. de Co.).

Si el simple error de que adolezca la declara-

ción del asegurado es suceptible de viciar el consentimiento del asegurador, más lo será la reticencia, y con razón de mayor peso todavía el consentimiento estará viciado cuando el error no incide por modo espontáneo, sino que se produce como consecuencia de maquinaciones fraudulentas del asegurado, que así consigue burlar la prudencia y pericia del asegurador.

Si el asegurado no procede por error, sino que voluntariamente calla, oculta o disimula en sus respuestas algunos datos previstos en el interrogatorio, será reticente; y su conducta es mirada por la ley como inductiva de error determinante para quien no hubiera asumido el riesgo en el caso de conocer aquellas circunstancias que se le mantuvieron disimuladas y ocultas. Pero si bien la reticencia es bastante por sí misma para destruir la validez del seguro, y con mayor razón cuando interviene el dolo del asegurado, no por ello pueden equipararse esas dos nociones en cuanto a su naturaleza y pleno alcance jurídico. para la configuración del dolo en los seguros es necesario que haya falacias, astucias, maquinaciones o maniobras razonablemente adecuadas para sorprender la técnica y experiencia de la entidad aseguradora. Puede ser que la reticencia traspase sus propios límites para invadir el campo del dolo. Pero es indudable que los ardides, aunque reprobables ante las nociones éticas de honestidad y rectitud, no siempre alcanzan a tener suficiente relieve jurídico para destruir los efectos de la contratación, en cuya estabilidad se halla especialmente interesado el orden público y el bienestar general. Es de necesidad que las maquinaciones fraudulentas rompan el plano de seguridad moral en que se asienta el desarrollo de los negocios, no tanto en abstracto, como en concreto para una determinada actividad civil o comercial y de acuerdo con las características propias de cada una de ellas, así como también con la calidad y circunstancia de las personas o entidades que fueron partes en la negociación.

En acatamiento a tales principios primordiales del orden público y la tranquilidad en el intercambio humano, el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse. (Artículo 1516 del Código Civil).

Si se ha faltado a la sinceridad, pero no aparecen maniobras o maquinaciones fraudulentas que la experiencia del asegurador no estuviese en razonable capacidad de evitar, en lo jurídico no podrá predicarse el dolo sino la reticencia en la declaración, la que, por otra parte, cuando es determinante, conlleva la anulabilidad del seguro, como si se tratara del dolo, por cuanto ambos vicios son suceptibles de incidir en la naturaleza misma del riesgo como objeto de la obligación del asegurador.

La diferencia surge cuando se trata de señalar los efectos de las cláusulas de incontestabilidad o indisputabilidad en las pólizas, porque entonces el dolo conserva su poder dirimente de la validez del contrato de seguro, si la cláusula no ha perdonado de manera indudable esos hechos que pasaron; en tanto que es efecto común de la indisputabilidad que la reticencia, del mismo modo que el error en la declaración, se borren y desaparezcan como causas para provocar la nulidad del seguro.

Si la noción de buena fe se hace sentir con intensidad extrema en el contrato de seguro, y si por consecuencia de sus fines sociales encaminados al amparo de toda clase de riesgos es austera la medida de la responsabilidad que al asegurado incumbe en su declaración; si el simple error basta allí para inducir la nulidad del contrato, surge entonces la cuestión conducente a saber si hay a la vez motivos de orden superior e interés general para que esas causales de rescisión puedan sanearse con razonable prontitud.

A ello responde el régimen jurídico y de manera más adecuada aún la técnica de las entidades aseguradoras. Lo primero, con el señalamiento de términos breves para que la prescripción cure esos vicios del contrato. Lo segundo, por medio de las cláusulas de indisputabilidad, cuyo efecto se produce por el trascurso de un plazo prudencial desde la emisión de la póliza, y cuyo significado es que el riesgo fue bien asumido, a pesar de las tachas indiciales de la declaración.

Expuesto lo anterior, se examinan ahora las tres cuestiones propuestas en la demanda:

a) La prescripción;
b) La cláusula de indisputabilidad; y
c) El certificado médico.

a) **La prescripción**

Como queda visto, la demanda sostiene que los vicios de la declaración sólo pueden sanearse por el trascurso de 10 o 20 años, según el artículo 692 del Código de Comercio, en relación con el 2536 del Código Civil, por tratarse de régimen especialmente aplicable al contrato de seguro.

Pero si se atiende principalmente a la naturaleza y fines de la institución del seguro lo mismo que la contenido de las normas aplicables,

surge con claridad la interpretación de que el saneamiento de aquellos vicios en el contrato no puede estar subordinado al transcurso de amplios términos de prescripción, sino que la estabilidad contractual exige al respecto breves plazos, por lo mismo que es más rígida y austera que en los casos generales la aplicación de los principios en que se inspira el régimen legal sobre vicios del consentimiento.

El artículo 692 del Código de Comercio expresa que las acciones resultantes del seguro terrestre prescriben por el trascurso de los plazos de 10 años para la ejecutiva y de 20 para la ordinaria, señalados por el artículo 2536 del Código Civil. Exceptúa el seguro de transportes, y el caso en que la prima fuere pagadera por cuotas en épocas fijas y periódicas, hipótesis esta última en que la acción para cobrar cada cuota se prescribe en cinco años, contados desde el momento en que sea exigible. Por manera que si se trata del cobro de la indemnización de las primas, en los casos generales se estará en presencia de aquellos términos de 10 o 20 años, del mismo modo que para todas las acciones que encuentren su causa suficiente en el contrato de seguro.

Pero si la acción no surge del propio negocio jurídico, sino que se encamina a discutir su existencia, entonces el recurso ante la justicia encuentra causa ocasional, mas no causa eficiente en el contrato cuya ineficacia se busca.

Si a esto se agrega que en el campo meramente civil, cuya organización jurídica no consulta la celeridad anexa a la vida comercial y al movimiento ágil de las transacciones, la acción rescisoria prescribe en cuantro años, aunque se trate de vicios de gravedad máxima, con la violencia, por ejemplo, no habrá ciertamente razón plausible para extender la regla especial del citado artículo 692 a situaciones no exactamente previstas en ella, y que por lo mismo no se entienden sutraídas de los principios generales, tanto más cuanto que en concreto el artículo 182 del Código de Comercio se refiere expresamente a la rescisión de los contratos mercantiles para hacer aplicables las normas del derecho civil, mientras que no es del mismo modo expreso para la rescisión del seguro el artículo 692 ibídem.

Por consiguente, si el Tribunal encontró purgadas por el trascurso de cuatro años los vicios de que adoleciera la póliza, no puede prosperar la acusación.

b) **La cláusula de indisputabilidad . . .**

Institucionalmente es en extremo circunscrito el campo de libertad para la celebración del contrato de seguro. El consentimiento se forma dentro de regulaciones estrechas: para el asegurado, por cuanto apenas le corresponde adherir a las condiciones preestablecidas en las pólizas; para el asegurador, porque aparte del lleno de las exigencias previas de autorización para ejercer su actividad, no es autónomo en la elaboración de las pólizas, puesto que debe someterlas a la venia de la Superintendencia Bancaria, como entidad llamada por la ley a la inspección y vigilancia del ramo, en ejercicio de una especial tutela jurídica, de interés público en provecho del bienestar privado (Artículo 20, Ley 105 de 1927).

Así, lo que inicialmente pudo considerarse en parentesco próximo con la apuesta, por el álea en que va envuelto el contrato de seguro, ha llegado a ser uno de los apoyos más valiosos para el próspero crecimiento de la actividad humana en muy diversas aplicaciones, cuyos riesgos no podrían salvarse ventajosamente de otra manera. Las ciencias matemáticas, al servicio de la técnica y la experiencia de las compañías de seguros, prestan pues invaluables servicios a la economía de las naciones, y a ello debe corresponder también la organización jurídica.

Se busca ante todo la estabilidad de las transacciones. Si en el ámbito contractual se mueve libremente la voluntad humana y, en principio el consentimiento se produce a través de discusión en forma autónoma para las partes, en el seguro no existe esa libertad, porque, como viene expuesto, razones de orden más elevado imponen el sistema de la adhesión. Por eso también se busca sanear rápidamente los vicios que el consentimiento haya podido padecer en la celebración del contrato, y en ese camino la técnica y experiencia de los seguros se adelanta a las previsiones de la ley, por medio de las cláusulas de indisputabilidad, ya que por lo común para darle firmeza definitiva a las pólizas consagran términos muy breves, y en ocasiones prescinden de plazo alguno para que prescriban las posibles causales de rescisión.

Debe examinarse, sin embargo, si el acuerdo de las partes en estas materias resulta valedero en derecho. Porque son principios tutelares los de que sólo pueden renunciarse los derechos que apenas miran al interés individual del renunciante; que no pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están

interesados el orden y las buenas costumbres; que la condonación del dolo futuro no vale; que debe ser expreso el perdón del dolo pasado; y que los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad (artículos 15, 16, 1522 y 1526 del Código Civil).

Está dentro de la naturaleza jurídica de la rescisión que el fenómeno obedezca a motivos de trascendencia social, es verdad, pero que miran directamente al beneficio privado de las personas que en esa forma reciben amparo jurídico especial. Por ello la rescisión no puede ser declarada de oficio, ni por solicitud del Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio se ha establecido. Y puede sanearse por el trascurso del tiempo o por la ratificación de las partes (artículo 1743 del Código Civil).

Ninguna de estas notas características tendría razón de ser si el régimen jurídico de la nulidad relativa estuviese colocado dentro del orden que escapa a la autonomía de la voluntad. Judicialmente tendría que declararse de oficio o a petición del Ministerio Público en el solo interés de la ley. Pero como atañe al interés privado, entonces no puede invocarse sino por quienes así están protegidos; y es susceptible de ratificación por las partes, que es el equivalente jurídico de la renuncia cuando es hecha por personas plenamente capaces, siempre que a la vez no indican cuestiones en que vaya envuelto el orden público por otros aspectos.

Esto sucedería con el dolo en el caso que se estudia. El engaño se encuentra en posición antitética con la buena fe como base insustituible de todo régimen contractual, y de manera más necesaria todavía en el seguro. No se puede condonar el dolo sin distingos, como, en su caso, tampoco podría la víctima renunciar a la alegación de la violencia experimentada al tiempo del contrato, por cuanto la renuncia hecha sufriría del mismo vicio. Y así en otras hipótesis. Pero nada se opone al perdón de la violencia o dolo pasados, porque esto en concreto ya no interesa sino al renunciante. Y en cuanto a lo último, así está dicho en el artículo 1522 del Código Civil.

En el caso de autos, la cláusula de indisputabilidad consignada en la póliza número 1568 de la Compañía de Seguros Bolívar, aparece en los siguientes términos:

"6.—Indisputabilidad: Esta póliza será indisputable después de dos años contados desde la fecha de su emisión, excepto: 1) en el caso de que las primas no sean pagadas a su vencimiento o dentro del plazo de gracia; 2) en lo relativo a la convención contra incapacidad total y permanente, si la hubiere; 3) en cuanto a la convención de seguro de doble indemnización por muerte accidental, si la hubiere."

Alega la compañía que tres años antes de la solicitud de seguro dotal de vida, Cortés Carrillo fue sometido en Bogotá a diversos tratamientos médicos y quirúrgicos, a más de ser operado dos veces consecutivas en la Clínica Mayo, de Rochester, en 19 de junio y 24 de julio de 1941, con pronóstico reservado que se hizo conocer del paciente.

Como quiera que Cortés Carrillo no podía ignorar aquellos tratamientos ni las operaciones a que fue sometido, estuvo en el indudable deber de manifestar esos hechos a tiempo de su solicitud de seguro y por consecuencia muy clara su informe a la compañía aseguradora adoleció de indudable reticencia. Pero se encontrará allí también la demostración del dolo?

Aunque es de notoria gravedad en el asegurado el disimulo u ocultación de tales hechos concernientes a su salud, en el caso de autos y en el campo estrictamente jurídico no surge de manera nítida el elemento subjetivo del dolo. Cortés Carrillo aparece como persona honesta, ajena a procedimientos engañosos, a quien el cabildo de su domicilio le rindió honores para presentarlo como ejemplo digno de imitación, lo que induce a pensar que no obró maliciosamente. Los tres años transcurridos después de sus operaciones en la Clínica Mayo, bien pudieran despertarle la ilusión de que su salud se había recuperado, no obstante los pronósticos médicos. Pero aunque así no fuese, es lo cierto que sus negativas rotundas a todas las preguntas del interrogatorio atinentes a la salud del solicitante, con la sóla salvedad de haber sufrido apenas de un insignificante trastorno digestivo una persona de 58 años en medios de vidas tropicales, no son ciertamente el medio hábil, ni la maquinación adecuada o las maniobras razonablemente aptas para sorprender la experiencia o envolver la técnica de una compañía de seguros especializada, sino más bien invitación para que se precaviera de engaño, tanto más cuanto que los signos exteriores de las operaciones quirúrgicas eran de improbable ocultación y nada demuestra que Cortés Carrillo hubiese pretendido por otros medios encubrir el verdadero estado de su salud.

Si el dolo no se presume ni basta sospecharlo para que se pruebe su existencia, es preciso admitir que la presunción general de buena fe no se infirma ni desvirtúa por el simple estado de duda que suscita el examen del caso concreto, en que se debate si el buen criterio, la ciencia, técnica y experiencia de una compañía aseguradora pudieron ser sorprendidas y burladas por medios que no parecen conducentes a semejante situación. La disyuntiva está, pues, en favor de los beneficiarios del seguro, quienes se entienden exentos de dolo, puesto que no se ha demostrado que siquiera tuviesen alguna ingerencia en la expedición de la póliza.

En doctrina se discute si las cláusulas de indisputabilidad comprenden o nó el dolo del asegurado. En general se considera que una vez cumplido el término previsto, las pólizas quedan al abrigo de todas las causas de nulidad, salvo el dolo del asegurado, pero aún a este respecto se exige la prueba de **"engaños concretos y extrínsecos."**

Y así, puede consultarse a Vivante, "Del contrato de seguro" V. II, página 109, donde puede leerse:

"561.—**El dolo en las pólizas indisputables.** Vencido el plazo de la **disputabilidad**, podrá aún librarse el asegurador probando fraude del asegurado, o deberá probar además que se trató de un fraude calificado por engaños concretos y positivos?

"La controversia duró largo tiempo en nuestra jurisprudencia, y hoy se puede considerar resuelta por la Corte Suprema en favor de los asegurados, ya que se pronunció por su ineficacia únicamente en el caso de engaños concretos y extrínsecos.

"Esta solución, que limita la defensa de las compañías en beneficio de los defraudadores que saben ocultar sus engaños, podría corregirse usando una fórmula nueva que, si repudiar las pólizas indisputables, tan necesarias para la tutela de los asegurados, distinguiera los efectos de la indisputabilidad tomando en cuenta la duración del contrato."

Propone el autor una fórmula según la cual la póliza indisputable no cubre los seguros conseguidos por el asegurado mediante declaraciones o reticencias fraudulentas, pero que pasados seis años la indisputabilidad se hace absoluta, salvo el caso de error obstativo. Y agrega:

"En el Congreso Nacional de Seguros celebrado en Florencia, en el año de 1930, justifiqué esta posición con las siguientes razones:

"a) Mediante esta fórmula el magistrado tiene a la vista el significado total. Antes de que la indisputabilidad produzca sus efectos, podrá acogerse el asegurador a la regla general expresada por el artículo 429 (en Colombia el 681) del Código o a la póliza que lo modifica. Pasado el período de impugnabilidad, quedará liberado el asegurado de las consecuencias de sus declaraciones erróneas y de las reticencias incluso culpables, pero no de los fraudes con que sorprendió el consentimiento del asegurador. Pasados seis años de su trascurso, el asegurado quedará libre de toda impugnación salvo el **error obstativo (aliud pro alio** (una cosa por otra), que excluye la existencia misma del contrato, por ejemplo, en el caso de sustitución de persona;

"b) La equidad de esta graduación estriba en la observanción de que después del largo plazo de seis años la insidia del asegurado se vuelve contra él, que debió pagar regularmente la prima.

"c) Se apoya en la experiencia estadística, que demuestra que el riesgo fraudulentamente declarado produce de ordinario la muerte en el primer período de disputabilidad.

"d) Porque también los riesgos de fraude se prescriben dentro de ese plazo; el tiempo pasa sobre ellos sin dejar pruebas seguras (artículos 157, 640 Código Penal);

"e) Porque estas tardías investigaciones retroactivas turban la posición y la expectativa de los beneficiarios herederos o acreedores, que, de ordinario, no participaron en el fraude."

Y si como viene expuesto, en el caso **sub judice** no aparece nítida y concretamente probado el dolo en que incurriera Cortés Carrillo, el segundo aspecto de la causal que se examina tampoco puede prosperar en casación.

.... c) **El certificado médico**

Tiene previsto entre nosotros el artículo 22 de la Ley 105 de 1927 que "cuando las compañías de seguros de vida no exigen certificado médico antes de expedir las pólizas, se entenderá que renuncian a todo derecho que pueda asistirles por causa de la salud del asegurado, en caso de que esta no fuere aceptable al tiempo de verificar el seguro."

El examen médico constituye una medida de precaución de la compañía para estimar el riesgo antes de emitir la póliza y es muy claro que esa salvaguardia tomada por el asegurador para su propio fuero, en manera alguna puede eximir al asegurado de su deber legal de absoluta sinceridad en la declaración que se le pide.

Pero si una determinada compañía prescinde de exigir el certificado médico y emite la póliza de seguro de vida, entiende la ley en forma concluyente que tal conducta obedece a que el asegurador tuvo por bueno y bien calificado el riesgo antes de asumirlo, y que por ello se hace indisputable la póliza.

La séptima posición absuelta por el Gerente de la Compañía de Seguros Bolívar, dice así:

"Séptima.— Diga el absolvente cómo es verdad, sí o nó, que la Compañía de Seguros Bolívar que representa el absolvente, exige como condición previa esencial para asegurar a una persona, el certificado o informe médico emanado de un médico nombrado o designado por la compañía? Contestó: No es cierto. Leída la aprobó".

El sentenciador se atuvo al tenor literal de la respuesta, para entender que la compañía no exigió el certificado médico, pero de allí no se desprende error de hecho evidente en la apreciación de esa prueba. No porque el hecho juzgado por el Tribunal sea unívoco, sino porque prefirió una de las varias interpretaciones que admite lo dicho por el Gerente. Si la demanda presenta otra interpretación, ello apenas significaría que si se tratara del debate en la instancia, podría acaso entrarse a considerar si es mejor que la expuesta por el Tribunal. Pero esto a la vez demuestra que no hay evidencia cuando sobre un mismo punto caben varias opiniones lógicamente distintas. El cargo no prospera pues en casación.

Mas como en este tercer aspecto de la causal primera se alega también errónea interpretación del artículo 22 de la Ley 105 de 1927, por cuanto el certificado médico obra en el expedientes y lo corrobora la declaración de quien lo suscribe, el Dr. Rito A. Puentes Gómez, poco importa que lo produjera el facultativo señalado por la compañía o por el peticionario del seguro, ya que la exigencia de la ley se refiere a certificado médico, sin que sea necesario que se trate de facultativo designado por la compañía, por lo cual erró el sentenciador a este respecto.

El sentido de la disposición legal es ciertamente el que indica la demanda, puesto que la norma no distingue al estatuír sobre el certificado de salud. Aunque es lo natural que por tratarse de una precaución que le atañe directamente, esté llamada la compañía a designar el médico y no el asegurado, por razones obvias.

Sin embargo, el reparo carece de relieve, porque si inicialmente la compañía tuvo oportunidad de alegar acerca de la salud del asegurado, prescrita como está la acción rescisoria del seguro y consumada como se encuentra la caducidad del derecho de la compañía para pedir la anulación del contrato, ya que fue pactada la cláusula de indisputabilidad, en nada puede cambiarse la solución que al caso corresponde.

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 del Tribunal Superior de Bogotá que ha sido objeto del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Gustavo Fajardo Pinzón, Conjuez.—Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION RESOLUTORIA Y EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1—Para que sea procedente la excepción de contrato no cumplido, no se exige que el excepcionante demuestre que ha cumplido o se ha allanado a cumplir las obligaciones que le corresponden; tal exigencia constituiría un absoluto desconocimiento de los principios que informan dicha excepción.

Para proponerla eficazmente se requiere, por tanto, sólo: a) que el excepcionante obre de buena fe; y b) que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo.

2—Las disposiciones de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, conforme a las cuales la acción resolutoria puede prosperar sólo cuando el deudor esté cosntituído en mora, han de entenderse y aplicarse en armonía con la disposición del artículo 1609 del mismo Código, de acuerdo con la cual no existe mora en el demandado cuando el contratante que demanda la resolución no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir el contrato.

La acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes

1.—Por escritura pública número 736 de 20 de marzo de 1951, de la Notaría tercera de Bogotá, **Abelardo Gómez Bautista** y **Graciela Rodríguez de Gómez** vendieron a **Isaías E. Pérez** un inmueble situado en el Municipio de Usme por la cantidad de diez mil pesos, pagadera así: quinientos pesos en el momento de firmar la escritura; seis mil pesos el día 25 de julio de 1951 y el resto, o sea la suma de tres mil quinientos pesos, el día 15 de marzo de 1952. En la cláusula segunda del mencionado contrato se estipuló que "la entrega real y material de la finca materia de este negocio la efectuarán los vendedores al comprador el día 25 de julio, fecha ésta en que pagará el comprador a los vendedores los seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda corriente dichos".

Para garantizar el pago de la cantidad de seis mil pesos, el comprador hipotecó a favor de los vendedores el mismo inmueble comprado, y para garantizar el pago de los tres mil quinientos pesos restantes hipotecó un inmueble situado en el Municipio de Pasca.

Por escritura pública número 1180 de 7 de mayo de 1951, de la Notaría tercera de Bogotá, **Isaías Pérez vendió** a **Abelardo Gómez Bautista** y a **Graciela Rodríguez de Gómez** el mismo inmueble situado en el Municipio de Pasca que había sido hipotecado por medio de la mencionada escritura número 736 de 1951 de la Notaría tercera.

En la citada escritura 1180 de 1951 expresaron **Gómez Bautista** y **Graciela de Gómez** "que el señor Isaías Pérez les debía la suma de tres mil quinientos pesos moneda corriente y que para seguridad de la cual les había hipotecado el inmueble que hoy compran, por escritura 736 del 20 de marzo de 1951 de la Notaría tercera de esta ciudad y que por haber comprado el inmueble hipotecado y haber dado ese crédito en pago, manifiestan de común acuerdo que declaran cancelada la hipoteca constituída a su favor por la escritura antes mencionada contra **(sic)** el señor Isaías Pérez en lo que hace relación a la hipoteca del inmueble materia de este contrato y que, por consiguiente, se declaran en completo paz y salvo con el vendedor en lo que se refiere a este inmueble".

2.—**Abelardo Gómez Bautista** y **Graciela Rodríguez de Gómez** demandaron a **Isaías Pérez** ante el Juzgado del Circuito de Bogotá, para que se declararan resueltos por incumplimiento de éste los contratos que constan en las citadas escrituras y se condenara al demandado al pago de los respectivos perjuicios.

Dice la demanda que Pérez no dio cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato que consta en la escritura número 736, primero por no haber pagado en el momento de la celebración del contrato la suma de quinientos pesos, pues sólo entregó a los vendedores doscientos, y segundo por no haber pagada en la fecha estipulada el contado de seis mil pesos.

3.—El Juzgado denegó las peticiones de la demanda por haber encontrado probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por el demandado.

4.—Apelado el fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó y desató la controversia declarando resueltos los referidos contratos y ordenando cancelar las escrituras en que ellos constan. No condenó al pago de perjuicios.

En lo que respecta a la cuestión de hecho, expone el sentenciador, después de analizar las pruebas aducidas en el juicio:

"Es decir, está demostrado por confesión de las partes, que ninguna de ellas dio cabal cumplimiento al contrato de compraventa contenido en la escritura 736, por cuanto ni el comprador pagó los $ 6.000.00 el 25 de julio de 1951, ni el vendedor hizo entrega material de la finca el mismo día, obligaciones éstas recíprocas y que debían efectuarse simultáneamente.

"Por otra parte, no hay constancia alguna en el expediente de que el mismo día 25 de julio de 1951 tanto el vendedor como el comprador hubieran hecho actos, diligencias o gestiones encaminadas al cumplimiento de sus prestaciones, ni prueba alguna que indique que alguno de ellos hubiera estado listo a cumplir sus obligiaciones sin lograr que el otro se allanara a ejecutar las suyas.

"Comprobado como se halla el incumplimiento de las partes de las obligaciones recíprocas contenidas en el contrato, es procedente el estudio del efecto jurídico de este doble incumplimiento, en relación con el fenómeno de la resolución que ha sido impetrado".

Funda la decisión sobre resolución del contrato en los siguientes considerandos:

"La Corte ha expresado que en el caso de que ninguna de las partes contratantes dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones recíprocas, no existe la situación jurídica de mora y por tanto es improcedente la acción resolutoria, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, como lo indica el artículo 1609 del C. C.

"Tan respetable parecer, si por una parte es estrictamente legal, por otra en algunos casos es inequitativo y en el fondo puede ser antijurídico, porque si todo derecho debe tener el medio procesal adecuado para hacerse efectivo ya que la acción judicial es el derecho en movimiento, es contra todo concepto de justicia que existan casos, como el recíproco incumplimiento, en el cual se carezca del poder jurídico suficiente para hacer actuar la voluntad de la ley, la que siempre se encamina al restablecimiento del derecho violado.

"En el caso de autos, con la aplicación mecánica del principio consagrado en los artículos 1546, 1609 y 1930 del Código Civil, ninguna de las partes podría, ni dar vida jurídica al contrato mediante la acción coercitiva del cumplimiento, ni optar porque las cosas vuelvan al estado jurídico que tenían antes de celebrarse el contrato, situación contraria a todo principio de equidad y justicia, y más si se tiene en cuenta que ya fracasó la acción intentada por el comprador para obtener el cumplimiento del contrato, como consta en autos.

"Por tal consideración la Sala es de parecer que en el problema contemplado procede la resolución del contrato que abrió causa a este debate, con el fundamento de que ninguna de las partes contratantes dió cumplimiento a las obligaciones consignadas en la escritura 736 ya citada".

Luégo de citar la doctrina de algún expositor chileno sobre este punto, dice:

"Cabe observar que la Corte Suprema de Justicia ha acogido en el fondo esta tesis pues en la luminosa sentencia de febrero 29 de 1936, declaró la resolución de un contrato en que ambas partes incumplieron sus obligaciones".

5.—Contra el fallo de que se habla interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada.

La Casación

6.—El recurrente acusa el fallo, con base en la causal primera, por los siguientes extremos:

Primero: violación de los artículos 1609 del Código Civil, en relación con los artículos 1546 y 1930 del mismo estatuto, por errada interpretación del primero.

Segundo: violación indirecta de los artículos 1609, 1546 y 1930 del Código Civil, proveniente de error de hecho manifiesto consistente en la falta de apreciación probatoria de la demanda con que se inicia el juicio.

Tercero: violación de los artículos 1849, 1857, 1930 y 1546 del Código Civil, por indebida aplicación.

Como la Corte encuentra fundado el primer cargo, queda dispensada de considerar los restantes y facultada, además, para dictar el fallo de instancia que corresponda.

7.—El recurrente expone tal cargo así:

"En suma, el tribunal, apartándose de la reiterada jurisprudencia de la Corte sobre el artículo 1609 del Código Civil, y de la doctrina de los expositores acerca de la **exceptio non adimpleti contractus**, pretende edificar su propia teoría, consistente en negar la excepción aún al demandado que no está en mora, por razón del incumplimiento del demandante, reconociéndole a éste la acción resolutoria, dizque por un principio de equidad y con el fin de emancipar a las partes del contrato que de otra manera continuaría ligándolos indefinidamente.

"No tengo para qué recordar las múltiples sentencias de la Corte, porque los señores magistrados las conocen demasiado, en que ha disertado con sabiduría sobre el significado y alcance de la excepción mencionada, deducida en nuestro derecho del artículo 1609. Pero ahora nos sale el Tribunal de Cundinamarca con una curiosa interpretación de esta disposición, a pretexto de que ni ésta ni los artículos 1546 y 1930 citados deben aplicarse mecánicamente. Y para librarse de esa aplicación mecánica se entrega al juego de una hermenéutica de rueda libre, que por lo mismo no es exegético ni científico, sino un invento en que la equidad invocada resulta manifiestamente sacrificada".

Después de disertar extensamente sobre la naturaleza y alcance de la excepción de contrato no cumplido, expresa:

"La mora del demandado es pues, indispensable para que pueda prosperar la acción resolutoria del contrato. Quien puede demandar la resolución es el acreedor de la obligación no cumplida, que ha cumplido por su parte lo pactado, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. En los contratos bilaterales, y más concretamente, en los contratos a título oneroso ambos contratantes deben cumplir oportunamente con las obligaciones que han contraído; y ninguno de ellos puede considerarse moroso si la contraparte no se manifiesta dispuesta a cumplir las que a ella le corresponden. Así lo dispone el artículo 1609. Si el demandante no hubiere cumplido sus propias obligaciones, o no se ha allanado a cumplirlas, cómo podría exigir que el demandado cumpliera las suyas, y por lo mismo pedir la resolución del contrato?".

Dice finalmente:

"Y es que en presencia del texto claro del artículo 1609 la tesis no puede ser otra que la reiteradamente sustentada por nuestra Corte. Sería contrariar a la equidad conceder la acción resolutoria a quien no ha cumplido ni ha mostrado siquiera ánimo de cumplir, contra el otro contratante que no se halla en mora, porque aun cuando haya vencido el plazo de su obligación lo excusa la negligencia del primero. Condición esencial de la acción resolutoria del contrato es la mora del demandado y el cumplimiento del demandante. Y si éste no ha cumplido ni ha estado dispuesto a cumplir, será razonable otorgarle un derecho que conlleva una sanción contra el demandado, por el solo hecho de haber asumido el papel de demandante? No.

"En resumen, me parece que brilla el error cometido por el tribunal en su interpretación y aplicación al caso del pleito de los artículos que al principio de este cargo mencioné".

8.—La Corte considera:

Que, como lo ha expuesto en repetidas ocasiones, la ejecución de las obligaciones de las partes, en los contratos bilaterales, debe ser simultánea; así lo establecen, en términos generales, el artículo 1609 del Código Civil y, por lo que hace en especial al contrato de compraventa, los artículos 1882 y 1929 de la misma obra. En consecuencia, un contratante no puede exigir la prestación que se le ha prometido si al propio tiempo no cumple o no ofrece cumplir las obligaciones que le corresponden;

Que esta regla sobre ejecución simultánea de las obligaciones sólo deja de aplicarse: a) cuando las mismas partes han señalado el orden en que deben ser cumplidas tales obligaciones, caso en el cual el contratante a quien le corresponde cumplir en primer término no puede rehusar el cumplimiento; y b) cuando la naturaleza misma del contrato, como ocurre en algunos contratos de tracto sucesivo, se opone al cumplimiento simultáneo de las respectivas obligaciones;

Que, por tanto, el contratante que exige el cumplimiento de una obligación surgida de con-

trato bilateral, debe demostrar que ha dado cumplimiento a las obligaciones que le incumben o que ha estado dispuesto a hacerlo. Por su parte, el contratante a quien se le exige el cumplimiento de sus obligaciones, puede rehusarlo si el otro contratante no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir las que le corresponden. En otros términos, puede oponer a las pretensiones del demandante la llamada excepción de contrato no cumplido;

Que la disposición del citado artículo 1609 del Código Civil, que establece la excepción de contrato no cumplido, consagra una de las principales consecuencias que se desprenden de la reciprocidad de las obligaciones nacidas de contratos bilaterales y de la regla sobre ejecución simultánea de las mismas; es, por otra parte, aplicación del principio general según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe;

Que para proponer eficazmente la excepción de contrato no cumplido, sólo se requiere: a), que el excepcionante obre de buena fe; y b), que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo;

Que, en cambio, para que la mencionada excepción sea procedente no se exige que el excepcionante demuestre que ha cumplido o se ha allanado a cumplir las obligaciones que le corresponden; tal exigencia constituiría un absoluto desconocimiento de los principios que informan tal excepción; procede ésta, por consiguiente, en caso de incumplimiento recíproco de las partes;

Que las disposiciones de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, conforme a las cuales la acción resolutoria sólo puede prosperar cuando el deudor esté constituído en mora, han de entenderse y aplicarse en armonía con la disposición del artículo 1609 del mismo Código, de acuerdo con la cual no existe mora en el demandado cuando el contratante que demanda la resolución no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir el contrato;

Que la acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora. Sobre este punto la doctrina de la Corte, expuesta en varios fallos, ha sido absolutamente contraria a la sustentada en la sentencia recurrida; así, en fallo de 25 de marzo de 1950, se lee: "en el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del C. C., situación ésta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las respectivas acciones".

Que la ya citada disposición del artículo 1546 del Código Civil, al conceder la acción resolutoria al contratante cumplido, "la niega implícitamente" al contratante incumplido; por consiguiente, a la acción que éste promueva puede oponer el demandado la defensa consistente en el incumplimiento del demandante;

Que la Corte, en el fallo de 29 de febrero de 1936, citado por el Tribunal, no sostuvo la tesis que éste le atribuye. En efecto, en tal providencia se lee que "las probanzas contenidas en el expediente conducen todas a poner de manifiesto que ha sido constante el empeño de Botero en que se cumpla el contrato y constante también la renuencia de la demandada a cumplirlo", y en otra parte, que "Botero sí tiene fundamento para demandar y obtener la resolución. No sólo puso en mora a la Echeverri con el requerimiento que ésta trató de burlar alegando que se le había concedido una prórroga, sino que mediante un decisivo haz probatorio ha puesto de manifiesto que su constante empeño de obtener la ejecución del contrato ha tropezado con negativas reiteradas de la Echeverri a cumplirlo por su parte"; de estas transcripciones se desprende que, en el fallo citado, no expuso la Corte la doctrina sostenida por el Tribunal en la sentencia acusada;

Que, por lo expuesto, se reitera la doctrina sentada en sentencias de 29 de febrero de 1936, 23 de marzo de 1943, junio 13 de 1946 y 25 de marzo de 1950 (G. J., Tomos 43, 55, 60 y 67, respectivamente); y,

Que, en consecuencia, el fallo recurrido viola las disposiciones legales citadas por el recurrente y debe por tanto casarse.

9.—Para dictar el fallo de instancia, basta considerar que, como lo dice el Tribunal en parte ya transcrita de la providencia recurrida, aparece comprobado que ninguna de las partes contra-

tantes dio oportuno cumplimiento a sus respectivas obligaciones, ni que alguna de ellas hubiera estado dispuesta a cumplirlas sin obtener que el otro se allanara al cumplimiento de las suyas.

Debe, en consecuencia, declararse probada la excepción de contrato no cumplido, excepción que, como lo ha dicho la Corte, "no persigue la exoneración de la deuda sino supender o retardar la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales" y que "equivale , por su estructura y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo".

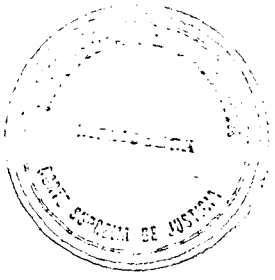
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia acusada y decide el pleito así:

1º—Declárase probada la excepción de contrato no cumplido;

2º—No es el caso, por consiguiente, de hacer las declaraciones pedidas en la demanda. Condénase a los demandantes en las costas de las instancias. Sin costas en el recurso.

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

Luis F. Latorre U.— Alfonso Márquez Páez.— Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro L., Secretario.



JUICIO DIVISORIO DE UN BIEN COMUN

1—Quien promueve un juicio de partición material de bienes comunes no está obligado a acompañar a su demanda los títulos que demuestren la propiedad de los comuneros o condueños contra quienes dirige la acción.

2—Para proceder contra otra persona en calidad de heredero de un tercero, al demandante le sirve la copia del auto por el cual al segundo se le reconoció esa calidad.

3—Cuando el juicio es promovido por el heredero de una persona, no es aplicable el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, porque este texto se refiere al caso de que alguien se haya apersonado como representante o sucesor de un litigante o gestor en virtud de la muerte de éste.

4—No es nula una partición llevada tardíamente al despacho del Juez. Ello comportará otras sanciones, pero no la nulidad del acto, de igual modo que no hace que carezca de valor un fallo, el hecho de que el juez o magistrado demore su pronunciamiento.

5—Contra el trabajo reformado que el partidor presenta al juez para ajustar la cuenta a las objeciones que, formuladas contra el primitivo trabajo, tuvieron éxito total o parcialmente, no pueden proponerse nuevas objeciones, ni de él ha de darse traslado a los interesados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veinte de septiembre de mil noveicentos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Rosa Rodríguez de Robayo, obrando en representación de la sucesión ilíquida de Jesús Rodríguez, demandó a la sucesión, también ilíquida de Milciades Rodríguez, representada por Ignacia Rodríguez de Rodríguez, cónyuge sobreviviente de éste, y por sus hijos legítimos Aura María, Ana Joaquina, Rafael María y Luis Felipe Rodríguez, con el fin de que, con su audiencia, se decretara la partición material de un predio situado en la Sección llamada Rasgatá del Municipio de Táusa.

Opusiéronse los representantes de la sucesión demandada a que ello se hiciera y propusieron contra el libelo la excepción perentoria de prescripción adquisitiva. Seguido el juicio en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá y decretada la partición, el partidor presentó su trabajo, el cual fue objetado y reemplazado por otro que el Tribunal Superior de Bogotá, confirmando providencia del Juzgado, aprobó por medio de sentencia definitiva proferida el 2 de febrero de 1954.

Esta fue recurrida, en busca de su casación, y se halla al estudio de la Corte, luego de haber sufrido el recurso la tramitación de rúbrica.

La casación

Se acusa la sentencia por dos de las causales de casación establecidas en el artículo 520 del Código Judicial: la sexta y la primera, aquélla por dos extremos, y ésta por tres.

Siendo de notarse que, al entrar en materia, el recurrente encasilla erróneamente sus acusaciones dentro de dos de las siete categorías de causales de casación que son esencialmente distintas, es a saber: la primera, atinente a ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea, y la sexta, relativa a haberse incurrido en el juicio en alguna de las causales de nulidad procesal de que trata el artículo 448 del Código Judicial, en cuanto de antemano no hubiesen sido legalmente saneadas.

Por ello, la Corte se encuentra en incapacidad de proceder, cual quisiera, en el examen de la demanda, ciñéndose por entero al orden lógico, y ha de seguir al recurrente por el derrotero que él mismo trazó.

1º—CAUSAL SEXTA

Primer extremo

Dice el recurrente que el Tribunal sentencia-

dor "incurrió en error de hecho y de derecho al dictar la sentencia aprobatoria de la partición, sin haber examinado el expediente para **constatar** (en castellano verificar, o examinar, o comprobar, o acreditar, etc.) si existía o no causal de nulidad que invalidaba el procedimiento", errores que (a juicio del recurrente) le condujeron a violar los artículos 455 y 448 del Código Judicial, así como el 1.135 de la misma obra legislativa, por no haber presentado la parte demandante la prueba de ser comunera la demandada, agregando que:

"Existe también falta de personería por la parte demandante ya que como prueba de que la actora era heredera de Jesús Rodríguez, acompañó copia del auto en el que en el (sic) juicio de sucesión de éste se la tuvo como heredera a título universal; pero dentro de la legislación nuestra, esta copia no es suficiente, es preciso acompañar las partidas que demuestren el estado civil de las personas y al no haberlo hecho, se violó el artículo 22 de la ley 57 de 1.887, porque han debido adjuntarse los documentos en que fundara el parentesco de la demandante con el causante, si el título provenía de parentesco; o el testamento otorgado a su favor, si el título surgía de ahí" (Cuad. Corte, f. 5 v.).

Sobre todo lo cual nota la Corte:

1º—Que tales errores son meramente imaginarios, pues los hechos negativos, como el de no haber examinado el Juez un expediente que tuvo a su estudio, no son susceptibles de demostración y antes por el contrario es de suponerse que los juzgadores leen los expedientes sometidos a su juicio, sin que tengan que acreditarlo.

2º—Que, suponiendo que en tales errores hubiese incurrido el Tribunal, de ello no hay evidencia, lo que le resta a la queja la condición de su **procedencia** para tener por ello violado el artículo 455 que cita la demanda de casación, artículo que sólo dice que cuando un Juez **observe** (acto íntimo o subjetivo de éste) que existe una nulidad en el proceso, debe ponerla en conocimiento de las partes.

3º—Que hay testimonio fehaciente de que sí se aprobó la existencia de la comunidad (C. 1º, ff. 1º, ss.).

4º—Que, suponiendo la existencia de la falla de que trata el recurrente, es de observarse que la Corte ha dicho esto con toda claridad:

"Es, sin duda, de estricta conveniencia para quien promueve un juicio de partición material de bienes comunes acompañar a su demanda no sólo los títulos que acreditan su propiedad, sino también los que demuestren la de los comuneros o condueños contra quienes dirige la acción, a fin de que se tramite rápidamente y no se presenten dificultades, pero la ley no exige sino la presentación de los títulos correspondientes a los derechos del actor (G. J. Nº 1971, pág. 247)" (Cuad. Corte, f. 13); y

5º—Que —si para ser reconocido un sujeto como heredero de otro, necesita probar su calidad de tal con la correspondiente partida del estado civil, o con el testamento en que estuviere constituído como sucesor del difunto—, para proceder contra un tercero en su calidad de heredero, lo que precisamente le sirve es la copia del auto por el cual se le reconoció esa calidad.

Segundo extremo

El abogado de los recurrentes acusa el fallo como violatorio del artículo 79 de la Ley 63 de 1936, porque, a su juicio, el Juez de la causa, al admitir la demanda, so pena de nulidad del juicio iniciado, ha debido ordenar, y no lo ordenó, que se diera aviso de la promoción de tal juicio al Juez que conocía del de sucesión de Jesús Rodríguez, de quien es sucesora la demandante Rosa Rodríguez de Robayo.

En concepto de la Corte tal cargo carece de asiento, porque el texto citado se refiere a problema jurídico de otro orden: al caso de que alguien "se haya apersonado como representante o sucesor **de un litigante** o gestor en virtud de la muerte de éste" (para efectos relacionados con el impuesto de sucesiones); y en el que se está, no sucede esto, pues **Jesús Rodríguez** no murió **durante** el juicio de que se trata, sino **antes** de ser promovido por su heredera Rosa y, por tanto, no tenía la obligación de dar aviso al juez que conociera del juicio de sucesión de Jesús, como por otras palabras, muy bien dichas de la Corte, se declara que "la citación y aviso ordenados en este texto tienen lugar **únicamente cuando sobreviene la muerte de uno de los litigantes durante la secuela del juicio"** (G. J., Nº 1993, p. 59).

2º—CAUSAL PRIMERA

Primer extremo

Es curioso a la verdad.

El Juez dio al partidor un plazo para que rehiciera la partición que había hecho, por haber hallado fundadas algunas objeciones contra la

primitiva; y el partidor presentó su nuevo trabajo cuando ya había corrido el plazo señalado.

Esta última circunstancia, dio asa al abogado de la parte recurrente para tomar el incidente por donde no era, al formular contra la sentencia aprobativa de tal partición este que consideró tremendo cargo:

"El Honorable Tribunal Superior, incurrió en error de hecho y de derecho al aprobar la partición, es decir, al confirmar la sentencia de primera instancia, lo que lo llevó a violar el artículo 1.152 del C. de P. C. que ordena: "Son aplicables a este juicio los artículos 959 a 967 relativos a la partición de la herencia en la pertinente".

"El Honorable Tribunal no tuvo en cuenta este artículo y consecuencialmente lo llevó a violar el artículo 959 ibídem que establece "La partición debe hacerse dentro del término señalado por el testador, o por el Juez (subrayo) en su caso, sobre la base de los avalúos dados en el inventario....".

".... ....

"Por modo, señores Magistrados, que hay que concluir que no existe partición alguna en este juicio, en razón a que cuando fue presentado el trabajo, ya se había vencido el término señalado par tal fin.

"Al probar el H. Tribunal la partición, violó el artículo 366 del C. de P. C. (que define lo que son términos judiciales.)

".... ....

'De todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que no existe partición en este juicio por haber sido verificada la aprobada por una persona que ya no reunía los requisitos de partidor". (Cuad. Corte, ff. 6 a 7 v.).

Se comprende, v. g., que si una demanda de casación no se presenta dentro del término legal, se declare desierto el recurso; o que si quien hizo una objeción a una partición fuera de tiempo, sufra la consecuencia de que ésta no se le tengan en cuenta; o que se declare confeso a quien citado a absolver unas posiciones no se presentó a ello en la hora precisa; de estas y otras hipótesis semejantes no puede decirse que sea nula una partición llevada tardíamente al despacho del Juez. Ello comportará otras sanciones, pero no la nulidad del acto. No porque un juez o magistrado demore el pronunciamiento de un fallo, puede decirse que éste carezca de valor. Et sic de caeteris.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que los citados artículos 1.152 y 959 a 967 son atinentes al procedimiento y no disposiciones sustantivas.

Segundo extremo

Según el recurrente, el Tribunal sentenciador al aprobar la partición violó los artículos 2.338 del Código Civil, en su cuarta regla y el 1.142 del Judicial, porque no aparece que el partidor hubiera hecho presupuesto de los gastos que demandara la partición para que los comuneros pudieran dar en dinero lo que les correspondiera o en su defecto se formara una hijuela para reembolsar al comunero que las hiciera.

Sobre lo cual observa la Corte que tal asunto fue materia de discusión en el incidente de objeciones a la partición, por lo cual el partidor, al rehacer su trabajo, formó la hijuela de gastos como puede verse en los folios 97 v. y ss. del Cuaderno 1º del proceso.

Y luego de rehecha, el Tribunal, al aprobarla, dijo con toda propiedad que:

"Examinado el nuevo trabajo de partición presentado por el partidor para dar cumplimiento a la decisión que falló las objeciones (fls. 97 a 101), de su lectura se constata (sic): que la zona de terreno a que se refiere la objeción segunda quedó incluída en la partición y así también se observa en el plano de la misma presentado (fl. 96); y que la hijuela de gastos a que se contrae la objeción sexta, se ordena sacar a remate. Igualmente, aparece que la hijuela que se adjudica a la parte demandada se hace por suma o valor igual a la de la parte demandante sobre el acervo líquido, deducida la hijuela de gastos, sin que éste tenga a su favor servidumbre de acueducto y abrevadero impuesto como de cargo de la parte demandada, porque dicha servidumbre queda impuesta como de cargo de los predios adjudicados a ambas partes para el caso de que tal hijuela de gastos sea rematada por un tercero, ya que si se remate (sic) por alguno de los adjudicatarios, se suspende automáticamente dicho servicio y gravamen. Por lo mismo, en cuanto hace relación a la objeción cuarta, puede concluírse que la compensación ordenada al prosperar esta objeción, quedó cumplida, debido a que en el nuevo trabajo de partición desaparece el gravamen de servidumbre que en la primitiva había sido impuesto como de cargo del predio adjudicado a la parte demandada y que se estimó en $ 500.00 moneda corriente.

"De esta manera, como de conformidad con el fallo de las objeciones y la forma como está rehecha la partición, se tiene que ésta está reformada de acuerdo con lo que fue ordenado, la sen-

tencia que se revisa debe mantenerse, por cuanto que lo que en ella resuelto (sic) es lo que en casos similares debe hacerse según las disposiciones de los artículos 965 y 967 del C. Judicial, tanto más cuanto que se observa que en la partición así reformada se cumplen los demás requisitos legales que deben ser tenidos en consideración, y que el apelante no presentó alegación alguna relativa a su inconformidad para hacer ver la ilegalidad de lo resuelto por el Juez de la causa" (C. 1º, ff. 136 v. a 137).

Es, pues, infundado el cargo que, por este extremo, se hace a la sentencia acusada.

Tercer extremo.

Por último, el recurrente hace al fallo acusado este reparo para buscar con su admisión que aquél sea casado. Ello por estas palabras:

"La partición aprobada por el Juzgado y el Honorable Tribunal, viola el artículo 1.394 del C. C. en cuanto a que una de las hijuelas formadas en la partición, comprende un lote de terreno, que es de propiedad de un tercero, en este caso, Luis Felipe Rodríguez —hoy su heredera, señora Ignacia Rodríguez v. de Rodríguez— y por tanto, el adjudicatario en esa porción sufre lesión, y de consiguiente no hay equidad.

'Esta violación se consumó en virtud de no haberse apreciado la prueba practicada durante el término probatorio del Incidente de Objeciones a la partición y que tendían a que se declara (sic) probada la objeción primera, concerniente a que en la partición figuraban bienes de terceros y que se enunció así: "Inclusión en la partición de bienes de Terceros".

"El Juzgado resolvió este punto con una tesis empírica si así pudiera denominarse, al decir, que si en la partición estaban incluídos bienes de terceros, era porque el vendedor le había hecho enajenación de una cosa ajena y que entonces era el tradente quien tenía que sanear tal venta (C. 4, fl. 11); y el Tribunal agregó: que de la inspección ocular y del dictamen de los peritos, se desmostraba que la parcela de Luis Felipe Rodríguez sí estaba dentro del globo de terreno, objeto de la partición, pero consideró al igual del juez, que tal porción hacía parte del bien común y que de consiguiente la venta que hiciera un comunero no lo sacaba del patrimonio común (C. 4, fl. 25).

'Este error de derecho surge de otro de hecho, falta de apreciación de las pruebas. En efecto: no se tuvo en cuenta la escritura Nº 42 de fecha 17 de enero de 1.939 de la Notaría de Zipaquirá, por la cual Milciades Rodríguez vendió a Luis Felipe Rodríguez entre otros bienes el descrito en el punto tercero, o sea "El Carrizo" por los linderos allí mencionados y en donde consta que Milciades Rodríguez adquirió tal finca por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Encarnación Rincón, protocolizado por medio de la escritura Nº 537 de 1º de julio de 1.911" Cuad. Corte, ff. 8 y 8 v.).

Acerca de lo cual, cabe decir:

a) Que este cargo es una mera repetición de las objeciones Primera y Tercera que se hicieron a la primitiva partición, que no fueron acogidas ni por el Juzgado ni por el Tribunal, como se observa en el proceso (C. 4º, ff. 4 y ss., 12 v. ss., 13 v. ss., y 25 ss.).

b) Que por ello, no debe ser atendido, conforme a tradicional jurisprudencia de la Corte que se condensa así por el Relator de la misma:

"Tomando en cuenta lo estatuído en los artículos 964 y 965 del Código Judicial, la Corte ha sostenido en tradicional jurisprudencia que el incidente de objeciones a la partición en juicio sucesorio no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por primera vez su trabajo y que reformada la cuenta como consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del Juez se limita a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones y que cuando encuentra que ella se verificó "en los términos ordenados", debe aprobarla, sin necesidad de nuevo traslado a los interesados, pues ya a éstos se les brindó y tuvieron la oportunidad de ejercer sus derechos" G. J. números 2.119 y 2.120, t. LXXIII, p. 353).

Por tanto, debe tenerse como infundado este cargo, como se han tenido los otros.

Visto lo cual, 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 acusada y condena en las costas del recurso a la parte que lo interpuso.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME NO ES INCOMPATIBLE CON EL CONTRATO DE PERMUTA

1—Como en el contrato de permuta, lo mismo que en el de venta, hay precio; en tal contrato es posible determinar si el precio fue justo o injusto; la acción rescisoria por lesión enorme procede no sólo en favor del vendedor, sino también en favor del comprador; en la permuta cada permutante es a la vez vendedor y comprador; la rescisión por lesión no es en manera alguna incompatible con el contrato de permuta y es, por tanto, necesario llegar a la conclusión de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1958 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1946 y 1947 del mismo código son aplicables en el contrato de permuta.

2—Las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos son reglas de lógica jurídica, o medios aconsejados a los jueces para inquirir la voluntad de los contratantes, pero tales disposiciones no establecen ningún derecho preciso en forma tal que su desconocimiento pueda servir de base a un cargo en casación.

3—Un cargo en casación por interpretación errónea de la ley sustantiva no puede fundarse en errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de pruebas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Antecedentes

José Jesús Díez Vélez demandó a Roberto Montoya Moncada, ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, para que se hicieran 'las siguientes, o alguna, o algunas' de estas declaraciones:

"a) Que es nulo absolutamente, por vicio en el consentimiento de una de las partes contratantes, la permuta celebrada entre los señores José Jesús Díez Vélez y Roberto Montoya M., contenida en la escritura pública número quinientos dos (502), de diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta, otorgada en la Notaría Segunda de Pereira, registrada en la misma ciudad en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, en virtud de la cual escritura Díez Vélez dijo transferir a Montoya Moncada, el inmueble o inmuebles, y otros bienes, que se determinan en el citado instrumento y por su parte Montoya Moncada dijo transferir a aquél unos inmuebles y otros bienes que por su situación linderos y demás especificaciones se determinan en la misma escritura.

"b) Que, consiguientemente, se ordene:

"1º La cancelación del título escriturario que se ha citado, para lo cual se librarán los oficios correspondientes al señor Notario Segundo de Pereira y a los señores Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de la misma ciudad. Y,

"2° La restitución de las cosas al Estado que tenían con anterioridad a la referida escritura y, por tanto, la restitución a favor de mi mandante, de todos los bienes comprendidos en el contrato de permuta, con todas sus mejoras, anexidades y elementos, lo mismo que la de los frutos civiles y naturales, desde la notificación de la demanda, entrega que deberá efectuar dentro del término de ejecutoria del fallo o en el que éste le señale.

"c) Subsidiariamente, que se declare que es nulo relativamente, por lesión enorme sufrida por mi mandante, el mismo contrato de permuta de que da cuenta la escritura pública citada en la petición distinguida con el numeral a) de esta demanda.

"d) Consecuencialmente de la declaración que inmediatamente antecede, que se ordenen las mismas cuestiones contenidas en los numerales 1º y 2º de la declaración principal.

"e) Si Ud. estimare que no es el caso de accederse a ninguna de las declaraciones anteriores, le solicito se digne condenar al mismo Montoya Moncada a entregar a mi mandante, dentro del término de ejecutoria del fallo o en el que la

sentencia le señale, todos los bienes que con sus especificaciones fueron ofrecidos al último en permuta y de que trataron los contratantes en la estipulación que precedió a la escritura en referencia, de acuerdo con los documentos y testimonios, lo mismo que de las demás pruebas, que de tal ofrecimiento resultaren probadas.

"f) Que igualmente es nulo por las mismas razones por las cuales es nulo el contrato de permuta de que se ha tratado el pacto accesorio firmdo por el señor Roberto Montoya Moncada y el señor José Jesús Díez Vélez, en la ciudad de Pereira el día catorce (14) de febrero del presente año y donde se expresaron cuestiones relativas a la permuta mencionada.

"g) Cualquiera o cualesquiera que sean las declaraciones que se hagan en la sentencia, que se condene en costas al demandado, si temerariamente afronta esta litis" (C. principal, ff. 2, ss.).

Esta demanda fue adicionada en lo concerniente a las declaraciones solicitadas, así:

"A continuación de la declaración b, y como subsidiaria de la nulidad por vicio en el consentimiento, nacido del dolo, a que se refiere la declaración distinguida con la letra a), pido que se haga la siguiente: B-2.—Que es nulo absolutamente por vicio en el consentimiento, producido por fuerza, al tenor del hecho último de esta demanda el contrato de permuta a que se refiere la misma escritura pública número quinientos dos (502) de diez y seis de febrero del corriente año, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Pereira. Como consecuencia de la declaración que inmediatamente antecede, que se hagan las mismas declaraciones que se indicaron como consecuenciales de la declaración marcada con la letra a) de la demanda, o sea las contenidas en los numerales 1º y 2º de la letra b) de la misma. B-3. Igualmente, como consecuencia de la declaración B-2 que se declare que carecen de todo valor las dos letras de cambio que por las sumas de a cincuenta mil pesos ($ 50.000) M. L., firmaron recíprocamente a su favor los señores José Jesús Díez y Roberto Montoya Moncada para garantizarse el otorgamiento de la escritura pública de que se ha dado cuenta, letras que se dejaron depositadas en poder del señor Notario Tercero de Armenia, señor Jesús López Dávila".

En casi todos los hechos de la demanda se expresa que el demandante fue inducido a la celebración del contrato por el demandado, quien se valió para tal efecto de medios o procedimientos engañosos. Entre tales hechos se encuentran:

"11.—Y convencido también (el demandado) de que muy próxima estaba la reacción de Díez, quien en Pereira continuaba bajo la influencia del error infundido sobre la realidad de las cosas, se dió a la tarea de lograr, y logró en efecto, que se firmara un convenio privado donde las partes aceptaban que por ambas el negocio había sido sin conocimiento previo de las cosas que iban a permutar y renunciaban a reclamaciones de toda clase, como si el dolo pudiera renunciarse válidamente y no ejercitarse la acción de rescisión, a virtud de pactos privados necesariamente afectados de los mismos vicios. Tal documento como en ratificación de la mala fe de una de las partes se hizo aparecer con fecha anterior al de la escritura pública a que se refiere.

"18.—Tan seguro estaba Montoya Moncada del ventajoso negocio que iba a formalizar con el señor Díez, que le ofreció garantizar el cumplimiento en cuanto a la suscripción de la escritura pública respectiva, firmando una letra de cambio que se depositó en manos del señor Notario 3º de Armenia, don Jesús López Dávila, letra que Díez se apresuró a aceptar y que sugirió por valor de $ 10.000.00 que cada uno firmaría a favor del otro, y Montoya Moncada propuso que fuera por $ 50.000.00 y así lo aceptó Díez, habiéndose procedido de conformidad.

"27.—Con los meros avalúos catastrales de las propiedades permutadas tanto en Pereira como en Apía, se deduce el dolo manifiesto o en último término el evidente engaño enorme sufrido por José J. Díez, comoquiera que en tanto que sus propiedades valen en el Catastro cien mil pesos ($ 100.000.00) M. L., las de Montoya Moncada pasan muy poco de treinta mil pesos ($ 30.000) M. L. En cuanto a la extensión, los hechos anteriores son aún más evidentes".

El Juzgado desató la controversia así:

"1º—No se accede a decretar las peticiones principales formuladas tanto en la demanda como en la corrección de ella.

"2º—Declárase que el señor José Jesús Díez Vélez sufrió lesión enorme en el contrato de permuta de una finca denominada La Palmilla, situada en jurisdicción del Municipio de Pereira, celebrada con el señor Roberto Montoya Moncada, contrato que se formalizó por medio de la escritura número 502, de 16 de febrero de 1950, pasada en la Notaría 2ª de la ciudad de Pereira y registrada en la Oficina de registro de esa misma ciudad el día 18 de febrero del mismo año.

"3º—En consecuencia se declara la rescisión de

dicho contrato, y por tanto se condena al señor Roberto Montoya Moncada a devolver al demandante señor José Jesús Díez Vélez, el inmueble a que se refiere la escritura número 502, de diez y seis de febrero de 1950, purgado de toda hipoteca o derecho real que hubiere constituído en dicho inmueble. Esta restitución la hará el demandado, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, siempre que éste no opte por completar la suma de ciento cuarenta y cinco mil quinientos pesos m. l., que fue el justo precio asignado parcialmente al inmueble aludido; además debe devolver todos los semovientes recibidos.

"4º—Condénase al demandante en este juicio, señor José Jesús Díez Vélez, a devolver al señor Roberto Montoya Moncada, dentro del plazo de seis días, los siguientes inmuebles situados en Apía: La Rafaelina, el Jazmín, Portugal, La Granja, La Estrella, San Jorge, una casa de habitación, y la Cristalina, situada en Pueblo Rico, junto con los semovientes recibidos, inmuebles éstos de que da cuenta la escritura número 502, de diez y seis de febrero de 1950, otorgada en la notaría 2ª de Pereira.

"5º—Queda a opción del señor Roberto Montoya Moncada o consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio del inmueble en referencia, el cual es de $ 145.500.00 con deducción de una décima parte, o sean $ 14.550.00. Tendrá un plazo de cincuenta días contados desde la ejecutoria de esta providencia, para completar el justo precio.

"6º—Los contratantes deben devolverse recíprocamente todos los frutos naturales producidos por los inmuebles, desde la contestación de la demanda. El valor de tales frutos se fijará mediante el procedimiento del art. 553 del C. Judicial.

"7º—Si el demandado Montoya M., consintiera en la rescisión del contrato, se librará oficio con destino a la Notaría 2ª de Pereira, y a la Oficina de Registro de la misma ciudad, para la cancelación de la escritura número 502, de 16 de febrero de 1950 ya mencionada, y para la cancelación de la inscripción de ella, pero cuando el demandante haya hecho las restituciones correspondientes al demandado.

"8º—No se declaran nulas las dos letras por valor de $ 50.000.00, firmadas por los señores Roberto Montoya Moncada y José Jesús Díez Vélez y las cuales se encuentran en la Notaría 3ª de esta ciudad.

"9º—No se declara nulo el pacto accesorio firmado por el señor Roberto Montoya Moncada y el señor José Jesús Díez Vélez, en la ciudad de Pereira el día 14 de febrero de 1950, donde se expresaron cuestiones relativas a la permuta mencionada.

"10.—No están demostradas las excepciones propuestas por el demandado.

"11.—Sin costas".

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Pereira, previa la tramitación correspondiente, decidió:

"Confírmase la sentencia apelada, en los puntos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º; 8º; 9º; 10 y 11 de la resolutiva.

"Igualmente se confirma el punto 4º de la misma con la modificación de que José Jesús Díez Vélez deberá devolver al señor Roberto Montoya Moncada, dentro del plazo allí previsto, los siguientes inmuebles situados en Apía: La Rafaelina, El Jazmín, Portugal, La Granja, San Jorge, La Cristalina La Estrella, una casa de habitación situada en la calle de Jamarraya de la misma ciudad, y en general, los bienes que recibió en virtud del contrato de permuta contenido en la escritura número 502, inclusive el lote innominado de que trata el ordinal b) de los bienes entregados por Roberto Montoya a José Jesús Díez Vélez, según la escritura antes citada.

"No es del caso ordenar entrega de semovientes, puesto que éstos no figuran en la escritura, y son motivo de otras convenciones.

"Queda abierto el campo para que la señora Rosa Moncada viuda de Montoya instaure la acción pertinente para discutir lo referente al contrato contenido en la escritura número 503 de 16 de febrero de 1950, en el caso de que la rescisión decretada llegue a tener operancia conforme a este proveído.

"No hay lugar a costas en esta instancia".

Contra este fallo interpuso recurso de casación la parte demandada.

La sentencia acusada

Considera el sentenciador que está demostrada la lesión enorme sufrida por el demandante en el contrato de permuta que consta en la escritura pública número 502 de 1950.

Expone, además, que las declaraciones del fallo deben referirse únicamente al contrato de que da cuenta la citada escritura, sin tomar en consideración lo que, en relación con tal contrato, aparece en otros documentos aducidos como pruebas

en la segunda instancia del juicio. A éstos se refiere en los siguientes términos:

"En esta segunda etapa se ha querido demostrar con el aportamiento de nuevas piezas, que el negocio de permuta celebrado entre Montoya y Díez Vélez no se limitó únicamente a lo que reza la escritura número 502 prealudida, pues que las partes en un contrato separado pactaron otras condiciones, con lo cual se le quiere imprimir al negocio original nuevas modalidades en cuanto a las consecuencias del pacto bilateral, aspectos que deben ser analizados en esta ocasión.

"En efecto: según el documento privado de 14 de febrero de 1950, Díez Vélez está obligado a transferirle al exponente Montoya un lote de terreno ubicado en el Municipio de Pereira en el paraje de La Palmilla, en un término máximo de sesenta días. En el mismo se hace constar que Díez Vélez se obliga a reconocerle a Montoya la suma de ocho mil pesos en que estima ese lote, si el tal no fuere entregado, ya que su precio fue incorporado en los ciento treinta mil de que habla la permuta figurante en la escritura pública número 502. También consta allí que Díez Vélez se obliga a entregar además del lote algunos determinados semovientes. También se convino allí en que Montoya Moncada, aunque en la escritura nada se dijo, se obliga a transferirle a Díez Vélez cuarenta cabezas de ganado mayor, algunas bestias caballares y algunas herramientas o enseres. Por último se pacta que el negocio se hace sin conocimiento previo de los inmuebles y que no habrá responsabilidades por cabida, lesión enorme, etc.

"Además de lo que se hizo constar en el documento, hubo un acuerdo verbal entre los cambiantes, y la señora Rosa Moncada de Montoya, conforme al cual esta última se obligó a transferirle al señor Díez Vélez los inmuebles que a ella le pertenecían y que están ubicados en la municipalidad de Apía, como parte de los bienes permutados que Montoya se obligó a entregar a Díez para completar así el valor de los ciento treinta mil pesos. En realidad, la señora Rosa Moncada de Montoya aparece vendiéndole a Díez Vélez en virtud de la escritura 503 de 16 de febrero de 1950 (folio 52, cuaderno Nº 7) determinados bienes raíces.

"Todas estas operaciones pretenden ser demostradas con el prolijo aporte probatorio de la segunda instancia y surgen de los términos del documento privado suscrito por los negociantes y de las posiciones absueltas por José Jesús Díez, obrantes en el cuaderno Nº 6".

En relación con las pruebas de que tratan las partes transcritas del fallo, expresa, en resumen, el sentenciador:

Que las modificaciones que se quisieron hacer, por medio de documento privado, al contrato de permuta consignado en la escritura 502 de 1950, nada valen por carecer de la formalidad de la escritura pública; a este respecto dice:

"Si fue de la esencia del contrato de permuta, conforme lo reza el documento, el que entraran a formar parte del negocio otros inmuebles distintos a los relacionados en la escritura pública Nº 502 de 16 de febrero de 1950, y tales bienes no fueron materia de ésta, entonces quiere decir que el contrato adicional de que hablan las partes no tuvo la formalidad que la ley exige para su perfeccionamiento, supuesto que el artículo 1956 del Código Civil reza: "El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento, excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces, o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso para la perfección del contrato ante la ley, será necesaria escritura pública'. Para un mejor entendimiento de la realidad que se quiere interpretar, bastaría con hacer relación al artículo 1760 del Código Civil que expresa: "La falta de instrumento PUBLICO no puede suplirse por otra prueba en los casos y contratos en que la ley requiere esa formalidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa elevarlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno (mayúsculas de la Sala). Podría preguntarse entonces si valdría como promesa de contrato el pacto bilateral recogido en el documento a que se viene haciendo alusión? Considera la Sala que no, porque ni siquiera las condiciones propias de la PROMESA se contienen allí, pues falta la alinderación del inmueble y los herederos del señor Echavarría que allí se hacen figurar no han ratificado ese convenio, lo que indica a las claras que lo que se ha dado en denominar **contrato modificatorio de la permuta** no es más que un acopio de expectativas o modalidades en cuyo cumplimiento están incluídas terceras personas, sin que ellas hayan concurrido a expresar su consentimiento".

Que ninguna declaración puede hacerse respecto del contrato que consta en la escritura número 503 de 1950, sobre venta de Rosa Moncada de Montoya a José Jesús Díez Vélez, porque ni en

la demanda ni en la corrección de la misma se hizo petición alguna en relación con dicho contrato. "Lo que sucede —dice el Tribunal— es que la señora Moncada de Montoya deberá ejercitar por separado la acción que crea pertinente para recuperar sus inmuebles en el caso de que la rescisión llegue a operarse por virtud de esta sentencia".

La casación

El recurrente acusa el fallo de que se trata por dos extremos: el primero, por infracción directa de los artículos 1946, 1947 y 1958 del Código Civil; y el segundo, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de varias pruebas que considera decisivas en la controversia, errores que, en concepto del recurrente, condujeron al sentenciador a la violación de los artículos 1946, 1947, 1769, 1956, 1958, 1618, 1622 y 1746 del Código Civil y 721 del Código Judicial.

Al análisis de estos cargos procede la Corte.

Primero

Expone el recurrente:

"Acuso en primer término el fallo del Tribunal sentenciador por violación directa de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, por su indebida aplicación al caso del pleito.

"Aunque la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dejado traslucir en los fallos que cita la sentencia, especialmente en el de 7 de octubre de 1938, que la lesión enorme debe admitirse en todo contrato conmutativo como la permuta, debo deciros con todo respeto que ese concepto, que se toma literalmente de algunos expositores franceses, es totalmente equivocado a la luz de la legislación colombiana, y que ni siquiera ha sido acogido por la jurisprudencia francesa, por la sencilla razón de que la acción de rescisión por lesión enorme es un medio defensivo excepcional y extraordinario que no puede jurídicamente aplicarse a casos no comprendidos en el texto legal, porque lo excepcional no admite interpretación extensiva.

"La lesión enorme se refiere especialmente al precio? Y qué es el precio? El artículo 1849 del Código Civil lo define como el requisito más típico de la compraventa, diciendo que es el dinero que el comprador da por la cosa vendida. De muy antiguo data el concepto doctrinal de que el precio en la compraventa ha de consistir precisamente en dinero, y dinero en su acepción gramatical y jurídica significa moneda corriente, refiriéndose su significación más restringida al dinero amonedado".

Agrega el recurrente que acusa también el fallo por violación directa del artículo 1958 del Código Civil, "porque ninguna disposición relativa a la compraventa que desnaturalice el cambio, puede aplicarse a este contrato, por mandato expreso del texto legal violado. Y nada más contrario, realmente, a la permuta que los preceptos que consagran la rescisión de la venta por lesión enorme, que se funda esencialmente para el vendedor en la lesión de más de la mitad del justo precio representado en el dinero que el comprador da por la cosa vendida. Si el legislador colombiano hubiera tenido la intención de hacer extensiva a la permuta la rescisión por lesión enorme, nada más sencillo que haberlo establecido de manera expresa, o reglamentado el cambio como una modalidad de la compraventa, para incluír luego las dos modalidades de disposición de bienes en la institución de la lesión enorme. No habiéndolo hecho así, a los administradores de justicia no les queda otro camino que respetar la voluntad legislativa, teniendo en cuenta la norma interpretativa de la Ley que contiene el artículo 31 del Código Civil de nuestra patria".

La Corte considera:

No existen, entre la permuta y la venta, las fundamentales diferencias de que habla el recurrente.

A este respecto debe anotarse, en primer término, que la venta no es sino una derivación de la permuta ya que, como es bien sabido, en la historia de las sociedades este contrato precede a aquél, que sólo surge con la creación del signo monetario. Por esto se ha dicho y repetido, con razón, que en realidad la venta es un perfeccionamiento de la permuta o una simple variedad de ésta.

Cierto es que en el contrato de venta se distinguen nítidamente el vendedor y el comprador, la cosa vendida y el precio que por ella se paga, al paso que en el contrato de permuta cada uno de los contratantes es, a la vez, vendedor y comprador y cada una de las cosas que se cambian es, a la vez, cosa y precio; así lo expresa el artículo 1958 del Código Civil: "cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio". Pero cierto es también que, no

obstante la diferencia anotada, existe entre tales contratos una profunda semejanza por lo que hace a los efectos que producen y a las obligaciones que de ellos nacen. Esto último explica por qué en el Código Civil, obra que contiene una extensa reglamentación sobre el contrato de venta, sólo se encuentran cuatro textos relacionados con el contrato de permuta, el último de los cuales ordena: "Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato". Acertado método legislativo éste, como quiera que una reglamentación detallada del contrato de permuta sólo hubiera constituído una inútil repetición de casi todas las disposiciones referentes al contrato de venta.

Debe observarse, además, que en el contrato de permuta hay **precio,** lo mismo que en el de venta. No hay, por este aspecto, diferencia sustancial entre los mencionados contratos. En el de venta "el dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama **precio**" (artículo 1849 del Código Civil); en el contrato de permuta "cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da y el **justo precio** de ella a la fecha del contrato se mirará como el **precio** que paga por lo que recibe en cambio" (artículo 1958 ibidem), siendo de advertir que en la compraventa no es esencial que el precio se pague, en su totalidad, en dinero, como no lo es en la premuta que el precio consista, íntegramente, en otra cosa. En ambos contratos el precio puede consistir parte en dinero y parte en otra cosa, siendo por este aspecto tan semejantes las situaciones que pueden presentarse, que el propio legislador considera necesario precisar cuándo hay venta y cuándo permuta, así: "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta, en el caso contrario" (artículo 1850).

Ahora bien: si en la permuta lo mismo que en la venta, hay **precio,** necesario es concluír que las disposiciones referente a la rescisión por causa de lesión enorme (disposiciones que, como lo expresa el recurrente, se refieren especialmente al precio) no son incompatibles con la naturaleza de aquel contrato. Ninguna dificultad presenta la aplicación de estas reglas en el contrato de permuta, contrato en el cual es posible, lo mismo que en el de venta, determinar si el precio fue justo o injusto. Así como en éste es posible saber, mediante el justiprecio de la cosa vendida en la fecha del contrato, si alguno de los contratantes sufrió lesión enorme, en el contrato de permuta la confrontación de los precios de las cosas cambiadas es suficiente para comprobar si tal lesión existió en alguno de los permutantes. La circunstancia de no existir precio en dinero no se opone en manera alguna a la aplicación de las reglas legales sobre rescisión por lesión. Una permuta es rescindible por esta causa como puede serlo una partición cuando algunos de los partícipes ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículo 1405 del Código Civil).

Sobre este punto puede observarse que si la acción rescisoria es procedente en el contrato de venta cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, no se explicaría que tal acción se considerara inadmisible tratándose de la permuta, contrato en el cual el precio puede consistir también parte en dinero y parte en otra cosa o simplemente en otra cosa.

A esta conclusión se llega, por otra parte, si se atiende al fundamento de las disposiciones legales que establecen la acción rescisoria por lesión enorme en el contrato de venta, disposiciones que no obedecen, como en otras legislaciones, al simple propósito de proteger a un vendedor contra la presión de circunstancias angustiosas que lo hayan obligado a vender a muy bajo precio, sino al más elevado de evitar, en las prestaciones de las partes, una desproporción manifiestamente contraria a la justicia que debe existir en las relaciones contractuales. Es suficiente anotar, a este propósito, que tal acción en la legislación colombiana procede no sólo en favor del vendedor sino también en favor del comprador.

En las legislaciones que no le conceden la acción rescisoria por lesión enorme al comprador, se explica que tal acción se niegue en el contrato de permuta ya que en éste cada permutante, al propio tiempo que la calidad de vendedor, tiene la de comprador; a lo que se agrega que la permuta no le permite al permutante procurarse el dinero que puede obtener con una venta a bajo precio. En cambio, en una legislación como la colombiana, que concede la referida acción en la venta, a vendedor y a comprador, es claro que debe tener cabida también en el contrato de permuta ya que en éste cada permutante es, a un mismo tiempo, vendedor y comprador.

En contra de lo expuesto no se puede aducir, como lo hace el recurrente, la autoridad de expositores franceses e italianos que se refieren a legislaciones en que la ación rescisoria por lesión sólo se concede en el contrato de venta, al vende-

dor, y en las cuales, de conformidad con textos expresos, no hay rescisión por causa de lesión en el contrato de permuta (artículos 1706 del Código Civil francés y 1554 del antiguo Código Civil italiano). A este respecto llama la atención la circunstancia de que a pesar de estar concedida la acción rescisoria en favor del vendedor únicamente, en tales legislaciones se consideró necesario negar, en términos expresos, la rescisión por lesión en el contrato de permuta.

En resumen: si en el contrato de permuta, lo mismo que en el de venta, hay precio; si en tal contrato es posible determinar si el precio fue justo o injusto, si la acción rescisoria por lesión enorme procede no sólo en favor del vendedor sino también en favor del comprador; si en la permuta cada permutante es a la vez vendedor y comprador; y si por lo dicho, la rescisión por lesión no es en manera alguna incompatible con el contrato de permuta, es necesario llegar a la conclusión de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1958 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1946 y 1947 del mismo Código son aplicables en el contrato de permuta.

No se trata, como lo cree el recurrente, de extender la aplicación de disposiciones excepcionales a casos no comprendidos en los respectivos textos legales. Las disposiciones de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil se aplican en el contrato de permuta por ordenarlo así el artículo 1958 del mismo Código.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

Segundo

El sentenciador incurre, según el recurrente, en los siguientes errores:

a) Error de hecho en la interpretación de la demanda "que consiste en la creencia equivocada de que en ésta nada se pidió con relación a la escritura 503 de 1950 y al documento privado de 14 de febrero de ese año cuando la declaración que se impetró como subsidiaria se refirió de modo manifiesto a la totalidad del contrato de cambio y de ahí que se pidiera la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la celebración de la permuta que consta en las escrituras 502 y 503 y el documento privado a que se ha hecho referencia".

b) Errores de derecho en la apreciación de la escritura 503 de 1950 y del documento privado de 14 de febrero de ese año, por haberles desconocido el valor probatorio que les corresponde.

c) Error de hecho notorio y de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial del demandante contenida en las posiciones absueltas por éste ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia.

d) Error de hecho evidente en la apreciación de la prueba pericial por no haber tenido en cuenta en el respectivo avalúo el valor de los bienes de que trata la escritura 503 ni el precio que se dio a unos semovientes, "bienes que el propio demandante confiesa haber recibido a título de permuta a pesar de lo cual ni el Juez ni el Tribunal tuvieron en cuenta tales bienes".

"Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que dejo demostrados en este segundo cargo, —expresa el recurrente— el Tribunal sentenciador infringió las siguientes disposiciones del Código Civil: por errónea interpretación, los artículos 1946, 1947, 1956, 1958; por omisión, o sea por no haberlos aplicado, siendo el caso, los artículos 1618, 1622 y 1769, y por haberle dado una interpretación contraria a sus propios términos, el artículo 1746; violó también el artículo 721 del Código Judicial".

La Corte considera:

A) Por lo que hace a los errores que el recurrente le atribuye al sentenciador:

Que en la petición subsidiaria de la demanda, transcrita en la primera parte del presente fallo, dice el demandante: "que se declare que es nulo relativamente, por lesión enorme sufrida por mi mandante, el mismo contrato de permuta de que da cuenta la escritura pública citada en la petición distinguida con el numeral a) de esta demanda, petición ésta que se refiere a "la permuta celebrada entre Díez y Montoya contenida en la escritura Nº 502 de 16 de febrero de 1950, otorgada en la Notaría 2ª de Pereira"; de tal suerte que la petición de la demanda de que trata el recurrente, se refiere únicamente al contrato de permuta que consta en la citada escritura 502 de 1950 y en manera alguna al contrato de venta consignado en la escritura 503 del mismo año;

Que ni en los hechos de la demanda ni en la parte petitoria de la misma se hace mención de la escritura 503 y que, por su parte, el demandado, en la correspondiente respuesta ninguna referencia hace a tal escritura;

Que, por otra parte, en la escritura 502, única a que se refiere la demanda no se habla de semovientes ni de documento privado alguno;

Que no existe, por tanto, error ninguno en la interpretación de la demanda, y menos aún con

el carácter de manifiesto;

Que en la apreciación de la escritura número 503 no incurre el Tribunal en desconocimiento de ninguna norma jurídica relativa a pruebas, ya que no le niega a tal documento el valor probatorio que le pueda corresponder; se limita el sentenciador a anotar que "si ese instrumento no fue materia de petición por parte del demandante, mal podría el Tribunal sentar un pronunciamiento determinado supuesto que si eso sucediera fallaría **ultra petita** pues apenas durante el debate planteado en esta superioridad viene a figurar tal escritura". No existe, por este aspecto, el **error de derecho** que el recurrente le atribuye al fallo acusado;

Que en relación con el documento privado de fecha 14 de febrero de 1950, expresa el sentenciador que carece por completo de valor y que por tanto ninguna declaración se puede hacer sobre el convenio que en él aparece, pues se trata de modificación a un contrato de permuta sobre bienes inmuebles que ha debido hacerse constar en escritura pública de acuerdo con los artículos 1856 y 1760 del Código Civil, concepto fundamental del fallo no atacado por el recurrente y que, por tanto, subsiste en casación; esto significa que no hay, en lo que respecta a tal documento, el **error de derecho** de que habla el recurrente;

Que el Tribunal sí aprecia las posiciones absueltas por el demandante, como puede verse en parte del fallo que en éste aparece transcrita. Sólo que considera, en atención a motivos que ya se han analizado, que nada podía resolver respecto del contrato que consta en la escritura pública número 503 ni sobre el documento privado varias veces mencionado; y cuanto al error de derecho que se atribuye al fallo, se observa que no existe la **confesión judicial** de que habla el recurrente, pues las posiciones de que se trata fueron absueltas extra-juicio y no ante juez competente, que lo era únicamente el que conocía del juicio cuando el demandante absolvió tales posiciones (artículo 604 del Código Judicial);

Que habiéndose llegado a la conclusión de que no es posible considerar los bienes de que tratan el documento privado y la escritura 503 como partes integrantes del contrato de permuta que consta en la escritura 502, no existe error en la apreciación de la prueba pericial proveniente de no haber tenido en cuenta en el avalúo el valor de los bienes a que se refieren tales documentos.

B) Por lo que hace a los textos legales que el recurrente considera infringidos, se advierte por vía de doctrina:

Que las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos son, como en otras ocasiones lo ha dicho la Corte, reglas de lógica jurídica, o medios aconsejados a los jueces para inquirir la voluntad de los contratantes, pero que tales disposiciones no establecen ningún derecho preciso en forma tal que su desconocimiento pueda servir de base a un cargo en casación;

Que, como también lo ha expresado la Corte, la **interpretación errónea** de los textos legales consiste en atribuírles una significación o alcance diferentes de los que les corresponden, independientemente de toda cuestión de hecho o de apreciación probatoria. Esto significa que un cargo por interpretación errónea de la ley sustantiva no puede fundarse en errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de pruebas.

Visto lo anterior, se desecha el cargo.

En mérito de todo 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 acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.— Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres, con salvamento de voto.— Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES

El suscrito Magistrado salva su voto cuanto a la decisión precedente; la que, en su concepto, viola el artículo 1.958 del Código Civil por el extremo de haberle dado una extensión que no tiene, dado que el precepto contenido en él de que "las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación", tiene complemento restrictivo que se dejó de lado en el fallo y que es capital: "en todo lo que no se oponga a la naturaleza del contrato". Este suplemento, de que no puede prescindirse llevándose de calles el principio tradicional que nos viene desde el Derecho Romano y pasó por el Español —cual es el de la libertad jurídica—, no puede evadirse sino a virtud de textos claros, expresos y de excepción, que dicte el legislador, tal como el establecimiento del principio protector de los imbéciles que se dejan engañar, o de los que, apremiados por circunstancias adversas, se ven obligados a salir de lo suyo por ventas hechas a menosprecio, sujetos a quienes les otorga, dentro de los límites infranqueables, la acción llamada de **rescisión por lesión enorme**, que de modo expreso se extiende por el artículo 1.405 del Código Civil a las particiones, en pro de quienes hayan sido perjudicados en más de una mitad, en consideración a que la partición es acto de equidad.

Bello que, al redactar en 1.845 proyecto de Código Civil chileno, pensaba que la rescisión por lesión enorme podía ser extensiva a la permuta, lo consignó allí por estas palabras:

"En el contrato de cambio cada uno de los permutantes contrae respecto del otro las mismas obligaciones que el vendedor respecto del comprador, relativamente a la entrega, saneamiento, calidad y continencia de la cosa que se permuta. A la obligación de restituír el precio corresponde la de restituír la cosa recibida en cambio.

"Las reglas relativas a la lesión enorme de la venta se aplican igualmente a la permutación; y las reglas relativas al daño o lucro de cualquiera de las cosas que se cambian una por otra son las mismas que las relativas al daño o lucro de la cosa vendida". (a. 4:).

Y en el Proyecto de 1.853 hizo, al respecto, esta síntesis:

"Las reglas relativas a la lesión enorme en la venta se aplican a la permutación y a los demás contratos conmutativos, con excepción de los indicados en el artículo 1.639" (a. 2.078 a).

El cual se refería a la transacción y a los contratos aleatorios.

Pero al redactar el proyecto defintivo, llamado Proyecto inédito, Bello escribió el artículo 2.078 que pasó a ser el definitivo y que es, sin una palabra más ni una menos, el 1.958 del Código Civil colombiano que es de este tenor:

"Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato, como el precio que paga por lo que recibe en cambio".

Confiéranse estos tres textos y se verá de modo perspicuo, claro, ostensible, cómo del sistema laxo protector de imbéciles y necesitados establecido en el primer proyecto se llegó a la norma restrictiva de que los principios atañederos a la compraventa no se aplican a la permuta, repito, sino "en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato" (el de compraventa), y más aún: que el justo precio, que en materia de compraventa ha de fijarse para compararlo con el precio real y determinar en esta forma si el primero equivale al segundo o no, es en punto de permuta, a la fecha del contrato, lo que se paga por lo que el permutante recibe. De forma que jamás ha lugar en la permuta a la valuación de las fincas permutadas.

Y si a pesar de la claridad de ese texto debiera acudirse a la historia fidedigna de su establecimiento, podría decirse, hasta con énfasis, que es verdad inconcusa en la legislación colombiana que aquélla no confiere al permutante que se crea lesionado la acción de rescisión por lesión enorme pues Bello cambió de idea en ese particular.

La jurisprudencia, de su lado, también lo reconoce; y así, la Corte en fallo atinente a una convención sobre permuta de predios rústicos, se expresó así:

"Si en el contrato de permuta no hay precio en la acepción que éste comporta en el contrato de compraventa, como ya se ha hecho notar, las más de las disposiciones del contrato de compraventa que se refieren al precio son extrañas y opuestas a la naturaleza de aquel contrato, de suerte que si estas premisas tienen un valor jurídico incontrastable, como lo tienen, las disposiciones de los artículos atrás memorados, que regulan en esos casos el precio, no pueden predicarse de un contrato en que éste no existe y por lo tanto su aplicación al contrato de permuta violenta su naturaleza.

"... ... ...

"Si las disposiciones de los arts. 1.887, 1.888 y 1.889 del Código Civil que se refieran al precio de la cosa vendida ya como cuerpo cierto ,ora con relación a su cabida, no son aplicables al contrato de permutación o cambio, fluye inexorablemente la conclusión de que el tribunal ha quebrantado tales mandamientos por aplicarlos a un contrato que por su naturaleza los excluye, y que la casación del fallo es un imperativo categórico" (G. J., t. LIII, p. 305).

Cuanto a la Doctrina, se me ha de permitir una observación que, si es por lo menos de mal gusto y contraria a la prestancia de la Corte (que suele plagar sus fallos con citas de expositores) es aceptable en salvamento de voto; y por ello me permito reproducir dos citas que hace el recurrente en este caso:

El concepto de Manresa y Navarro sobre el artículo 1.541 del Código Civil Español conforme al cual "todos aquellos preceptos en los cuales éntre como supuesto legal la existencia del precio, carecen de aplicación en la permuta, porque ese elemento típico es precisamente la diferencia sustancial de las dos figuras contractuales".

Ricci, a quien se refiere el mismo recurrente, al preguntarse qué causas justifican la institución de la lesión enorme, manifiesta "que es inútil buscarlas en los principios de derecho, porque si éstos se consultan, la rescisión por lesión aparece totalmente opuesta a esos principios. Si por razones de justicia y equidad la ley admite en principio la acción de rescisión por causa de lesión, cuando la apremiante necesidad obliga a un vendedor a entregarse en manos de compradores sin conciencia ¿por qué la niega, agrega el profesor italiano en la permuta, en el arrendamiento y en las ventas verificadas en pública subasta? ¿Por qué respecto de estas compraventas se deroga por el legislador el derecho excepcional y se vuelve de este modo al derecho común? Encuentra la explicación en el hecho de que faltando las condiciones especiales que han determinado la adopción de un derecho excepcional, es lógico que los principios de derecho común recobren su imperio".

Y Planiol, en su Curso Elemental de Derecho Civil (t. 2, Nº 1.661), explica claramente el punto como sigue:

"La ausencia de un precio en dinero hace imposible la aplicación a la permuta de ciertas reglas establecidas para la compraventa. Las diferencias entre los dos contratos estriban precisamente en esta circunstancia: la imposibilidad de dar a ambas partes papeles diferentes diciendo que la una es vendedora y la otra compradora.

"**La rescisión por causa** de lesión, no tiene cabida en la permuta. El motivo falla: se vende a menosprecio para hacerse a dinero que se necesita; con la permuta, no se obtiene; la presión moral que hace rescindible la venta, no es de temerse en el caso de la permuta. De hecho, uno de los permutantes pudo ser lesionado en más de siete duodécimas partes: él sufre sin recurso tal lesión, salvo el caso de dolo o de incapacidad".

Se tiene, pues, que texto expreso, Jurisprudencia y Doctrina citados, concurren a úna a formar una base inconmovible a este salvamento de voto.

En síntesis sostiene el suscrito que ha debido casarse el fallo acusado porque sólo son aplicables a la permuta las disposiciones relativas a la compraventa en cuanto no se opongan a la naturaleza de este contrato, como son éstas:

a). El contrato de permuta es consensual por regla general, pero es solemne cuando uno de los objetos, de las obligaciones de las partes, o ambos, lo constituyen inmuebles o derechos de sucesiones hereditarias, caso en el cual el contrato no se perfecciona hasta que no se otorga escritura pública (1.956).

b). No pueden permutarse sino las cosas que pueden venderse (1.957, 1º).

c). No son hábiles para celebrar el contrato de permuta las personas que no lo son para celebrar el de compraventa (**ibídem**, 2º).

d). Cada uno de los permutantes está obligado a hacer tradición de la cosa vendida, a responder del saneamiento por causa de evicción o de vicios redhibitorios y de cualquier gravamen o acción real que contra el derecho de dominio que transfiere resulte, etc.

e). Recíprocamente, cada uno de los permutan-

tes está obligado a recibir la cosa que el otro da, como todo comprador.

f). Cada uno de los permutantes corre los mismos riesgos y tiene derecho a las mismas accesiones que, respectivamente, corren a cargo o tiene a su favor un comprador; y

g). Pueden agregarse al contrato los pactos lícitos que se agregan al de compraventa, con las diferencias nacidas de la naturaleza de los contratos; así, puede establecerse la condición resolutoria expresa, la adición de día para el caso de que se presente otra persona que dé cosas de género de la misma clase en cantidad mayor o de mejor calidad, etc.

Por el contrario, aquellas disposiciones que rigen a la compraventa y que son incompatibles con la naturaleza de la permuta, no le son aplicables por carencia de identidad de motivos, tales son aquellas que no se refieren sino al caso de que una de las cosas que se dan consista en dinero.

En consecuencia, no puede tener cabida en el contrato de permuta la rescisión por causa de lesión enorme, porque falta el elemento dinero, o sea la medida común de los valores necesaria para que pueda determinarse si ha sido justo o injusto un precio que no existe, pues la estimación que se hace de las cosas en el contrato es caprichosa y subordinada generalmente a la fijación necesaria para el cobro del impuesto de registro

De otro lado, hay una razón fundamental, que la da Planiol, para que el principio protector de los pobres de mente o necesitados se aplique a la compraventa y no a la permuta y es éste: una persona puede verse apremiada para vender pero no para permutar; y por esto el legislador francés, le niega expresamente la acción rescisoria por lesión enorme a quien ha permutado.

Si alguna duda cupiere en el particular, habría que interpretarla en el sentido indicado, o sea en favor de la libertad de las convenciones, coartada en la compraventa de manera contraria a los sanos principios jurídicos y económicos.

Fecha ut supra.

Eduardo Rodríguez Piñeres.

ES POSIBLE EJERCER LA ACCION DE FILIACION NATURAL AUN DESPUES DE FALLECIDO EL PRESUNTO PADRE.—CON HECHOS OCURRIDOS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 45 DE 1936 LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES NACIDOS CUANDO ELLA TODAVIA NO REGIA PUEDEN ACREDITAR LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO

1—Como es indiscutible que si el presunto padre natural fallece después que se le haya notificado la demanda y antes de que la haya contestado, el juicio puede continuar con los herederos de aquél, no se ve la razón por la cual no habría de ser jurídicamente posible el ejercicio de la acción de filiación natural después de muerto el pretenso padre, pues, en realidad, aún en el primer caso el juicio viene a surtirse exclusivamente con los herederos, como si se hubiera iniciado con ellos.

2—El Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba, de manera especialísima cuando ella es prueba indiciaria.

3—Reitera la Corte su doctrina de que tratándose de hijos extramatrimoniales nacidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1936, pueden invocar hechos y aducir pruebas de los que habilita esa ley para fundar y declarar la filiación natural.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Ante el Juez del Circuito de Miraflores Waldina Márquez de Espinosa propuso, por medio de apoderado, demanda ordinaria contra Jorge Simón Patarroyo Ramírez, hijo natural y heredero reconocido de Simón Patarroyo Granados, ya fallecido, a fin de obtener la declaración judicial de que la demandante es también hija natural de Patarroyo Granados, con derecho a participación en el haber herencial de éste.

Como hechos fundamentales de la demanda, se relacionan los siguientes:

"a)—Waldina Márquez nació en el municipio de Zetaquirá el 15 de noviembre de 1908, siendo bautizada en la iglesia parroquial de dicho municipio el 16 de mayo de 1909.

"b)—Waldina Márquez de Espinosa, según aparece de la correspondiente partida de bautismo y nacimiento, es hija natural de Concepción Márquez.

"c)—Simón Patarroyo Granados y Concepción Márquez tuvieron relaciones sexuales estables, de manera pública y notoria, durante el año de 1908, habiendo nacido como fruto de esas relaciones sexuales, una hija que fue bautizada con el nombre de Waldina y que es la misma que me ha conferido poder para el presente juicio.

"d)—Simón Patarroyo Granados, desde el nacimiento de su hija Waldina Márquez, la trató siempre como a su hija, proveyendo a su subsistencia, establecimiento y educación, presentándola como tal a sus deudos, amigos y relacionados, en forma que éstos, como todo el vecindario del municipio de Zetaquira en donde vivió y tuvo su último domicilio el extinto Simón Patarroyo Granados, la han tenido y reputado siempre como a hija natural de éste, por un lapso mayor de veinte años continuos siendo del dominio público en Zetaquira que Waldina Márquez de Espinosa, es hija natural de Simón Patarroyo Granados.

"e)—Simón Patarroyo Granados, en las cartas y comunicaciones que le dirigía a mi representada Waldina Márquez de Espinosa, la trataba siempre como de hija, de las cuales cartas mi representada conserva sólo una, la fechada en Zetaquira el 3 de septiembre de 1948, y dirigida a Bogotá dónde ha vivido mi representada.

"f)—Simón Patarroyo Granados confiaba siempre a su hija Waldina Márquez de Espinosa, la gestión de varios asuntos, ya personales de él, ora relacionados con sus intereses y bienes en general, y era tal la confianza con que la trataba y el cariño que por ella conservaba, que compró una casa en Bogotá con el fin de dejársela a Waldina para que viviera en una parte de ella con su esposo y arrendara el resto de la casa, a fin de

que con el producto del arriendo subviniera a los gastos del hogar formado por ella.

"g)—Simón Patarroyo Granados siempre que viajaba de Zetaquira a Bogotá, llegaba a donde habitaba Waldina Márquez y su esposo, en donde recibía atenciones por parte de ésta y cuidados que sólo una hija puede suministrar a su padre.

"h)—Simón Patarroyo Granados manifestó a varios de sus amigos y relacionados que estaba resuelto a reconocer a Waldina Márquez como a su hija natural, o que pensaba hacer testamento para dejarle a ella la mayor parte de sus bienes.

"i)—Por la circunstancia de habitar mi poderdante con su esposo, desde hace varios años en la ciudad de Bogotá, en el reconocimiento que hizo por escritura pública a favor del demandado Jorge Simón Patarroyo R., el extinto Simón Patarroyo Granados y en el que declaró como hijo natural suyo al demandado, no se incluyó a su hija Waldina Márquez de Espinosa, porque hubo algunas influencias que lo obligaron, no obstante su deseo de reconocer a Waldina como a su hija natural, a aplazar dicho acto o declaración para hacerlo posteriormente, pero la muerte lo sorprendió, sin haber podido cumplir con dicho propósito.

"j)—La escritura pública contentiva del reconocimiento que hizo Simón Patarroyo Granados, declarando como a su hijo natural al demandado Jorge Simón, la suscribió y presenció como Notario, un familiar muy cercano del reconocido Jorge Simón Patarroyo R., que por esa época desempeñaba el cargo de Notario de Zetaquira, circunstancia ésta que no sólo afecta de nulidad dicho reconocimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2562 del Código Civil, sino que fue lo que influyó decisivamente para que mi representada no fuera también reconocida como hija natural en dicha escritura.

"k)—Jorge Simón Patarroyo R., el demandado, con base en la escritura de reconocimiento de hijo natural que otorgó Simón Patarroyo Granados, inició en su despacho el correspondiente juicio sucesorio de éste, por conducto de apoderado, y obtuvo que el juzgado lo reconociera como heredero en dicho juicio, en su carácter de hijo natural del causante Simón Patarroyo Granados.

"L)—La circunstancia anotada en el hecho inmediato anterior, de haber sido reconocido por el Juzgado, el demandado Jorge Simón Patarroyo R., como heredero en la sucesión del causante Patarroyo Granados, y siendo aquél la única persona que se ha hecho parte en el aludido sucesorio, no obstante haberse hecho ya las publicaciones de que trata el numeral 2º del art. 937 del C. J., hace que esta demanda la dirija apenas contra el señor Jorge Simón Patarroyo R., por ser éste la única persona que se ha hecho parte en el cuestionado sucesorio y la única, por ende, que aparece como interesada en disputarle a mi representada, el derecho de participar en el patrimonio herencial de su padre Simón Patarroyo Granados, en su carácter de hija natural de éste.

"Ll)—Jorge Simón Patarroyo R., el demandado, siempre ha tratado como a su hermana natural a mi representada Waldina Márquez, como hijos ambos de Simón Patarroyo Granados, haciendo manifestaciones a sus amigos y relacionados en este sentido, escribiéndole cartas en que la trata como a su hermana, en forma que el mismo demandado Jorge Simón Patarroyo R., va a suministrar en este juicio la prueba central para que se hagan las declaraciones que se impetran en la demanda, pues no podrá negar, porque a esta demanda acompaño cartas escritas y firmadas de puño y letra del demandado, en las que la reconoce y trata como a su hermana, fuera de que existen varias fotografías, en que aparece el extinto Simón Patarroyo Granados, de brazo de su hija Waldina Márquez y acompañado también por el demandado Jorge Simón Patarroyo".

Sustanciada la primera instancia, el Juez le puso fin con el fallo de 25 de noviembre de 1952, cuya parte resolutiva dice:

"1º—Decláranse no probadas las excepciones de inepta demanda, ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado y carencia de acción por parte de la demandante, alegadas por don Jorge Simón Patarroyo Ramírez.

"2º—Declárase que la señora Waldina Márquez de Espinosa es hija natural de don Simón Patarroyo Granados, por posesión notoria de dicho estado civil durante más de diez años antes de la muerte de don Simón, con base en lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 4 de la Ley 45 de 1936.

"3º—Como consecuencia de la declaración anterior, declárase que la mencionada señora Waldina Márquez de Espinosa, tiene derecho a participar del patrimonio sucesoral de su extinto padre señor Simón Patarroyo Granados, en la proporción que la citada ley establece.

"4º—Se absuelve al demandado Jorge Simón Patarroyo Ramírez del pago de las costas procesales".

Contra esta providencia interpusieron apelación la demandante y el demandado. La primera únicamente por la absolución en costas.

Agotada la sustanciación de segundo grado, el Tribunal Superior de Tunja decidió así:

"1º—Confírmase el numeral primero de la parte resolutiva del fallo apelado.

"2º—Refórmase el contenido de la resolución segunda en el sentido de declarar simplemente que la señora Waldina Márquez de Espinosa es hija natural de Simón Patarroyo Granados.

"3º—Confírmase la parte resolutiva de la sentencia contenida en el numeral tercero.

"4º—Revócase la resolución cuarta y en su lugar se condena en las costas de la primera instancia al demandado. Y

"5º—Costas a cargo del apelante vencido.

"Dése cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 370 del C. Civil".

Contra esta sentencia, que tiene fecha 25 de septiembre de 1953, recurrió en casación el demandado; y siendo ya el caso de que la Corte pronuncie su decisión, a ello procede.

Considerando:

Cuatro cargos formula el recurrente; pero aunque los dos primeros aparecen apoyados en distintas causales: el primero en la causal sexta del art. 520 del Código Judicial y el segundo (subsidiariamente) en la primera, la Corte los examinará en conjunto, por aparecer fundados en las mismas razones de fondo.

En efecto, el **primer cargo** se plantea así:

"**Primero.**—Con base en la CAUSAL SEXTA del artículo 520 del C. J., acuso la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en este juicio, por haberse incurrido en la tramitación de éste, en el **motivo de nulidad** por **ilegitimidad de la personería del demandado**, o de quien figuró como representante de don Simón Patarroyo Granados, previsto en el artículo 448 del mismo Código Judicial, para que se declare la invalidez de los actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

"Establece el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, que 'Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403, 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural'. Y una de esas reglas, la contenida en el inciso segundo del art. 403 citado, ordena en términos claros e inconfundibles: 'Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo **deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, SO PENA DE NULIDAD**'. Pero como en el presente caso el supuesto padre natural no intervino en el juicio, ni el heredero demandado pudo adquirir la calidad de contradictor legítimo para poderlo representar válidamente conforme a lo dispuesto por el art. 404 siguiente, puesto que su causante falleció antes de que la acción se propusiera y por lo tanto no ser parte en ella en ningún momento, resulta entonces que el **juicio es nulo**, y así debe ser declarado por la Corte".

Y el **segundo**, en la siguiente forma:

"**Segundo.**—Con fundamento en la CAUSAL PRIMERA del mismo artículo 520 del C. J., y en **subsidio** del cargo anterior, acuso la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Tunja como violatoria, por interpretación errónea e indebida aplicación, de los preceptos sustantivos contenidos en los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil, en relación con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto declararon legítima la personería del demandado, sobre la base indiscutida de no ser éste el padre natural de la actora, ni habérsele siquiera notificado la demanda al pretenso padre, para así poderlo continuar válidamente contra los herederos.

'No desconozco, señores Magistrados, las múltiples sentencias que del año de 1945 a esta parte, ha venido profiriendo la honorable Corte en sentido contrario al de la tesis que propugno en el presente cargo. Sólo que, como las razones en que ellas se han inspirado, nunca tranquilizaron el pensamiento jurídico del mayor número de quienes se entregan a estas disciplinas, resulta de necesidad ofrecerle nuevas oportunidades para la rectificación, sobre todo frente a un personal que, por lo reciente de su designación, no ha alcanzado a comprometer aún a través de anteriores decisiones su concepto de Magistrados, sobre tan importantes y trascendental problema".

No desconoce el recurrente la doctrina sentada por la Corte en fallo de 1º de octubre de 1945 (Gaceta Judicial, Tomo LIX, página 679), que rectificó la jurisprudencia contraria que hasta entonces venía sosteniéndose, y que en la realidad hacía inoperante la reforma lograda por la ley 45 en beneficio de los hijos naturales. Y aunque en materias jurídicas abstrusas, delicadas y de notoria importancia no puede decirse que se ha agotado la materia, no puede negarse que el estudio a fondo que la Corte hizo en el fallo precitado, fue tan completo, que de 1945 a esta fe-

cha, se cuentan ya por decenas las decisiones confirmatorias de la nueva doctrina, pronunciadas por la Corte con respaldo en las razones en que se apoyó entonces, sin necesidad de reproducirlas expresamente.

Hoy sería el caso de proceder idénticamente, porque la mayoría de los Magistrados que actualmente integran la Corte Suprema, comparten la tesis, puntos de vista y opiniones de quienes consagraron la doctrina que en 1945 le abrió la puerta a la acción post mortem sobre filiación.

Pero a mayor abundamiento de razones, vale transcribir aquí el siguiente pasaje de uno de los últimos fallos en que se consideró otra vez el reparo fndamental que se le hace a la precitada doctrina. Se trata de la sentencia de 30 de junio de 1953 (G. J. Nº 2130, pag. 407 y 408), que en lo pertinente dice:

"En todo caso, para la Sala las extensas y clarísimas razones expuestas por la Corte en sentencias numerosas, a partir del año de 1945, constituyen la única interpretación lógica y jurídica de los artículos 401 a 404 del C. C. En ellas se ha dicho que estos textos legales nada tienen que ver con la admisibilidad de la acción en juicios de investigación de la paternidad, iniciados después de muerto el padre legítimo o natural. Dichos preceptos legales se refieren exclusivamente a los efectos de la sentencia proferida: erga ommes si al juicio ha concurrido legítimo contradictor; los ordinarios de toda sentencia, en el caso contrario.

"Los artículos 401 a 404 del C. C., se incorporaron al Código para regular los juicios sobre filiación legítima y se aplican a la natural en virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Es incuestionable que esos textos no excluyen las acciones sobre filiación después de muerto el padre o la madre, consagradas en diversos artículos del mismo Código. Así lo vemos en el 219, sobre impugnación del hijo legítimo, luego de muerto el padre; en el 220, sobre declaración judicial de ilegitimidad del hijo nacido después de expirados trescientos días, contados desde la fecha en que empezó la imposibilidad del marido de tener acceso a la mujer, en el 222 que da esa misma acción a los ascendientes legítimos del marido: en el 247, sobre impugnación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio; en el 234, sobre paternidad del hijo de mujer que ha pasado a otras nupcias; y en las partes segunda y última del artículo 406, que dá acción en cualquier tiempo al que se presente como hijo legítimo del padre o madre que le desconoce; y finalmente, en el artículo 20 de la Ley 57 de 1.887 sobre hijo concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, cuya acción de legitimidad debe ser intentada por la madre, por el hijo directamente si es mayor de edad, o por medio de un curador ad litem, y dirigida contra el padre, si vive, o contra sus herederos en caso de haber muerto.

"De admitirse la tesis que niega la admisibilidad de la acción de investigación de paternidad natural, con base en los artículos 401 a 404 del C. Civil, sería indispensable aplicarla entonces también a la filiación legítima, para la cual, se repite, fueron incorporados al Código esos textos. Y entonces quedarían sin aplicación las numerosas disposiciones comentadas, con las absurdas consecuencias que ello entrañaría. So pretexto de que se trata de filiación natural, no puede variarse el sentido y alcance de normas que el legislador ha querido se apliquen sin restricción alguna".

Pasando ahora a contemplar el asunto por aspectos más generales, vale observar que ninguno de los defensores de la vieja doctrina de la Corte recogida en 1945, ha dado respuesta a una observación decisiva en contra de esa jurisprudencia, respaldada en una exagerada prudencia: con ella quedarían sacrificados irremediablemente los derechos del hijo póstumo.

Que la tesis contraria a la acción post mortem recorta el alcance de la ley, hasta hacerla nugatoria en lo principal, se patentiza con sólo enunciarla: que el hijo natural no reconocido carece de acción una vez muerto el padre, o mejor dicho, que la acción que al hijo compete fenece al tiempo de fallecer el padre, o sea, que éste arrastra la acción del hijo a la tumba.

En el terreno penal la acción y la pena caducan al morir el delincuente, pero en el campo civil las obligaciones no perecen al extinguirse el sujeto pasivo de ellas. A nadie se le ocurrirá sostener que la acción para establecer y declarar la paternidad natural es de índole criminal y se endereza a imponer la pena consiguiente. La paternidad natural no es un delito: es un hecho que crea relaciones civiles, derechos y obligaciones civiles, y el código civil establece que el heredero representa la persona del causante y le sucede en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1155).

Ahora bien, con la tesis en referencia, todo esto se va a tierra, y, lo que es peor, no permite

que la ley opere, a falta del reconocimiento espontáneo, sino cuando el hijo demanda directamente al padre. Calcúlese la situación que se crea: la de compeler a los hijos naturales, pobres, que en ocasiones reciben alimentos y mediano apoyo de sus padres a litigar contra ellos, muchas veces acomodados, corriendo la contingencia, más aún, el riesgo cierto, de que el enojo y la reacción del padre concluyan en la privación de todo recurso para el hijo. Y si éste, cohibido en tal forma, no intenta la demanda para preestablecer su filiación, perderá su derecho herencial.

Las disposiciones aducidas contra la acción **post mortem** son del siguiente tenor:

"Art. 403. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo.

"Art. 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron".

Se ha querido tomar el concepto de **legítimo contradictor** en el sentido estricto de que no puede serlo sino el padre, directa y personalmente, y no sus herederos, entendiendo que éstos no representan a aquél sino cuando el juicio ya estaba adelantándose contra el mismo, o sea, contra el padre. Es decir, que la representación u ocupación del puesto del padre por sus herederos tiene lugar cuando al fallecimiento de él no se había pronunciado sentencia pero el juicio ya se hallaba en curso, mas no si en ese momento el litigio no había comenzado.

Pero dónde y con qué fundamento se saca esa distinción?

Piénsese en el caso de un presunto padre natural que fallece cuando se le acaba de notificar una demanda sobre filiación. Lo representarían sus herederos? Indudablemente sí porque cursaba ya un juicio; pero como no se había alcanzado a contestar la demanda, la controversia viene en realidad a surtirse exclusivamente con los herederos, como si el juicio se hubiera iniciado con ellos.

Si esto es así, por qué cerrar la puerta cuando es más necesario mantenerla abierta?

Que esto puede dar lugar a asaltos. Toda acción puede prestarse a fechorías; pero esa posibilidad no autoriza la cancelación de todas las acciones. No son raros los casos de pretendida filiación legítima que viene a acreditarse con pruebas supletorias, y hasta con pruebas principales apócrifas levantadas con posterioridad a la muerte del causante, dentro del propio juicio de sucesión, sin que se haya pensado en negarles a quienes invocan la calidad de legítimos el derecho de acreditar **a posteriori** esa calidad.

Los artículos 317 y 318 del Código de Chile son textualmente iguales a los artículos 403 y 404 del nuéstro; y un fallo de la Corte Chilena, refiriéndose el art. 318 declaró: "Al decirse aquí REPRESENTAN quiere expresar, como en el caso del 1097 (que es el 1155 del Código Colombiano), que el heredero sustituye al testador y que, por lo tanto, le sucede en ABSOLUTO en el carácter de **legítimo contradictor** en el juicio de legitimidad". (Concordancias y Jurisprudencia del Código Civil Chileno, por Franklin Otero Espinosa, Tomo I, página 240).

Para no refrendar semejante injusticia, ni compeler a los hijos a que demanden a sus padres que los sostienen, casi todas las legislaciones modernas consagran la acción **post mortem.** Para no citar sino las más nuevas, vale mencionar el art. 283 del C. C., de El Salvador, que dice:

"La acción para el reconocimiento forzoso a que se refiere este artículo (hijo natural), corresponde sólo al hijo, por sí o por medio de su representante legal, contra el supuesto padre o contra sus herederos, o contra el curador de la herencia yacente".

El art. 218 del Código Civil de Venezuela (expedido en 1942), establece:

"La acción de reconocimiento contra los herederos del padre o de la madre que hubieren muerto, no se admitirá si no se alega, como fundamento, la posesión de estado".

El Código del Perú, promulgado en 1936, refiriéndose a la acción sobre reconocimiento de la calidad de hijo natural o investigación de la paternidad, que consagra los arts. 348 y siguientes, en el 378 dispone:

"La acción puede ser intentada contra el padre o sus herederos".

"En Italia, una comisión integrada por los más ilustres juristas, profesores, magistrados, etc., desde 1934 emprendió la tarea de elaborar con sumo cuidado un nuevo proyecto de Código Civil que, una vez concluído fue revisado muy escrupulosamente, y después de una inmensa labor fue recomendado, y con posterioridad a 1936 fue expedido y promulgado como ley el Libro 1º que contiene un extenso e interesante capítulo sobre

filiación natural, permitiéndose la investigación de la paternidad, en los casos más generalizados en las demás legislaciones modernas. Y el art. 284 de ese Libro dice textualmente:

Art. 284. La domanda per la dechiarazione di paternitá o di maternitá naturale deve essere nei confronti del presunto genitore o, in mancanza di lui, nei confronti dei suoi eredi".

De manera que, faltando el progenitor, el debate sobre filiación se puede intentar contra sus herederos.

El nuevo Código del Brasil, también trae un artículo en el mismo sentido, en los siguientes términos:

"Art. 363. Os filhos illegitimos de pessoas que ñao caibam no art 183 ns. I a VI, tem accao contra os paes, ou seis heredeiros, para demandar o reconhecimiento da filiacao".

Se dirá que en las legislaciones extranjeras aducidas el problema no existe, porque la situación está despejada con los preceptos explícitos que autorizan las acciones post mortem, mientras que en Colombia rigen los artículos que la impiden porque no se derogaron.

De un lado, la invocación de las leyes foráneas se endereza a refutar el concepto de la injurisdicidad y peligro de aquella acción. Si esto fuera así, los nuevos estatutos la proscribirían. Lo que ha sucedido es lo contrario: la han consagrado; signo de que no es desechable ni tan peligrosa como se cree. La acción es justa, aunque para evitar asaltos y el reconocimiento de filiaciones apócrifas, debe emplearse gran prudencia y rigor en la admisión y apreciación de la prueba.

Por otra parte, la pretendida prohibición contenida en las precitadas disposiciones de nuestro cód'go civil, no es tan patente o clara como se pregona. El razonamiento contenido en las múltiples sentencias de la Corte, desde la de 1945 hasta la de 30 de junio de 1953, uno de cuyos pasajes se transcribió atrás, destruyen el argumento de la prohibición, interpretando sana y juiciosamente los artículos en referencia.

El Tercer cargo lo formula al recurrente con base en la causal primera del art. 520 del Código Judicial, por violación de los arts. 4º numerales 3º y 5º y 6º de la Ley 45 de 1936 y 398 y 399 del Código Civil, "por indebida aplicación proveniente de manifiestos errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas" sobre la pretendida filiación.

En tres elementos probatorios diferentes se señalan los errores imputados al Tribunal: la carta atribuída al pretenso padre, en que se da a la demandante el tratamiento de hija; varias cartas del demandado en que da a la misma el tratamiento de hermana; y las declaraciones de testigos apreciadas por el fallador.

En cuanto a la primera de las mencionadas pruebas, dice el recurrente:

"El Tribunal encontró en primer término, una carta, suscrita por el pretendido padre natural para la demandante, a la que —en razón exclusiva de la denominación de hija que le da— le asignó el valor de un indicio "que viene a respaldar las afirmacines... de las personas que han depuesto sobre la posesión notoria del estado civil de hija natural de la actora, como que el contenido de la carta de Simón Patarroyo Granados revela claramente el tratamiento que de hija le daba a dña Waldina".

"Al apreciar esta carta el sentenciador como indicio del TRATO que le sirvió de fundamento para declarar el estado por notoria posesión del mismo, erró manifiestamente de hecho y de derecho, por cuanto siendo este documento de índole privada e íntima, no es susceptible por su naturaleza de acreditar el hecho público y notorio de la posesión, como lo entendió el sentenciador, pues erró así mismo en cuanto a la apreciación del propio contenido, pues que como lo sostuviera el propio Magistrado Dr. Latorre en sonadísimas audiencias ante la Corte, nunca el simple llamamiento de HIJA dado a una persona en forma accidental y aislada, puede constituír prueba de reconocimiento. Por ello habría también evidente error en la apreciación de la expresada carta, si quisiera tomársele como 'confesión inequívoca de paternidad', según lo previsto en el ordinal 3º del mencionado artículo 4º de la ley 45, dada la contraposición de términos que se ofrece contra el simple indicio, como lo califica el Tribunal, y la confesión inequívoca, que requiere el texto de la disposición".

En primer lugar, en la aludida carta no se limita quien la suscribe a llamar "hija" a la destinataria. Esta expresión, en verdad, se ha generalizado a tal extremo, que así se trata al amigo íntimo, particularmente en la conversación; al sirviente de confianza, y, lo que es muy común, a' marido o a la mujer, en todas las clases sociales. Se usa en forma de contracción "mijo" o "mija". A tales casos se refería el actual Magistrado Latorre en la "sonada audiencia" a que alude el recurrente. Pero cosa distinta es el dirigir una car-

ta "Mi querido hijo"... y como antefirma concluír: 'Recibe un estrecho abrazo de tu padre". Ningún marido suscribe una carta así dirigida a su mujer, ni el jefe de una oficina al muchacho mandadero.

Otro reparo que se le hace a la estimación de la referida carta es el de que no pudiendo el Tribunal atribuírle el mérito de **confesión** inequívoca de paternidad (caso 3º del art. 4º ley 45 de 1936), por haber sido desconocida su autenticidad por el demandado, lo que provocó el examen y cotejo por medio de peritos, el Tribunal atenido al dictamen favorable de éstos, convirtió dicha pieza en elemento probatorio de la posesión notoria del estado civil (caso 5º), lo que es inadmisible, por la índole de acto privado o íntimo de dicha carta.

La Corte no entiende o interpreta así la actitud o pensamiento del Tribunal. Este no toma carta y dictamen como pruebas de la posesión notoria, sino como indicio grave corroborante de la prueba principal de dicha posesión. Y ese es el valor mínimo que se le puede dar a la carta, en vista del dictamen afirmativo y categórico de los peritos, personas muy conocidas y de innegable competencia: el afamado grafólogo Dr. Jesús Antonio Uribe Prada y el Dr. Jorge A. Velásquez, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Tunja.

Ahora bien. En la apreciación de aquellos elementos como **indicio**, el fallador de la segunda instancia era soberano y la Corte no puede contradecirlo.

Otro tanto ocurre con las seis cartas acompañadas a demanda suscritas por el demandado, reconocidas por éste, dirigidas en distintas épocas a la demandante, en las cuales le da reiteradamente el tratamiento de "hermana".

Con relación a esas misivas, dice el recurrente: "También incurrió el Tribunal en evidentes errores de hecho y de derecho, violando con ello las disposiciones sustantivas que dejo señaladas, cuando estimó como prueba de reconocimiento por parte del demandado, las cartas que éste le dirigiera a la actora, y en las que aparece diciendo **hermana**: Porque el hecho escueto y aislado, tal como lo ofrece aquella correspondencia, no es apto para demostrar por sí, aquel grado de parentesco que se origina en la sangre, como está dicho para el simple llamamiento de **hijo** que se suele hacer a las personas; y porque sobre todo entre la gente de los campos, ese tratamiento de **hermano, hermana**, lo mismo suele referirse al parentesco de la sangre, que al determinado por cierta identidad de situaciones nacidas de un hecho que les fue común; por el éxito o por el fracaso, por el amor o por el dolor, o hasta por haberles tocado en suerte unir sus vidas con personas a quienes realmente unía ese parentesco, etc.".

De este tratamiento: "Estimada hermana" no puede decirse lo mismo del muy generalizado de "hijo" o "hija" dado a personas extrañas a quienes se profesa alguna especial estimación: al amigo íntimo, al colega, al servidor, y en particular al marido o a la mujer entre sí. Tal calificativo de "hermano" no se oye, con referencia a personas que no tienen ese parentesco sino tratándose de "Hermanos Cristianos", "Hermanas de la Caridad" o cuando el cura se dirige a sus feligreses: "hijos míos" o "hermanos míos".

La versión dada por el recurrente a las cartas dirigidas por el demandado a la demandante, es inadmisible por inverosímil.

Al contrario, concurre una circunstancia que le presta mucho mérito a las mencionadas cartas: casi todas aparecen concebidas, en sus manifestaciones afectuosas, en términos familiares pluralizados; le envía recuerdos, saludes a su "cuñado" (el marido de la demandante); y casi todas las concluye así: "Reciban un estrecho abrazo de su padre y de su hermano. Jorge Simón Patarroyo".

Claro que esas cartas no son prueba de la filiación pero sí elemento indicial muy fuerte como corroborante de la prueba directa de posesión notoria: la testimonial.

El mérito de ese indicio: el tratamiento dado por el demandado a la demandante, es de la soberana apreciación del Tribunal.

Ahora, en lo tocante a la prueba principal de la posesión notoria: declaraciones de testigos, el recurrente le imputa al Tribunal errores de hecho y de derecho en la apreciación; y para justificar el cargo, hace extractos de diez líneas, en promedio, de cada una de las declaraciones que el juzgador tuvo en cuenta, para destacar las deficiencias de los testimonios en un sentido o en otro.

A riesgo de darle al presente fallo una extensión aparentemente desmedida, pero en el deseo de juzgar este asunto con pleno conocimiento de causa, la Corte considera conveniente reproducir en su integridad la transcripción que de las declaraciones aludidas se hace en el fallo recurrido, transcripción que verificada con las piezas originales, resulta fiel y exacta:

En la parte motiva del fallo en examen se lee:

"El señor Quevedo Patarroyo al folio 106 vto. (cuaderno N° 2) dice: '...Conocí personalmente al señor Simón Patarroyo Granados, vecino que fue del Municipio de Zetaquira —Boyacá— y este conocimiento duró por muchos años desde mi infancia y con él tuve muy buenas relaciones. También conozco desde mi infancia a la señora Waldina Márquez de Espinosa, en la actualidad vecina de Bogotá. En repetidas ocasiones, tanto en la casa de don Simón Patarroyo Granados como en las fincas del mismo, él me manifestó espontáneamente que Waldina Márquez hija de Concepción Márquez era su hija natural. Esto lo manifestaba públicamente y con orgullo. Los familiares del señor Simón Patarroyo G., y demás vecinos del municipio de Zetaquira sabían que la citada Waldina Márquez era hija natural del citado don Simón. Las últimas ocasiones que me encontré con don Simón Patarroyo Granados, le pregunté por la señora Waldina y me manifestó que próximamente viajaría a esta ciudad para reconocerla como a su hija natural y al mismo tiempo comprar una casa para ella aquí en Bogotá. Además me consta que en cartas que él hacía escribir y que firmaba para mandárselas a la señora Waldina a Tunja, la llamaba su hija, y le avisaba que pronto iría a visitarla como en realidad lo hacía...'.

"Don Dimas Ruiz (folio 107 vto.) afirma: "....Por ser del mismo pueblo y haber sido criado allá, conocí directamente al señor Simón Patarroyo Granados, vecino que era del municipio de Zetaquira, en donde tuvo su último domicilio, y lo conocí por un espacio de tiempo mayor de treinta años, es decir por toda mi vida, pues yo tengo treinta y cinco años. También conozco de vista, trato y comunicación a la señora Waldina Márquez de Espinosa, vecina que es hoy de Bogotá: la conozco desde hace muchísimo tiempo, pues con ella estuve en la escuela de Zetaquira. Por haber presenciado, pues yo iba con mucha frecuencia a la casa de don Simón Patarroyo Granados, sé y me consta que éste trataba a la Sra. Waldina Márquez hoy de Espinosa, como a su hija, proveyendo y ayudando para los gastos que demandaba su subsistencia y establecimiento; le daba para los gastos de su educación. Y yo presencié que don Simón le daba a Waldina dinero y le decía que fuera a comprar lo que necesitara, su ropa y demás cosas. Me consta que don Simón presentaba a Waldina como a su hija a todos sus parientes y amigos; y yo presencié que don Simón salía para todas partes con Waldina, y en todas partes le daba el tratamiento de hija y ella le decía mi papá. Y por esta razón todo el mundo especialmente el vecindario de Zetaquira, sabía y reconocía a Waldina Márquez como hija de Simón Patarroyo Granados como hija natural, pues don Simón no fue casado. Todo esto ocurrió por mucho tiempo, por más de veinticinco años. Cuando Waldina vivía en Tunja, tanto estando soltera, como ya casada, don Simón llegaba a la casa de Waldina. En varias ocasiones, una de ellas, cuando ya le faltaba poco para morir, esto aquí en Bogotá, don Simón Patarroyo Granados me decía que él tenía otro hijo natural a quien ya había reconocido y no moriría sin arreglar sus cosas, pues que tenía que reconocer a Waldina Márquez como a su hija natural, ya que la quería mucho, pues que era la que más le había servido, y aquí en Bogotá Waldina vivía en una casa que era de propiedad de don Simón...'.

Doña Edelmira Vaca de Sánchez, manifestó lo que sigue: (folio 110) '...Conocí directa y personalmente por un lapso mayor de treinta años al señor Simón Patarroyo Granados, mi paisano, pues este señor también era de Zetaquira en donde tuvo su último domicilio. También conozco directa y personalmente a la señora Waldina Márquez hoy de Espinosa, y la conozco desde su nacimiento pues ella nació en Zetaquira, siendo yo muy conocida con Concepción Márquez, la madre de Waldina, quien hoy es vecina de Bogotá .Me consta por percepción directa y personal que el finado don Simón Patarroyo Granados trataba a la señora Waldina Márquez de Espinosa, como su hija natural, pues él no fue casado, don Simón Patarroyo Granados proveyó siempre a la subsistencia de la citada Waldina, pues le daba lo necesario para su comida, vestuario y educación, es decir, le daba todo lo que Waldina necesitaba, pues era y es pobre y en cambio don Simón era muy rico. Me consta que don Simón Patarroyo G., presentaba a la citada Waldina a sus deudos y amigos como a su hija, y don Simón según el mismo lo manifestaba, se sentía muy orgulloso y satisfecho de tener a esa hija, pues que era la que veía por él ya en su vejez. Y me consta y es positivo que todo el vecindario de Zetaquirá reputaba y tenía a Waldina como hija del prenombrado don Simón Patarroyo Granados, pues yo que lo conocí, Waldina es muy parecida en todo a don Simón. A Waldina, desde su nacimiento, esto es por más de veinte años, todo el mundo la reconoce como hija de don Simón Patarroyo Granados especialmente, como ya lo dije, en el mu-

nicipio de Zetaquira, en donde es voz populi. Ahora últimamente, cuando le faltaba poco para morir don Simón, estando aquí en Bogotá a donde vino a ver a su hija Waldina, un día se presentó a la farmacia de mi propiedad que tengo en esta ciudad, y llegó en compañía de la señora Waldina, y me decía don Simón que a Dios gracias tener esa hija —se refería a Waldina— que le prestaba toda atención y que a ella se debía que no hubiera muerto antes, la prolongación de su vida, pues que Waldina lo atendía con cariño y esmero...'.

"Vale citar algunas otras declaraciones. La de Emilia Garzón Ramírez (folio 105 vto.): '...Conocí de vista, trato y comunicación al señor Simón Patarroyo Granados, por un lapso no menor de veinticinco años, y lo conocí en Zetaquira, en donde, según se me informa ,tuvo su último domicilio. Conozco de igual manera desde su infancia, a la señora Waldina Márquez de Espinosa, pues cuando yo viví en Zetaquira la señora Waldina, siendo aún niña, vivía con la madre en una casa contigua a la mía, y recuerdo perfectamente que a esa casa, es decir, a la de la madre de la señora Waldina, llegaba con frecuencia el señor Simón Patarroyo Granados. Me consta por haberlo presenciado que el señor Simón Patarroyo Granados trataba como a su hija a la señora Waldina Márquez de Espinosa, proveyendo y ayudando para los gastos de su subsistencia y establecimiento, y con tal carácter la presentaba a sus deudos y amigos y relacionados, por lo cual todos estos y el vecindario en general reputaban a la señora Waldina como hija del finado Simón Patarroyo Granados, todo el mundo lo sabía que dicha señora era hija natural de don Simón y esto vino ocurriendo por un tiempo mucho mayor de veinte años continuos. Lo anterior, me consta, especialmente por haber tenido yo negocios con don Simón Patarroyo, pues él me arrendó estancias, es decir, yo trabajaba en tierras de él, y por esta circunstancia teníamos frecuentemente conversaciones íntimas, y me decía don Simón que sus intenciones era reconocer a Waldina como a su hija natural, como lo había hecho con sus otros hijos Jorge y María Luisa; que él no la dejaba así. Ya viviendo la señora Waldina aquí en Bogotá, ya casada, yo vine a la casa de la señora Waldina, esto hace como unos cuatro años, y en esa ocasión encontré en la casa de la señora Waldina a don Simón Patarroyo Granados, y estuvimos conversando, y me decía que se había venido a estarse un poco de tiempo con su hija Waldina, pues que como su otra hija se había muerto, que ella —Waldina— era la que tenía paciencia con él, y estaba viendo por él. Esto es todo lo que me consta'.

"Evangelina Ruiz (folio 42) aunque manifiesta ser pariente de Waldina Márquez al folio 81 tal parentesco no está comprendido dentro de las causales señaladas por el art. 669 del C. J., y aunque lo estuviera, por razón del negocio se hallaría en presencia de la excepción contenida en la parte final del numeral 1º del citado artículo. Esta testigo dice: '...Conocí directa y personalmente por un lapso de mucho más de quince años al señor Simón Patarroyo Granados, vecino que fue de este municipio de Zetaquira, igualmente conozco en forma directa y personal desde hace también más de quince años a la señora Waldina Márquez de Espinosa, mayor de edad y vecina en la actualidad de la ciudad de Bogotá. Me consta directa y personalmente por propia percepción de que el señor Simón Patarroyo Granados desde cuando yo tenía mis guaraperías en este municipio decía que la señora Waldina era su hija y la trataba como tal, ayudándola a su subsistencia, es decir, cuando estaba pequeña, a la madre de esta le había dejado una pieza para que se rebuscara en su negocio para que sostuviera a la la hija sin cobrarle ningún arrendamiento: igualmente me consta que hace como un año encontrándome yo en la ciudad de Bogotá un día que estuvimos de visita en su casa de don Simón Patarroyo G., donde también vivía la señora Waldina Márquez de Espinosa a quien le tenía dejada la mitad de la casa sin cobrarle ningún arrendamiento, estando en la visita en un momento que estábamos solos con el señor Patarroyo Granados, le dije yo que si no le dejaba nada a Waldina, él me contestó que había que dejarle porque era su hija y que la quería porque esa hija tenía mucho cuidado con él, que se venía para acá para Zetaquira a arreglar sus cosas porque de lo contrario no se vendría; y en todo el tiempo que los he conocido han tenido y reputado a la señora Waldina Márquez de Espinosa como hija natural del señor Simón Patarroyo Granados...'.

"El fallo objeto del recurso inserta la declaración del Dr. Juan Francisco Gómez quien da cuenta de haber conocido al señor Patarroyo Granados y que le presentó a doña Waldina como a su hija natural dando detalles especialmente interesantes relacionados sobre el trato de Patarroyo Granados que le daba a doña Waldina.

"La mayor parte de las declaraciones recibidas

y que se anotan en la sentencia de primera instancia contribuyen a reforzar lo expuesto por los testigos ya ameritados, ora en cuanto a la fama predominante en el ambiente de Zetaquira en donde se reputaba a la actora como hija natural de Simón Patarroyo Granados, ora en cuanto refieren hechos o circunstancias de los cuales puede inferirse que el nombrado Patarroyo Granados, en una u otra forma proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de doña Waldina, como cuando varios testigos afirman que siendo ésta ya casada le dejó para su goce varias piezas de la casa que tenía en la ciudad de Bogotá, sin cobrarle arrendamiento alguno como lo reconoce el propio demandado en la absolución de posiciones (folio 37 vto.) cuando a su manera explica esa situación graciosa diciendo: 'luego que mi padre compró la casa en Bogotá le recomendó (a Waldina observa el Tribunal) para que guardara los arriendos que el comisionista entregaba, porque el encargado de arrendarla era un señor don Luis Maldonado. Ella habita unas piezas actualmente por recomendación mía, el resto está arrendada...'.

"Este conjunto de testimonios sería suficiente para que el Tribunal aceptara la situación jurídica planteada en la providencia objeto de la alzada; pero del resto del material probatorio que se va a examinar, surge la plena convicción de que Waldina Márquez es hija natural de Simón Patarroyo Granados; y que el fallo judicial apenas se limita a reconocer esa situación de hecho que gravita en el trámite procesal".

Los demás elementos probatorios a que el Tribunal alude, que son corroborantes del de la prueba testimonial, son las cartas a que se ha hecho referencia anteriormente.

La Corte considera que dados los términos en que están rendidas las declaraciones que se han transcrito, los hechos positivos y concretos en ellas relacionados, la convicción, conocimiento y espontaneidad con que deponen los testigos, y los demás elementos de convicción, que se han relacionado, no es posible imputar al Tribunal ningún error de hecho, y menos manifiesto o evidente ni error de derecho en la apreciación de las pruebas que estimó.

A lo expuesto, que es suficiente para estimar infundado el cargo que se examina, la Corte quiere agregar:

Aun suponiendo que la prueba testimonial sobre posesión notoria de la filiación natural adoleciera de alguna vaguedad, de modo que tal hecho no pudiera juzgarse como "irrefragable" (art. 399 del Código Civil), al extremo de implicar desacierto en el fallo recurrido y consiguiente infirmación del mismo por esa razón, es también cierto, por otra parte, que la carta sobre manifestaciones de paternidad, emanada del fallecido señor Patarroyo, aducida como hecho fundamental de la demanda, sería apreciada por la Corte, como Tribunal de instancia, no simplemente como indicio, sino con todo el mérito de confesión inequívoca de ese hecho, de conformidad con la causal 3ª del art. 4º de la ley 45 de 1936; y, consecuencialmente, por tal senda, llegaría, asimismo, a la conclusión a que llegó la sentencia recurrida, cuya casación sería improcedente y no podría pronunciarse.

El **cuarto cargo** está concebido así:

"Por último, y fundado también en la causal **primera** citada, acuso la sentencia de segunda instancia pronunciada en este juicio, por violación directa —dejándolos de aplicar— de los artículos 19 de la Ley 153 de 1887 y 1760 del Código Civil, y que a la vez la llevó a quebrantar, por indebida aplicación los artículos 4º —numeral 5º— y 6º de la Ley 45 de 1936 y 398 y 399 del Código Civil. En efecto:

"A juzgar por los términos de que se valen los testigos en cuyo dicho se apoyó el Tribunal para deducir el estado de posesión notoria, el trato que don Simón le dispensara a la pretensa hija, duró **desde su nacimiento y hasta por un término de veinte o veinticinco años;** pero como la señora Waldina nació en el mes de noviembre de 1908, quiere decir que el supuesto trato que los testigos declaran, duró cuando más, hasta el año de 1933, época para la cual ella debió trasladarse a esta ciudad de Bogotá en donde ha vivido desde entonces con su marido, o que, de todas maneras, el expresado trato no se verificó **durante diez años continuos**, por lo menos, **a partir del año de 1936**, en que entró a regir la Ley 45 de aquel año. Lo cual significa, que la sentencia del Tribunal le reconoció poder constitutivo de estado civil, a **hechos anteriores a la vigencia de la ley que se lo otorgó**, violando así directamente y por falta de aplicación los artículos 19 de la Ley 153 de 1887 y 1760 del Código Civil, y por aplicación indebida al caso del pleito, los arts. 4º numeral 5º, y 6º de la Ley 45 de 1936, y 398 y 399 del Código Civil".

En resumen, la tesis sostenida por el recurrente consiste en que hechos constitutivos de posesión notoria del estado civil de hija natural rea-

lizados antes de la Ley 45 de 1936 no se pueden tener en cuenta ahora, como tampoco los medios probatorios nuevos, pero producidos antes, porque tanto aquellos hechos como esas pruebas carecían de todo mérito anteriormente, y la precitada ley no les dió eficacia jurídica a los primeros para fundar en ellos la filiación, ni fuerza demostrativa a las segundas.

No es ésta la primera vez que se presenta ante la Corte esa tesis, respaldada en razonamientos iguales a los que el recurrente en este asunto desarrolla con innegable habilidad. Tesis y razones apoyadas en idéntica interpretación de los preceptos citados en el cargo que se examina.

Pero la Corte, en extensa y convincente exposición que ocupa 20 páginas (598 a 618) de la **Gaceta Judicial** Nº 2127 (sentencia de 7 de abril de 1953, págs. 580 y siguientes), refutó con razones incontestables la mencionada tesis, y sentó como doctrina jurisprudencial la **contraria: que** tratándose de hijos extramatrimoniales nacidos antes de entrar a regir la ley 45 de 1936, pueden invocar hechos y aducir pruebas de los que habilita esa ley para fundar y declarar la filiación natural.

A fin de no dar al presente fallo una extensión desmedida, la Corte se remite al estudio que en la sentencia de 1953 ya citada y bajo el epígrafe "Acápite final" págs. 598 y siguientes, se hace sobre "derecho adquirido" en la materia de que se trata, "Aplicación de la nueva ley sobre estado civil de las personas y concretamente sobre filiación", "La situación del hijo ilegítimo antes de la Ley 45 de 1936", "La Ley 45 no cambió el estado civil", "No se trata de solemnidades **ad substantiam actus**", "La declaración judicial es muy distinta al reconocimiento voluntario", "La sentencia es declarativa", "Filiación, generación y prueba", "La doctrina y jurisprudencia Francesa", "Aplicación de los medios de prueba en general", "Neva ley sobre pruebas **ad solemitatem**", "La intención del Legislador de 1936", "No existe inconstitucionalidad" y "El artículo 19 de la ley 153 de 1887".

El examen de todas las cuestiones contempladas en esos catorce capítulos del **"Acápite final"** del precitado fallo, en que, con apoyo en el texto, el espíritu y propósitos de la Ley 45, en las situaciones anteriores y posteriores a ella, en la jurisprudencia colombiana y extranjera, en los principios generales de derecho, en las doctrinas de los más famosos expositores '., llevan nuevamente a la Corte a la convicción de que la tesis sostenida por el recurrente es inaceptable, e infundado el cargo que se examina, como lo son los anteriormente considerados.

Por tanto, 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 recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja el 25 de septiembre de 1953, en el juicio ordinario seguido por Waldina Márquez contra Simón Patarroyo R.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. con salvamento de voto, Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RODRIGUEZ PIÑERES

Con perdón, que pido a mis doctos colegas, una vez más, que quizás no será la postrera, salvo mi voto contra esta otra decisión que admite la tesis de que pueden iniciarse y proseguirse válidamente juicios en que se ventile el reconocimiento de una filiación natural contra los herederos del pretenso padre.

Opónense a semejante teoría textos claros y precisos del Código Civil, que ni con el codo pueden borrarse por quien no sea el legislador, y cuyo tenor literal no puede desatenderse so pretexto de consultar su espíritu, tales como los artículos 402 a 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, conforme a los cuales se previene, so pena de nulidad, que los juicios sobre paternidad necesariamente deben seguirse con un legítimo contradictor, que lo es el padre contra el hijo, o éste contra aquél, ello con una sola salvedad en lo atañadero a la paternidad natural: la de que el padre haya fallecido después de incoado el juicio pero antes de la sentencia.

La doctrina sentada en este fallo y en otros anteriores de la Corte, contiene argumentos de innegable fuerza, muy dignos de tenerse en cuenta para buscar una modificación de la Ley por el Congreso, única autoridad que en Colombia tiene facultad para expedirla, derogarla o reformarla.

Cuando el país regrese a la época en que había Congreso, tiempo será propicio para que éste, con la plenitud de sus poderes, reforme el estatuto vigente sobre filiación natural, ora acomodándose al criterio jurídico con que fue redactado el Código Civil, ora con el de la sensibilidad social, que es el de la última moda.

Mientras tanto, a mi juicio, la Corte, los Tribunales y los Juzgados tienen que proceder de otra manera: aplicar, ante omnia, la ley escrita, tal como ella se ostenta, sin lo cual se socava por su base la vida jurídica de la Nación.

Eduardo Rodríguez Piñeres

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. —INFRACCION DIRECTA E INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY

Cuando en casación se acusa la sentencia por infracción directa de la ley sustantiva, son improcedentes las consideraciones enderezadas a criticar la estimación probatoria del Tribunal respecto de los distintos elementos de juicio examinados en la sentencia, porque la infracción directa hiere la ley derechamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de noviembre de 1952 en el juicio ordinario reivindicatorio promovido por Mario J. Fernández y María Adela Fernández M., contra José del Carmen Bernal.

I—Antecedentes:

1.—Por escritura Nº 145 de 22 de marzo de 1930 otorgada en la Notaría del Circuito de Pacho, José del Carmen Bernal vendió a Mario J. Fernández un lote de terreno, ubicado en el sitio de "Algodonales", parte del predio denominado "Cañas Viejas", en jurisdicción de dicho municipio, y demarcado como en dicha escritura se indica. El vendedor declaró haber adquirido dicho predio por compra a Aquilino Montes, recibido el precio de la venta y entregado real y materialmente el terreno enajenado.

2.—Mario J. Fernández estaba casado con María Josefa Madero desde el 24 de enero de 1917, quien falleció el 28 de agosto de 1939. En el juicio de sucesión se hallan reconocidos como interesados su cónyuge sobreviviente Mario J. Fernández y su hija legítima María Adela Fernández M.

3.—Mario Fernández y María Adela Fernández M., promovieron acción de dominio contra José del Carmen Bernal ante el Juzgado Civil del Circuito de Pacho para la restitución del mencionado terreno poseído por el demandado. Los actores obraron en nombre de la sociedad conyugal ilíquida Fernández-Madero y de la sucesión de María Josefa Madero de Fernández.

4.—El reo se opuso a la demanda, manifestando que no recordaba haber hecho a Mario J. Fernández la venta del terreno y que conservaba la posesión material e inscrita del inmueble reivindicado, aunque no en toda su extensión sino sólo en parte de él.

5.—El Juzgado en sentencia del 15 de julio de 1952 accedió a la reivindicación y condenó al reo a la restitución del inmueble pero considerándolo poseedor de buena fe para efectos de restitución de frutos y pago de mejoras.

6.—Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de segunda instancia, proferida el 20 de noviembre de 1952, confirmó la decisión del inferior en cuanto al decreto de reivindicación pero reformó la calificación del reo en cuanto a su posesión estimándolo de mala fe.

II—Sentencia acusada

El Tribunal en la sentencia recurrida examina los elementos probatorios que demuestran la existencia de los presupuestos de la acción reivindicatoria.

Al fallo acusado pertenecen estas consideraciones:

"La acción reivindicatoria como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho, nace de un hecho ajeno al titular del derecho, y tiene como objeto el restablecimiento normal de una relación jurídica.

"No basta que una acción exista y resida en el demandante para que le sea reconocida, sino que además es indispensable, que dicha acción haya

sido deducida de acuerdo con la ley, previa comprobación de los hechos que la configuran; y el actor en este caso ha demostrado los elementos sustantivos de la acción, en la siguiente forma:

"Reivindica un inmueble singularizado debidamente; acredita el derecho del dominio en el inmueble mediante la copia de la escritura Nº 145 de 22 de marzo de 1930, pasada en la Notaría de Pacho y que se registró el 24 de mayo del mismo año en el Libro Primero, Tomo 1º, fol. 304, número 263 de la Oficina de Registro del Circuito de Pacho, y en la que consta que el actor Mario J. Fernández adquirió al demandado José del Carmen Bernal, exactamente el mismo inmueble, que dentro de este juicio se reivindica; y con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Pacho, sobre el mismo inmueble, que abarca un período de treinta años (fl. 1 a 4 C. Nº 1º.

"A este título enfrenta el demandado la escritura 540 de 13 de septiembre de 1941 de la Notaría de Pacho, debidamente registrada.

,'Al tenor de esta escritura se le adjudicó al demandado en la sucesión de su cónyuge Paulina Cortés de Bernal, con mayor extensión, el lote materia de este juicio, es decir, el mismo que ya José del Carmen Bernal había vendido a Mario de J. Fernández por la escritura 145, atrás citada.

"En consecuencia, y como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, prevalece en este caso la titulación del actor, que justifica debidamente el dominio o el derecho sobre la cosa que posee el demandado, porque la hijuela presentada por el demandado no vale por sí sola para justificar la radicación del dominio en su cabeza, ya que por una parte no acompañó el título de adquisición de su causante, y por otra, aparece claramente de la prueba del actor que el inmueble que se inventarió en la sucesión de Paulina Cortés de Bernal, había salido ya del patrimonio de la sucesión de ésta, por cuanto el cónyuge José del Carmen Bernal lo había transferido con anterioridad, al demandante Fernández. Como las hijuelas son títulos declarativos y no atributivos de dominio, y como el heredero, por ficción legal, se supone una misma persona con el causante, si no se adjunta el título de éste, no se justifica el dominio alegado, ya que de no ser así, sería muy fácil crearse a sí mismo un título; y como además, aparece de autos que el inmueble inventariado y adjudicado en la sucesión de Paulina Cortés de Bernal, ya había salido del patrimonio de la sociedad conyugal Bernal-Cortés, es claro que el adjudicatario Bernal nada adquirió porque nada se le transmitió.

"Caracterizado en esta forma el derecho de dominio del actor, y por el mismo razonamiento, se llega a la conclusión de que es improcedente la defensa del demandado basada en la prescripción adquisitiva de diez años, por cuanto ésta supone un justo título, y ya se vió que la titulación presentada por el actor para justificar su derecho de dominio, descarta la existencia del justo título en cabeza del demandado.

"En relación con la posesión material del inmueble, materia de la reivindicación, en cabeza del demandado, basta observar que existe la prueba de confesión, por cuanto en la contestación de la demanda manifestó Bernal que poseía y usufructuaba el inmueble, y en relación con la identificación del lote de terreno obran las declaraciones de Pablo Vega, Adriano Gómez, Jacinto Vásquez, Josefa Toledo de Sulvará, y Antonio Vargas quienes acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, declararon en síntesis lo siguiente: a) que conocen el terreno de "Cañas Viejas", unos por haber trabajado allí y otros por ser arrendatarios; b) que conocen los linderos de esta finca, o sea los mismos de la demanda y de la escritura 145; c) que este terreno está comprendido dentro de uno de mayor extensión que le fue adjudicado a José del C. Bernal en la sucesión de su esposa, linderos éstos que también conocen y que son los mismos de la escritura 540; d) que Mario J. Fernández tuvo en posesión la finca de "Cañas Viejas", y realizó toda clase de actos de dominio, desde el mes de Marzo de 1930 hasta diciembre de 1934, cuando Bernal ocupó dicha finca; e) que algunos de ellos como arrendatarios, pagaron durante esos cuatro años a Fernández, los respectivos cánones de arrendamiento por sus parcelas, porque el mismo Bernal les ordenó cuando vendió la finca en 1930.

"Existe además, la escritura de hipoteca número 89 de 21 de febrero de 1931, también de la Notaría de Pacho, y en la cual Bernal manifiesta que como garantía de una deuda del mismo señor Fernández, acepta la hipoteca sobre la finca de 'Cañas Viejas', por los mismos linderos de la demanda, o sea, la misma finca que el año anterior el mencionado Bernal ya le había vendido al demandante Fernández".

III—Recurso de casación

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso

de casación la parte demandada. Concedido y admitido en legal forma, introdujo en oportunidad escrito de demanda, sobre cuyo mérito pasa la Sala a decidir.

La demanda de casación adolece de graves y notorias deficiencias que serían suficientes para rechazarla de plano.

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., y acusa la sentencia como "violatoria de los artículos 669, 946, 950 y 952, 2577, 2652, 2673, 2674, y 1857 del C. Civil, por interpretación errónea".

Como fundamento de la acusación el recurrente presenta una serie de críticas a las pruebas examinadas por el Tribunal para acreditar los extremos de la acción incoadá.

En tal alegación, más propia de instancia, el recurrente afirma:

1)—Que no se demostró el dominio en los actores, porque el título invocado por éstos se refiere a un terreno diferente, ya que las declaraciones que tuvo en cuenta el Tribunal para probar la identidad, son notoriamente deficientes;

2)—Que la identificación de los predios se hace mediante la prueba de inspección ocular y excepcionalmente con testimonios que reúnan especiales condiciones de claridad y convicción, según doctrina de la Corte;

3)—Que hay incongruencia entre los linderos del terreno señalado en la demanda y los que figuran en el título de dominio de la parte demandante;

4)—Que al aceptarse la prueba testimonial sobre identidad del predio reivindicado se incurrió en error de hecho, y que no existiendo la identificación "se violaron los artículos citados, por interpretación errónea de esa prueba testimonial";

5)—Que hubo error de hecho en la apreciación de la confesión del demandado, pues éste sólo aceptó ser poseedor material de parte del inmueble, y

6)—Que no es posible aceptar la prueba testimonial sobre la posesión del demandado, debido a la inoperancia de las mismas declaraciones respecto de la identidad, por lo cual también se incurrió en error de hecho en la apreciación de estas pruebas y se determinó la violación de los artículos del C. C., citados por el recurrente.

Se considera:

Según la causal primera de casación del art. 520 del C. J., la ley sustantiva se puede violar de manera directa o indirecta. En la primera forma la infracción se opera directamente contra las normas legales, mientras que en la segunda se realiza al través de las pruebas y resulta de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinado elemento probatorio.

En reciente fallo de casación, fechado el 14 del presente mes de septiembre, no publicado todavía en el órgano de la corporación, la Sala puntualizó las diferencias entre estas dos especies de violación de la ley, dentro de la causal primera de casación. Se dijo:

"Infracción Indirecta.—Sea del caso comenzar por la segunda forma para marcar mejor las diferencias después con la primera. La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio; fuera de éste no puede haber violación indirecta de la ley.

"Así, pues, sólo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materia del litigio, están o no probados, es cuando puede acaecer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufre el sentenciador en esa investigación. Estas equivocaciones pueden ser de dos clases:

"a) Puramente de **hecho,** o sea cuando se da por acreditado un hecho no existiendo la prueba, o se niega que esté acreditado, existiendo la prueba: es el error llamado **de hecho,** el que por su naturaleza exige que en autos aparezca de modo manifiesto, sin lugar a la más leve y remota duda, es decir, que el medio probatorio omitido por el Tribunal demuestre incontrovertiblemente el hecho contrario afirmado o negado en la sentencia.

"b) De orden **jurídico,** o sea cuando a la prueba que existe, se le otorga un valor que le niega la ley, o se le niega el valor que le asigna la ley: es el llamado error **de derecho** en la apreciación de las pruebas, que implica siempre violación de disposiciones legales sobre pruebas, fuera de las sustantivas tocantes al fondo del negocio.

"Con ambas clases de errores, para su procedencia en casación, debe violarse la ley sustantiva sobre la acción incoada, pero no directamente sino como consecuencia de ellos, porque los errores son apenas el vehículo que lleva a la infracción **Tales errores engendran** el quebranto de la ley, y no se podrá hablar de violación indirecta sin la base previa de los errores cometidos en el estudio de las pruebas. Por tanto, si el error no

aparece, cuando se trata de buscar la prueba de un hecho, no podrá hablarse de violación indirecta de la ley.

"A esta forma se refiere el ordinal 1° del artículo 520: 'Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos'.

"Infracción Directa.—La infracción directa hiere la ley derechamente, 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, contra una costumbre bastante generalizada, 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 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. Entonces puede violarla:

"A) Por interpretación errónea. Cuando no es clara; mas, los textos, si acaso fueren claros al nacer, el tiempo, las transformaciones de las costumbres y la vida, los cambios sociales y el avance de la jurisprudencia suelen enturbiarlos o hacerlos confusos o deficientes. Un notable tratadista, de vasto influjo en las novísimas corrientes del derecho, dijo que encargar a los jueces de aplicar la ley es tanto como mandarlos a interpretarla. Esta función es una de las más propicias a la disciplina mental de los jueces, al ejercicio sin límites de la investigación científica y al progreso de la doctrina.

"B) Por aplicación indebida, es decir, resolviendo con ella un caso no comprendido en ella; el intérprete la toma por la fuerza y la obliga a servir en la solución de la litis, que le es extraña.

"C) Por falta de aplicación, debiendo aplicarla, porque para esto fue dictada, porque el caso está contenido en ella. Es la más categórica violación de la ley, llamada por ello, específicamente, infracción directa. Es el caso contrario al anterior, porque en vez de invocar el texto para aplicarlo en donde no cabe, lo repele para no aplicarlo en donde sí cabe".

El recurrente dice acusar la sentencia por infracción directa de las disposiciones del C. Civil citadas en su demanda, a causa de interpretación errónea. Pero en seguida enfila consideraciones enderezadas a criticar la estimación probatoria del Tribunal respecto de los distintos elementos de juicio examinados en la sentencia.

Bien se comprenden los graves errores en que incurre el recurrente.

La Sala cree entender que el propósito del recurrente fue atacar la sentencia por infracción indirecta de las disposiciones del Código Civil, a causa de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para dar por acreditadas las condiciones axiológicas de la acción reivindicatoria (dominio en el actor, posesión en el reo, identidad del inmueble), por lo que el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones que se afirman infringidas.

Pero aun entendiendo así la demanda, los cargos tendrían que rechazarse porque la acusación sería ineficaz en lo que se refiere a la apreciación de la prueba testimonial, ya que no aparece notorio error de hecho imputable al sentenciador.

Lo que es suficiente para rechazar los cargos.

IV—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 le ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 20 de noviembre de 1952.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



LAS PERSONAS QUE NO HAN TENIDO EL CARACTER DE DEMANDANTES O DE DEMANDADOS EN UN JUICIO, NO PUEDEN, EN OTRO POSTERIOR, PEDIR LA DECLARACION DE NULIDAD DE AQUEL, POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO O POR INDEBIDA REPRESENTACION; AUNQUE DIGAN OBRAR EN SU CARACTER DE HEREDEROS DE LA MISMA PERSONA COMO SUCESORES DE LA CUAL OBRARON OTROS QUE FUERON PARTE EN EL JUICIO CUYA NULIDAD SE PRETENDE

1—El error DE HECHO y el error DE DERECHO componen la forma indirecta de violación de la ley sustantiva, de que trata la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Es indirecta porque se realiza a través de las pruebas y resulta de la estimación de una prueba. Se opone a la violación DIRECTA que opera rectamente contra los preceptos legales.

2—Si en un juicio intervinieron determinadas personas diciéndose herederas de otra, no pueden luego, en otro juicio, demandar la nulidad de aquél por falta de citación o emplazamiento, o por indebida representación, otras personas distintas de las que figuraron en el primero, aunque digan obrar como herederas de la misma persona como herederas de la cual también dijeron obrar las primeras.

En efecto, según doctrina repetida de la Corte, la garantía del artículo 457 del C. J., no comprende sino a quienes no sean legalmente citados o emplazados o debidamente representados, esto es, a las partes, pero en cuya citación, emplazamiento o representación no se observaron las disposiciones legales. La garantía no se explica sino por la circunstancia de que habiendo sido partes en el juicio, la sentencia va a perjudicarlos necesariamente, porque va a fundar la cosa juzgada; pero como aquellas medidas procesales o la representación en el juicio no se ajustaron a la ley, de modo que su derecho de defensa hubiese sido suficientemente efectivo pueden ellos, después de terminado el proceso, promover la nulidad del mismo, en juicio separado, precisamente con fundamento en la causa de no haber sido legalmente citados, emplazados o representados en la litis. Por lo tanto, quienes no figuraron como partes en el proceso, no tienen esa garantía de excepción: tienen la ordinaria de no perjudicarles el fallo que fue dictado sin su audiencia (res inter alios acta...).

Y en el caso de que se viene tratando no sería una misma parte la que intervino en ambos juicios, porque la sucesión, careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos que existen, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B).— Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte resuelve sobre el recurso interpuesto contra la sentencia de 28 de octubre de 1952, dictado por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio ordinario de Angela Sanjuán de Llaín y Cristina Sanjuán Barbosa contra Luis Carlos Quintero o Clavijo.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

I

1.—Ante el Juez Municipal de Ocaña y con fecha 3 de agosto de 1949 Mariana Sanjuán Barbosa demandó a Luis Carlos Quintero o Clavijo, para que se le condenase a restituír a la sucesión ilíquida del padre de la demandante, José Trinidad Sanjuán C., un fundo llamado "El Caimito", ubicado en el mismo Municipio de Ocaña y a pagarle los frutos del inmueble y las costas del juicio.

2.—El dicho fundo fue adquirido por José Trinidad Sanjuán C., por compra que hizo a Timoteo Quintero, según escritura pública Nº 11, otorgada el 13 de enero de 1905 ante el Notario de Ocaña.

3.—En sentencia de enero 27 de 1950, proferida en la primera instancia, fue condenado el demandado a restituír el inmueble, con los frutos percibidos después de la contestación de la demanda; y apelado dicho fallo, el Juez del Circuito del mismo nombre, con fecha 11 de mayo del mismo año, lo revocó, para disponer lo siguiente:

"1º—Revócase la sentencia apelada que es de fecha enero veintisiete de mil novecientos cincuenta, proveniente del Juzgado Civil de esta ciudad, y que fue dictada en el juicio ordinario sobre reivindicación, seguido por Mariana Sanjuán Barbosa contra Luis Carlos Quintero o Clavijo.

"2º—Pertenece el dominio al demandado Luis Carlos Quintero o Clavijo, mayor y vecino de este Municipio por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de treinta años, del fundo denominado "El Caimito", ubicado en el Corregimiento de Buenavista, de la jurisdicción municipal de Ocaña, determinado por los siguientes linderos: "Desde el pié de la quebrada de "Lajas"; siguiendo aguas arriba hasta el pie de la Loma de aquí, tomando a la derecha la quebradita, hasta salir a encontrar con terrenos de la mortuoria de Dionisio Quintero Q.; siguiendo la cerca de para arriba, hasta salir a la meseta encima a una mojonadura de piedras; de aquí de para abajo a dar a una chamba; y tomando ésta a caer a las ajuntas de las quebraditas de "El Caimito" y "El Limoncito"; aguas abajo hasta encontrar el punto que se fijó como primer lindero".

"3º—Ejecutoriado este fallo, inscríbase en el Libro Número Primero de la Oficina de Registro de este Circuito.

"Sin costas".

4.—Esta providencia, una vez ejecutoriada, fue inscrita en la oficina de Registro del mismo Circuito.

5.—Así las cosas, Angela Sanjuán de Llaín y Cristina Sanjuán Barbosa demandaron ante el Juez del Circuito de Ocaña al mismo Luis Carlos Quintero o Clavijo, para que se declare que es nulo aquel juicio, y por consiguiente, la sentencia de segunda instancia en él pronunciada, y que el predio de "El Caimito", pertenece a la sucesión ilíquida de José Trinidad Sanjuán C., representada por las actoras, hijas legítimas de éste; se condene al demandado a restituírlo, con sus frutos, como poseedor de mala fe, así como a pagar las costas del juicio, y se ordene la cancelación de la inscripción de la sentencia referida en el Registro Público.

II

La sentencia recurrida

6.—La sentencia de primera instancia absolvió al demandado. La de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, la revocó y dispuso:

"a) Declárase totalmente nulo el juicio ordinario que por libelo de fecha tres de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, y que por medio de apoderado instauró Mariana Sanjuán, a nombre de la sucesión de José Trinidad Sanjuán, contra Luis Carlos Quintero o Luis Clavijo, para que se condenáse a éste a restituír a ésta el lote de terreno denominado hoy "El Caimito", ubicado en jurisdicción Municipal de Ocaña y alinderado así: (aquí los linderos).

"b) Como consecuencia de lo anterior, declárase nula la sentencia de fecha once de mayo de mil novecientos cincuenta, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña, en la que se decretó que dicho Quintero o Clavijo había adquirido por prescripción adquisitiva de dominio el referido fundo denominado "El Caimito", ubicado y alinderado como atrás se dijo.

"c) Como propia y obligada consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se dispone la cancelación del registro de la referida sentencia, hecho bajo la partida Nº 237, folio 239 Libro de Registro Nº 1º Tomo 1º, a cuyo efecto el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña librará las órdenes del caso.

"d) No se hacen las declaraciones de dominio y restituciones demandados en la segunda y quinta peticiones del libelo que dió origen a este juicio, por no haber demostrado la parte actora los extremos que la integran, y por tanto se absuelve al demandado por razón de dichos cargos.

"e) Se condene en las costas del juicio al demandado, las que deberán ser tasadas por el Juez del conocimiento".

7.—Interpuso recurso de casación contra este fallo el demandado, quien lo fundó oportunamente; el opositor no se hizo representar en él, y a fallarlo procede la Sala mediante las consideraciones que siguen.

CAPITULO SEGUNDO

La casación.—Causales y cargos

I

1.—El recurrente invoca la causal primera de casación (artículo 520, ordinal 1º C. J.), para formular a la sentencia cuatro cargos, que llama "Error de hecho", el primero, y "Error de Derecho", a cada uno de los otros.

El error "de hecho" y el error "de derecho", componen la forma indirecta de violación de la ley sustantiva, de que trata la parte segunda del ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Es indirecta porque se realiza a través de las pruebas y resulta de la estimación equivocada o la falta de estimación de una prueba. Se opone a la violación **directa**, que opera rectamente contra los preceptos legales. En reciente fallo de casación, fechado el 14 del presente mes de septiembre, no publicado aún en el órgano de la Corporación, la Sala señaló las diferencias entre estas dos especies de infracción de la ley en casación:

"**Infracción Indirecta.**—Sea del caso comenzar por la segunda forma para marcar mejor las diferencias después con la primera. La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio; fuera de éste no puede haber violación indirecta de la ley.

"Así, pues, sólo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materia del litigio, están o no probados, es cuando puede acaecer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación. Estas equivocaciones pueden ser de dos clases:

"a) Puramente de **hecho**, o sea cuando se da por acreditado un hecho no existiendo la prueba, se niega que esté acreditado, existiendo la prueba: es el error llamado **de hecho**, el que por su naturaleza exige que en autos aparezca de modo manifiesto, sin lugar a la más leve y remota duda, es decir, que el medio probatorio omitido por el Tribunal demuestre incontrovertiblemente el hecho contrario afirmado o negado en la sentencia.

"b) De orden **jurídico**, o sea cuando a la prueba que existe, se le otorga un valor que le niega la ley, o se le niega el valor que le asigna la ley: es el llamado error **de derecho** en la apreciación de las pruebas, que implica siempre violación de disposiciones legales sobre pruebas, fuera de las sustantivas tocantes al fondo del negocio.

"Con ambas clases de errores, para su procedencia en casación, debe violarse la ley sustantiva sobre la acción incoada, pero no directamente sino como consecuencia de ellos, porque los errores son apenas el vehículo que lleva a la infracción. Tales errores engendran el quebranto de la ley, y no se podrá hablar de violación indirecta sin la base previa de los errores cometidos en el estudio de las pruebas. Por tanto, si el error no aparece, cuando se trate de buscar la prueba de un hecho, no podrá hablarse de violación indirecta de la ley.

"A esta forma se refiere el ordinal 1º del artículo 520: 'Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

"**Infracción Directa.**—La infracción directa hiere la ley, derechamente, 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, contra una costumbre bastante generalizada, 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 a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los tex-

tos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, párte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos. Entonces puede violarla:

"A) Por interpretación errónea, cuando no es clara; mas, los textos, si acaso fueron claros al nacer, el tiempo, las transformaciones de las costumbres y los cambios sociales y el avance de la jurisprudencia suelen enturbiarlos o hacerlos confusos o deficientes. Un notable tratadista, de vasto influjo en las novísimas corrientes del derecho, dijo que encargar a los jueces de aplicar la ley es tanto como mandarlos a interpretarla. Esta función es una de las más propicias a la disciplina mental de los jueces, al ejercicio sin límites de la investigación científica y al progreso de la doctrina.

"B) Por aplicación indebida, es decir, resolviendo con ella un caso no comprendido en ella; el intérprete la toma por la fuerza y la obliga a servir en la solución de la litis, que le es extraña.

"C) Por falta de aplicación, debiendo aplicarla, porque para esto fue dictada, porque el caso está contenido en ella. Es la más categórica violación de la ley, llamada por ello, específicamente, infracción directa. Es el caso contrario al anterior, porque en vez de invocar el texto para aplicarlo en donde no cabe, lo repele para no aplicarlo en donde sí cabe".

2.—Sucede que a juzgar por los rótulos que puso el recurrente a los cargos, se trataría de error de hecho, en el primero, y de errores de derecho, en los demás. Es decir, de infracciones indirectas de la ley, consumadas con motivo de falta de apreciación o de apreciación equivocada de unas pruebas concretas.

3.—Mas, en los cargos segundo, tercero y cuarto, qu el recurrente intitula de "errores de derecho", se abstiene de señalar las pruebas en cuya apreciación se hubiese equivocado el Tribunal, limitándose a citar si unas disposiciones legales cuyo quebranto dice haberse logrado "por indebida aplicación o errónea interpretación", de donde se sigue que los expresados cargos, en el fondo, no son a causa de errores de derecho, en su sentido específico, sino por violación directa de la ley "por indebida aplicación o interpretación errónea" de los textos que menciona. Así los considera la Sala, con criterio amplio, no sin decir que la demanda propuesta carece de orden, de claridad y precisión, ni de hacer, con esta coyuntura, algunas consideraciones tendientes a lograr un desempeño más acorde con las exigencias de la casación, en quienes se encargan de este difícil ejercicio profesional, en un país que no se ha cuidado de exigir condiciones especiales para ello.

II

4.—La demanda de casación debe ser dechado de claridad, exactitud, concreción y método, de suerte que la Corte no tenga que acometer una tarea de interpretación, ajena a la naturaleza del recurso, por suponerse aquélla formulada según la técnica que le es peculiar.

Bien está que la Corte entre a revisar, en los límites de su poder, la interpretación que el juzgador de instancia hubiese hecho de ciertas piezas del proceso, entre las cuales se destacan la demanda y el contrato, con el propsito de saber si en ello incurrió el Juez de instancia en error de hecho o de derecho. Pero, que haya de extenderse esa tarea a la propia demanda de casación, no se compadece ni con sus funciones, ni con la naturaleza del recurso, ni con la técnica del mismo. La ley no se lo manda. Por el contrario, el citado artículo 531 ordena que la demanda de casación sea precisa y clara, justamente porque de este modo puede analizar la Corte a cabalidad el recurso: sus causales, los conceptos vulnerables de la sentencia, los cargos, los motivos o razones en que se fundan éstos y los preceptos legales infringidos cuando la causal sea de violación de la ley sustantiva. Así, la Corte puede realizar su cometido sobre bases ciertas, para aclarar, conservar, ampliar, restringir,, renovar la jurisprudencia, en su función doctrinaria fundamental. De otro modo, lo que debe ser diafanidad, precisión y orden se convierte en piélago de incertidumbre, que impone a la Corte una tarea inútilmente ardua. No otra cosa produce el sinnúmero de demandas de casación ajenas completamente a las exigencias propias de esta especialidad. No hay que olvidar, por otra parte, que el opositor al recurso no tiene otra orientación, en la defensa del fallo, que la que le señale el recurrente al atacarlo, y por ello tampoco debe obligársele a un esfuerzo interpretativo que puede fallar en la calificación y evaluación de los cargos, en desmedro de su interés.

La casación es sin duda la culminación de las disciplinas forenses, y de allí que para practicar-

la no pocas legislaciones extranjeras exijan requisitos especiales de experiencia y preparación. Entre nosotros no. Tan fácil se redacta una demanda de policía o de lanzamiento de la cosa arrendada, como se formula una de casación, y lo que es más grave, numerosos profesionales no hallan óbice moral para encargarse de asuntos tocántes a un ramo que desconocen.

III

5.—La Sala pasa a referirse al segundo cargo, considerando que no es por "error de derecho", como reza su calificación inicial, sino por violación directa de la ley, como aparece del desarrollo del mismo. La Sala mira más a la sustancia de la acusación que a los términos empleados para denominarlo, y va a casar la sentencia con apoyo en el único cargo que logró flotar sobre la confusa y desordenada acusación.

Consiste en la infracción por indebida aplicación o interpretación errónea, del artículo 457 del C. J., por haber admitido a otros herederos —que no fueron parte en el primer proceso— a demandar la nulidad del segundo; y por haber sostenido que la falta de citación o emplazamiento de todos los herederos implica que la sucesión ilíquida hubiese estado mal representada en el juicio de reivindicación, y es por tanto procedente la nulidad.

La Corte considera que es fundado el cargo. El Tribunal violó por errónea interpretación, pero en ningún caso por indebida aplicación, el artículo 457 del C. J., cuyo primer inciso dice:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponerse la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia".

1º—La representación de la sucesión.

6.—Lo primero que debe elucidarse en el presente caso es el punto planteado en la sentencia, relativo a la representación de la sucesión de José Trinidad Sanjuán.

Conviene recordar que Mariana Sanjuán B., como heredera de éste, promovió a Luis Carlos Quintero, juicio de reivindicación del fundo "El Caimito", para que fuese condenado a restituírlo a la sucesión de José Trinidad Sanjuán: En dicho juicio se negó la restitución por haber prescrito el demandado el dominio de dicha finca. En el presente demandaron Angela Sanjuán de Llaín y Cristina Sanjuán B., también herederas de José Trinidad, a Luis Carlos Quintero, para que se declarase la nulidad de aquel proceso, se reconociera la propiedad del fundo a favor de la sucesión y éste fuera restituído a la misma.

Se pregunta: En lo que respecta a la parte actora, fue la misma en uno y en otro litigio?

La sentencia sostiene que si, porque la parte demandante fue en ambos la sucesión de José Trinidad Sanjuán.

La sucesión, o mejor la universalidad herencial, no sólo no es persona moral, como es de doctrina general, sino que además, carece de capacidad para ser parte en juicio.

7.—Dijo la Corte en sentencia de 31 de agosto de 1936:

"Cuando se demanda a la 'sucesión' o para 'la sucesión', la parte demandada está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o los herederos que piden para la comunidad. Por un imperativo del lenguaje se habla en uno y otro caso de 'la sucesión'; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas".

En la de 1º de abril del año en curso, no publicada aún en la Gaceta Judicial, expresó esta doctrina:

"Como es bien sabido, uno de los llamados presupuestos procesales es la capacidad para ser parte, o sea, la condición para ser sujeto de un proceso. La capacidad para ser parte en el presente caso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pues únicamente éstas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones.

"La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropiamente cuasicontrato, no es una persona jurídica. De tal manera que en estricto rigor, la comunidad como tal carece de capacidad procesal para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados.

"La comunidad puede tener un administrador nombrado de acuerdo con los artículos 16 a 27 de la ley 95 de 1890. Existiendo tal administrador, éste tiene la personería de ella, dice el artículo 22 de dicha ley. En consecuencia, el administrador tiene capacidad para comparecer en juicio en nombre de la comunidad, sea como demandante o como demandada. En realidad es más preciso

decir que el administrador de la comunidad tiene la representación judicial de los comuneros, por lo que se expuso anteriormente. Y su actuación dentro del juicio los perjudica o aprovecha a todos, vinculándolo en todos los efectos de la relación jurídico-procesal, de tal manera que el fallo que se pronuncia dentro del proceso produce cosa juzgada en favor o en contra de la comunidad.

"Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquella. La gestación procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor.

"Nuestra jurisprudencia, auncuando ha aceptado estas conclusiones, no ha sido en veces muy precisa en la concepción doctrinal del problema. Así, la Corte ha dicho que la capacidad para ser parte en el proceso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pero que esta capacidad la tiene excepcionalmente 'los patrimonios autónomos o masas de bienes que no son personas jurídicas, tales como las sociedades de hecho, la herencia, el patrimonio del concursado, la sociedad conyugal ilíquida'". (Juicio de Luisa López contra Lucas López y Milcíades Paredes).

Y en fallo de 17 de agosto de este mismo año, tampoco publicado, proferido en juicio de Honorio Rodas Jaramillo contra la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo:

"La comunidad singular surge del hecho de ser dos o más personas simultáneamente titulares, de cuotas en un mismo derecho, que puede ser personal o real y con mayor frecuencia de propiedad o dominio, caso en el cual se llama específicamente copropiedad o condominio. La comunidad herencial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante, al morir, por activa y por pasiva; por lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, sí, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

"Careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existe, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí lo tienen como sujetos de derecho que son.

"De esta suerte, demandar a la sucesión de N. N., representada por los herederos, y demandar a los herederos de N. N., como tales, directamente son formas equivalentes, representativas de una misma idea: la de que el extremo pasivo de la acción y de la relación procesal es el heredero y no la sucesión, no la comunidad universal, no el patrimonio del difunto, sino el sucesor".

8.—De estas doctrinas se sigue que ni en el primer juicio ni en el segundo demandó la sucesión de José Trinidad Sanjuán, que no es sujeto de derecho ni tiene capacidad para ser parte, sino Mariana Sanjuán B., sucesora de aquél, en el primero, y Angela y Cristina Sanjuán B., también herederos, en el segundo, y por tanto el extremo activo de aquellas relaciones procesales estuvo formado por sujetos distintos.

2º—A quiénes confiere el artículo 457 del C. J., la garantía de la nulidad?

Según doctrina repetida de la Corte, la garantía del artículo 457 del C. J., no comprende sino a quienes no sean legalmente citados o emplazados o debidamente representados, esto es, a las partes, pero en cuya citación, emplazamiento o representación no se observaron las disposiciones legales. La garantía no se explica sino por la circunstancia de que habiendo sido partes en el juicio, la sentencia va a perjudicarlos necesariamente, porque va a fundar la cosa juzgada; pero como aquellas medidas procesales o la representación en el juicio no se ajustaron a la ley, de modo que su derecho de defensa hubiese sido suficientemente efectivo, pueden ellos, después de

terminado el proceso promover la nulidad del mismo, en juicio separado, precisamente con fundamento en la causa de no haber sido legalmente citados, emplazados o representados en la litis. Por lo tanto, quienes no figuraron como partes en el proceso, no tienen esa garantía de excepción: tienen la ordinaria de no perjudicarles el fallo que fue dictado sin su audiencia (res inter alios acta...)...

Por ello la Corte ha repetido que "la nulidad por mala representación en el pleito sólo puede alegarse por la persona a quien perjudique la actuación" (Casaciones de 6 de julio de 1936, XLIII. 784; 9 de agosto y 16 de septiembre de 1943. LVI. 34 y 134; 20 de agosto de 1945. LIX. 872; 20 de noviembre de 1951. LXX. 812; 29 de febrero y 31 de marzo de 1952. LXXI. 169 y 521; y sentencia de la Sala de Negocios Generales de 21 de septiembre de 1943. LVI. 543).

Dijo La Corte en sentencia de 6 de julio de 1936:

"Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación. No su contraparte; ni siquiera sus litis consortes" (XVIII. 784).

En fallo de la Sala de Negocios Generales:

"De acuerdo con el artículo 202 del C. J., se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones; luego no puede considerarse como partes en un juicio a quienes en éste no se han admitido como tales, o no han figurado con ese carácter. De lo que se sigue claramente que como el derecho de hacer invalidar lo actuado en el caso del artículo 457 del C. J., sólo corresponde a la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o que no estuvo debidamente representada en el juicio, claro es también que quienes no han figurado como partes en él no pueden hacer dentro de ésta uso de tal derecho, menos aún si ya al juicio se le puso fin por medio de la correspondiente sentencia". (XLVII. 261).

En sentencia reciente de esta Sala, fechada el 8 de junio de este año y dictada en juicio de Enrique y Abel Guantiva Gil contra Inocencio Ospina M., y Virginia Muñoz v. de Guantiva:

"Una sentencia que ha sido dictada en un juicio entre determinadas personas no perjudica sino a los que han sido partes en ese juicio; ella no puede oponerse a terceros que no intervinieron en él: res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest. Si en el caso de este pleito se decretó la entrega de los bienes adjudicados en la sucesión, ese decreto judicial, lo mismo que la sentencia de partición y adjudicación, no perjudican a los demandantes en este juicio, puesto que éstos, según su propia afirmación, no fueron parte ni en el juicio sucesorio ni en las diligencias de entrega.

...Esta causal de nulidad no reza, en efecto, sino con las personas que, habiendo sido demandadas, no han sido citadas ni emplazadas en forma legal o no han sido debidamente representadas en el juicio. Pero, como ya se vió, en el caso de este pleito no se trata de que los actores no hubieran sido citados o emplazados o hubieran sido mal representados en las actuaciones judiciales cuya nulidad piden, sino de que no fueron parte en ellas".

Por tanto, de acuerdo con esta reiterada jurisprudencia, Angela Sanjuán de Llaín y Cristina Sanjuán B., que no fueron partes en la controversia de reivindicación, no podían pedir la nulidad del juicio, con apoyo en el artículo 457 del C. J., sencillamente porque el fallo proferido en aquel juicio no podía oponérseles.

De consiguiente, al admitirlas el fallo recurrido a demandar la nulidad y al declarar ésta, invocando el artículo 457 del C. J., considerando que en ambos juicios la parte actora es la misma, o sea la sucesión, la sentencia violó, por haberlo interpretado erróneamente, el precepto antes citado.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio ordinario de Angela Sanjuán de Llaín y Cristina Sanjuán de Barbosa contra

Luis Carlos Quintero o Luis Clavijo, y en su lugar resuelve:

Primero.—Confírmase la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado del Circuito de Ocaña con fecha once (11) de mayo de mil novecientos cincuenta, y en consecuencia se absuelve al demandado Luis Carlos Quintero o Luis Clavijo de los cargos formulados en la demanda.

Segundo.—No hay costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CASACION POR HABER INTERPRETADO EL TRIBUNAL EN FORMA ERRONEA UNA DISPOSICION TESTAMENTARIA

El desacierto en el sentido que se le dé a la cláusula de un contrato de un acto testamentario, es un error de hecho. Por eso, para acusar en casación una sentencia por haber interpretado erróneamente una disposición testamentaria o una cláusula contractual, el cargo debe formularse con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y para que él prospere, es necesario que el error sea manifiesto o evidente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veinticuatro de septiembre de mill novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

La señora Encarnación Uribe v. de Bravo, falleció en Medellín, su último domicilio, el 18 de mayo de 1948, habiendo otorgado testamento cerrado el 1º de agosto de 1942, acto en el cual declaró, y así aparece acreditado en el juicio de sucesión abierto ante el Juez 5º Civil de aquel circuito, que en su matrimonio con el señor Carlos Bravo, ya fallecido, había tenido cuatro hijos: Angela, Emilia, María y Carlos.

Practicados los inventarios el 3 de septiembre de 1948, se hizo figurar como activo, lo siguiente:

Una casa en Medellín, avaluada en	$ 165.000
Un crédito a cargo del heredero Carlos Bravo U.	12.000
Total	$ 177.000

Hecha la partición de bienes, un cesionario de los derechos de Carlos, el señor Tulio Gutiérrez Gómez, la objetó; el Juez declaró infundadas las objeciones y aprobó el trabajo del partidor por medio del fallo de agosto 19 de 1953, que fue confirmado por el Tribunal Superior de Medellín el 14 de octubre del mismo año.

Contra la providencia de segunda instancia, interpuso el objetante de la partición el recurso que la Corte procede a decidir hoy, mediante las consideraciones que siguen:

Cuestión discutida:

En la cláusula tercera de su testamento de 1942, la causante declaró que había dado ya a su hijo Carlos doce mil pesos ($ 12.000) "como anticipo de su herencia", hecho corroborado por el propio heredero en documento suscrito el 31 de julio de ese año (f. 1 del cuaderno 6).

La testadora asignó a sus tres hijas toda la cuarta de mejoras, como también el remanente de la de libre disposición, una vez deducidas otras asignaciones.

Vale advertir de una vez, que cuando el cesionario quejoso adquirió el derecho del heredero Carlos Bravo Uribe en septiembre 3 de 1948, el testamento de la señora Encarnación Uribe v. de Bravo ya se había abierto y el juicio de sucesión estaba adelantándose, de manera que el recurrente conocía aquel acto.

Ahora bien, el partidor para hacer las adjudicaciones, efectuó previamente una liquidación que se ajusta fielmente a la ley y al testamento, si éste se interpreta como lo entendieron el mismo partidor, el Juez y el Tribunal; o el trabajo de que se trata no debía aprobarse y la sentencia recurrida tendría que ser infirmada si el sentido de la disposición testamentaria fuera el que le da el recurrente.

Todo se reduce pues, a la interpretación de la aludida cláusula, que reza:

"Tercera.—A mi hijo Carlos le di ya la cantidad de doce mil pesos ($ 12.000) por razón de obligaciones a cuyo pago fue preciso atender, como anticipo de su herencia, quedando convenido con él en que no se recibiría más, ni se le cobrarán intereses, y por este motivo dispongo en favor de otros de la cuarta de mejoras y de la de libre disposición, y que a mi citado hijo no le toque sino lo que le corresponde por su legítima rigurosa; pero si por ésta no le tocare los doce mil pesos ($ 12.000) citados, lo que le falta para com-

pletarlos se imputará, por partes iguales, a la cuarta de mejoras y a la cuarta de libre disposición, porque es mi voluntad que él no tenga que devolver nada de los doce mil pesos entregados".

Con base en el activo de $ 177.000 atrás mencionado, el partidor hizo la siguiente liquidación:

Vale la mitad legitimaria .. .. ..$	88.500.00
Vale la cuarta de mejoras	44.250.00
Vale la cuarta de libre disposición	44.250.00
Vale la legítima rigorosa de cada hijo ... ...$	22.125.00

"Al legitimario señor Carlos A. Bravo, o mejor dicho al derecho de su subrogatario señor Tulio Gutiérrez Gómez, se le imputa a la legítima rigorosa que por la ley le corresponde, la donación irrevocable o anticipo a la legítima rigorosa, de doce mil pesos, hecho en vida por la causante; haciéndolo se le resta, para completar la legítima rigorosa de Veintidós mil ciento veinticinco pesos ($ 22.125.00) a que tiene derecho, la suma de diez mil ciento veinticinco pesos ($ 10.125.00) suma esta que le corresponde al subrogatario señor Tulio Gutiérrez Gómez.

"A las hijas legítimas de la causante señoras Angela Bravo de Bernal, Emilia Bravo de Saravia y María Bravo de Gómez o mejor dicho a la subrogatoria de los derechos de ésta última, señora Oracia Gutiérrez v. de Cadavid, les corresponde a cada una las siguientes cantidades:

"Por su legítima rigorosa a c/u. ..$	22.125.00
Por la cuarta de mejoras a c/u. ...	14.750.00
Por lo que les corresponde de la cuarta de libre disposición c/u.	1.843.75
Suma la legítima efectiva de c/u.	38.718.75

"Así, la legítima efectiva de cada una de las señoras Angela Bravo de Bernal, Emilia Bravo de Saravia y la subrogataria señora Oracia Gutiérrez v. de Cadavid, vale treinta y ocho mil setecientos diez y ocho pesos con setenta y cinco centavos.

A la heredera testamentaria señora Elvira Gutiérrez de Bravo, según la voluntad de la testadora, expresada en la cláusula séptima del testamento, le corresponde de la cuarta de libre disposición, igual cantidad a la que les correspondía por legítima efectiva a cada una de las señoras Angela Bravo de Bernal, Emilia Bravo de Saravia y a la subrogatoria señora Oracia Gutiérrez v. de Cadavid, o sea la suma de treinta y ocho mil setecientos diez y ocho pesos con setenta y cinco centavos. ($ 38.718.75).

Apreciación del recurrente.—Acusación. —Cargo único

"Incurrió el Tribunal sentenciador en infracción de los artículos 1127, 1255, 1256, 1261 y 1243 del C. C., y el 23 de la Ley 45 de 1936.

"A tal violación llegó por vía indirecta. Porque al confirmar la sentencia aprobatoria de la partición, acogió en un todo tal trabajo que menoscaba y reduce enormemente la cuantía de la hijuela del heredero Carlos A. Bravo Uribe, con notable detrimento de los derechos de su cesionario señor Tulio Gutiérrez Gómez. Al estimar el Tribunal que a la cláusula tercera del testamento de doña Encarnación Uribe de Bravo "se ciñó de manera estricta el partidor en su trabajo", coincidió con el partidor en la equivocada interpretación que éste hizo de la aludida cláusula, errado proceder que lo condujo a desechar la objeción y a aprobar el trabajo con aplicación indebida de los preceptos cuyo quebrantamiento señalo".

Y después de discriminar la liquidación hecha por el partidor, que aritméticamente resulta exacta, al desarrollar el cargo agrega:

"En suma el partidor estimó que los $ 12.000 que en vida dió la causante por deudas de su hijo Carlos A. Bravo Uribe fueron un anticipo a la legítima rigorosa de éste y por eso los computó al pago de la porción legitimaria del mismo. En lo cual lo ha respaldado el Tribunal cuando dice:

'Luego menos razón habrá entonces para participar en la cuarta de mejoras y de libre disposición en casos como el presente, en que la rigorosa es, con mucho, superior a lo donado y la causante, señora Uribe de Bravo dispuso de ellas en favor de otros legitimarios porque no estuvo en su voluntad mejorar a su hijo, el señor Bravo, nombrado'.

"Pero no es exacto que la testadora dé a entender que los $ 12.000 hubieran sido un anticipo a la legítima rigorosa de Carlos. Lo que la testadora dice es que le dio ya $ 12.000 como anticipo de su herencia. Veámoslo:

"Tercera.—A mi hijo Carlos di ya la cantidad de doce mil pesos por razón de obligaciones a cuyo pago fue preciso atender, como anticipo de su herencia, quedando convenido con él en que no recibiría más, ni se le cobrarán intereses, y por este motivo dispongo en favor de otros de la cuar-

ta de mejoras y de la de libre disposición, y que a mi citado hijo no le toque sino lo que le corresponde por su legítima rigorosa...." (Subrayo) (Fl. 4 v., Cuad. principal).

"Dar una suma como anticipo de la herencia no es darla como anticipo de la legítima rigorosa. Porque la herencia abarca el derecho que tiene el heredero sobre la universalidad de bienes sucesorales, comprensiva de la mitad legitimaria y de las cuartas de mejoras y de libre disposición (arts. 1011, 1013 y 1155 del C. C.), al paso que la legítima rigorosa es sólo la parte que cabe a cada legitimario sobre la mitad de esos bienes (art. 23 de la Ley 45 de 1936).

"De suerte que el partidor alteró la sustancia de la disposición testamentaria reduciendo el abono de los $ 12.000 a los estrechos límites de la legítima rigorosa, cuando la diáfana intención de la testadora fue descontarlos de la herencia, es decir, del derecho que le pudiera caber a don Carlos sobre la universalidad del conjunto de bienes sucesorales".

Como se ve, sirve de eje al debate en este recurso la cláusula tercera del testamento de que se trata, cuya interpretación por el Tribunal es atacada por el recurrente; es decir que, en concepto de éste, el fallador se equivocó, o sea, incurrió en un error que, de existir, sería de hecho, pues a esa especie pertenece el desacierto en el sentido que se le dé a la cláusula de un contrato o de un acto testamentario.

Ahora bien, para que un recurso de casación pueda prosperar por ese extremo se requieren dos condiciones: que el error exista y que sea manifiesto o evidente.

En el presente caso no ocurre nada de eso: al contrario: basta leer los pasajes transcritos para convencerse de que quien ha incurrido en un error manifiesto es el recurrente, pues reconociendo que la testadora sí le hizo el anticipo de $ 12.000 a su hijo Carlos, dice que no fue a cuenta de legítima rigorosa sino de «su herencia»; y que el anticipo se refería a la porción correspondiente en la cuarta de mejoras.

Pero es que al desarrollar el cargo no reproduce sino la primera parte de la disposición testamentaria, y recorta la última que aclara suficientemente el pensamiento de la testadora. Leyendo la cláusula completa se observa que la aludida quiso que, contando la expresada suma, si no alcanzaba a acubrir la legítima rigorosa, se le completara (como se le completó) cubriendo el déficit, pero nada más, agregando: "por este motivo dispongo en favor de otros de la cuarta de mejoras y de la libre disposición, y que a mi citado hijo no le toque sino lo que le corresponde por su legítima rigurosa". En cambio, si ésta fuera inferior a dicha suma "es mi voluntad que no tenga que devolver nada de los doce mil pesos ($ 12.000) entregados".

Se ve sin lugar a duda que el anticipo se hizo precisamente a cuenta de la legítima rigorosa, que es herencia aunque no lo crea el recurrente.

Y la disposición en tal forma no solamente es clara, sino que se ajusta a las previsiones legales consignadas en los artículos 1243, 1247, 1251 y 1256 del Código Civil, que dicen:

"1243.—Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que según el artículo 1234 se hagan a la porción conyugal".

"1247.—Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítima no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes, con preferencia a toda otra inversión".

"1251.—Si lo que se ha dado o se da en razón d legítima excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse por partes iguales entre los legitimarios, pero con exclusión del cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236, inciso 2º".

"1256.—Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora".

Por eso la Corte, en fallo de 28 de noviembre de 1941, dijo:

'Quien debe una legítima puede anticiparla a uno o más de sus legitimarios y cuando esto suceda se procede como corresponde según el art. 1243 del C. C., y siguientes, esto es, no invalidándola, sino trayéndola a colación. Además, en su caso, habrá que demostrar que ha sido tan excesiva que menoscaba las legítimas rigorosas de uno o más de los legitimarios restantes, a fin de que éstas se completen". (Casación, 28 noviembre 1941, LII 784).

En mérito de las consideraciones que preceden

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el 14 de octubre de 1953, en el juicio de sucesión de Encarnación Uribe de Bravo.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO ES EL CASO DE DECLARAR LA FALTA DE DEMANDA LEGALMENTE ADMISIBLE CUANDO, AUNQUE EN APARIENCIA SE HAYAN EJERCIDO SIMULTANEAMENTE LA ACCION DE SIMULACION Y LA DE NULIDAD DE UN MISMO CONTRATO SOLEMNE, LA ACTUACION PROCESAL DEMUESTRA QUE LA SEGUNDA SE PROPUSO COMO SUBSIDIARIA

1—Aunque es indudable que la acción de nulidad de la compraventa de inmuebles por no estar debidamente formalizada la escritura pública en que necesariamente debe aparecer, y la acción de simulación del mismo contrato, son incompatibles, y que por lo mismo no pueden ejercerse a un tiempo, si no es en forma subsidiaria o condicional; si en concreto la actuación judicial demuestra que la acción primordialmente ejercida, de acuerdo con los hechos generadores y con las probanzas, es la de simulación de una serie de negocios jurídicos, sería de extremo rigor, en mengua de la economía procesal, el considerar que un escrito complementario de la demanda alcanzara a desvirtuarla en su intención y fundamentos, cuando aparece a las claras que su autor buscaba apenas un remedio complementario, esto es para el evento de que no prosperara la súplica principal por simulación y declarar en tal evento probada la impropiamente denominada excepción temporal de petición de modo indebido.

2—Cuando no hay demanda legalmente admisible porque se acumularon de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del Código Judicial, no es el caso de declarar probadas una excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, porque lo que en tal evento ocurre es la falta de un presupuesto del proceso, y el medio exceptivo, por el contrario, supone la acción deducida en juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente doctor José Hernández Arbeláez)

El 27 de abril de 1931, por escritura pública 781 otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, **Luis F. Cediel** expresó vender a **Rosa Cediel** dos casas y un tejar ubicados en la ciudad de Tunja. En la Cláusula tercera se lee:

"Que los referidos tres inmuebles fueron comprados por el exponente con el valor de su constante trabajo y sus ahorros hechos durante doce años que hace que su esposa Irene Bastidas lo abandonó para ir a vivir con otro hombre que fue de su gusto, declaración que hace expresamente el exponente para que su referida esposa no tenga derecho de reclamo en ninguna ocasión referente al precio de esta venta, el cual recibe para sostenerse durante el resto de su vida, por ser de edad avanzada y estar impedido para continuar en el trabajo".

No aparece que Luis F. Cediel se desapoderara materialmente de aquellos bienes en ejecución de la compraventa, y está incontrovertido el hecho de que posee la casa número 4-86 de la Avenida Colón, que junto con la número 1-55 de la carrera 5ª, ambas de Tunja, y el tejar, formaron el objeto de la dicha contratación celebrada el 27 de abril de 1931.

Diez y nueve años más tarde, en 15 de mayo de 1950, por escritura 1626 otorgada también en la Notaría 1ª de Bogotá, **Rosa Cediel** manifestó vender a su sobrino **Arturo Fonseca Cediel** las dos casas que figuraron en la escritura 781. Y poco tiempo después, el 13 de julio de 1950, **Arturo Fonseca Cediel**, por escritura 968 de la Notaría 2ª de Tunja, dijo vender a su hermano **Juan Fonseca Cediel** una de las dos casas en referencia: la situada en la Avenida Colón.

Luis F. Cediel instauró la demanda inicial del presente juicio contra Rosa Cediel, Arturo Fonseca Cediel y Juan Fonseca Cediel, con la intención que se desprende nítidamente de los hechos aducidos, de pedir la declaratoria de inexistencia, por simulación, de los contratos de compraventa a que aluden las citadas escrituras 981, 1526 y

968, no obstante la inapropiada técnica de las súplicas hechas en el libelo, explicable por la circunstancia de que no siempre se han fijado con exactitud las diferencias entre la simulación y la nulidad de los negocios jurídicos.

El apoderado del demandante, en memorial ulterior, dijo aclarar, adicionar y corregir la primitiva demanda, para que además de las peticiones iniciales se declarara la invalidez de las escrituras 1626 y 968 y, como consecuencia, la nulidad absoluta de las compraventas a que se refiere, por cuanto —se alega— los testigos instrumentales no estuvieron presentes a tiempo de ser leídas las escrituras a los otorgantes, las que tampoco fueron firmadas en un solo acto

Rosa Cediel reconoció la simulación del contrato y no discutió las súplicas del libelo, mientras que los Fonseca demandados se opusieron, negaron los hechos, y Juan reivindicó, en recovención, la casa de la Avenida Colón poseída por el actor principal Luis F. Cediel y que le vendiera al propio Juan su codemandado Arturo Fonseca Cediel.

Tramitada la primera instancia, el Juez 2º del Circuito de Tunja con fecha 25 de octubre de 1951 resolvió declarar íntegramente simulado el contrato entre Luis F. Cediel y Rosa Cediel, y absolutamente nulas las escrituras de venta, de Rosa Cediel a Arturo Fonseca Cediel, y de este último a Juan Fonseca Cediel, por considerarlas ficticias el Juez del conocimiento.

En sentencia del 30 de mayo de 1952 el Tribunal Superior declaró la simulación absoluta del contrato celebrado por Luis F. Cediel con Rosa Cediel: halló probada la que llama "excepción temporal o de forma, de petición de un modo indebido'" en lo tocante a las acciones incoadas contra Arturo Fonseca y Juan Fonseca; y desestimó la demanda de reconvención.

Contra este fallo ambas partes interpusieron recurso de casación, y el estudio de los cargos se hará dentro del orden lógico indicado por las materias sobre que versan, y no por la circunstancia de que aparezcan en una u otra de las demandas. Sin embargo, en cada caso será señalada la parte que formula la acusación.

Los demandados recurrentes, con base en la causal 1ª de casación, tachan la sentencia como violatoria de los artículos 1602, 1603, 1857, 1859, 1765, 1766, 946, 665, 947, 948, 950; 952 y 961 del Código Civil por dos aspectos: 1) respecto a la simulación declarada, del contrato entre Luis F. Cediel y Rosa Cediel: 2) por haber sido desestimada la demanda reivindicatoria propuesta en reconvención por Juan Fonseca Cediel. Por ahora se estudia el primer aspecto, y se aplaza para más adelante el segundo.

Consiste el primer reparo en sostener que como en el presente juicio la parte demandada se integra por tres personas, no bastaba que Rosa Cediel admitiera los hechos de la demanda para entender la existencia de confesión judicial sobre los puntos debatidos por los Fonseca Cediel, quienes impugnaron las súplicas del libelo en su carácter de demandados y con el interés jurídico consecuencial a la circunstancia de aparecer como ulteriores adquirentes de los bienes que figuran como objeto del contrato celebrado entre Luis F. Cediel y Rosa Cediel, cuya ineficacia jurídica, por simulación, ha sido materia de la litis. Tanto más, cuanto que Juan Fonseca Cediel no sólo se opuso, sino que reconvino en reivindicación de la casa que comprara al codemandado Arturo Fonseca Cediel.

Agrega que por ello, y por no haberse demostrado la existencia de pacto secreto prevaleciente, "desde luego que la demandada Ana Rosa Cediel D., conforme a los hechos 6º a 18 de la demanda, a lo dicho por esta misma en su escrito de contestación a la demanda principal y a la carta que le dirigiera su hermano Luis F. Cediel, especialmente en su párrafo final y que obra al folio 24 a 24 v., del cuaderno principal, habría dado cumplimiento a esta convención oculta", no tuvo el sentenciador base apta para declarar simulado el contrato que aparece en la escritura 781 de 27 de abril de 1931. Notaría 1ª de Bogotá, "por sustracción de materia, desde que la demandada Ana Rosa Cediel D., ya había cumplido a cabalidad lo acordado secretamente con Luis F., no siendo lógico entonces que se le pida a la justicia haga cumplir un pacto secreto, cumplido ya desde antes de la presentación de la demanda" —dice el recurrente—.

No sin antes alegar confabulación entre Luis F. y Rosa Cediel, el representante en casación de los Fonseca Cediel desprende de los expresados argumentos error del Tribunal por tener como confesión de parte y darle el valor de plena prueba al reconocimiento de los hechos conforme a las declaraciones de Rosa Cediel, con lo cual dice que fueron violados los artículos 593, 597, 601, 604, 605, 606 y 607 del Código Judicial, aparte de los artículos 1602, 1603, 1857, 1859, 1766 y 1765 del Código Civil.

Se considera:

Dentro de los límites generales marcados por el orden público y las buenas costumbres en que se mueve la libertad de contratación, prevalece entre las partes la voluntad real sobre la declaración hecha en la escritura pública, sin perjuicio de los intereses de terceras personas. La eficacia de los pactos secretos se encuentra, en efecto, reconocida así por el artículo 1766 del Código Civil, cuando expresa que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros".

Esta norma se encuentra en estrecha relación con el artículo 1602, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, cuando le da el significado de ley a todo contrato válido; así como también aquella misma norma se halla en íntimo contacto con el artículo 1501 cuando define como cosas de la esencia de un contrato aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Porque sí quedan protegidos los legítimos intereses de terceros y los de la sociedad en general, del propio modo que las buenas costumbres y el orden público, lo demás queda dentro del campo de lo lícito y de lo atañedero exclusivamente al interés privado, en que por derecho propio impera la libertad de los particulares, que se entienden ser, con razón, los mejores guardianes de su propio patrimonio.

Entonces, si lo pactado no se conforma exactamente con la nomenclatura legal acerca de los diversos tipos de contratos y con sus elementos característicos, se salva la autonomía de la voluntad al darle a la convención eficacia jurídica en la figura de un contrato diferente, que puede ser innominado. O bien, se le concede entre las partes eficacia a la voluntad real, aunque para ellas no pueda existir en derecho el contrato declarado en la escritura, por faltarle, a sabiendas, alguno o algunos de los elementos que serían de su esencia, si el contrato ostensible ante terceros, en realidad hubiera sido el que los contratantes pretendieran celebrar.

Si, en consecuencia, Rosa Cediel ha reconocido judicialmente en este proceso la simulación del contrato de compraventa con Luis F. Cediel según la escritura 781 de 27 de abril de 1931, extendida ante el Notario 1º de Bogotá, no hay duda de que entre las partes el título traslaticio de dominio sobre los bienes que allí se relacionan, no llegó nunca a configurarse. Para los contratantes no hubo mutación alguna en el patrimonio de Luis F. Cediel, sino sólo el encargo fiduciario constituído a través del ostensible traspaso, conducente a que las dos casas y el tejar quedasen al abrigo de cualquiera controversia promovida por la esposa que abandonara el hogar desde largos años atrás.

El mérito plenamente probatorio de la confesión de Rosa Cediel, se hace indiscutible como reconocimiento de quien fue parte en el contrato, y porque su testimonio se encuentra corroborado por varias otras constancias procesales y, primeramente, porque Luis F. Cediel no se desapoderó de los bienes que en la escritura decía traspasar a su hermana y mantuvo su disfrute en los hechos durante diez y nueve años, esto es por todo el tiempo en que duró el encargo fiduciario conferido a Rosa Cediel.

Además, en armonía con esa confesión se encuentra el texto de la carta dirigida desde Tunja a Bogotá en 12 de mayo de 1950 por Luis F. Cediel a Rosa Cediel, con instrucciones de **devolverle la escritura de confianza** en la persona de su sobrino de ambos, Arturo Fonseca Cediel, Carta donde se lee:

"Hermanita: si por algún caso no te pudieras venir, me haces el favor y me le haces la escritura de las dos casitas a Arturo que va recomendado para recibirlas en mi nombre porque le tengo confianza y así hemos convenido con él para que me las devuelva aquí. Yo no puedo ir por mi salud pero así todo quedará arreglado". Lo cual se confirma con el testimonio del Presbítero doctor Saturnino Bayona cuando dice:

"Es verdad que yo me encontraba con el señor Ignacio Peña Jiménez en la casa de habitación del señor Luis Cediel el 12 de mayo de 1950 como a eso de las tres de la tarde, a donde habíamos ido a solicitud de un negocio y presencié que en esos precisos momentos el señor Luis Cediel acababa de recibir el propio de una carta de un señor Romero cuya lectura le tenía muy preocupado, pues en ella decía que la señorita Rosa Cediel Daza estaba con muy pocas esperanzas de vida y lo mandaba a llamar para que fuera a Bogotá a donde estaba ella a recibir las escrituras de sus dos casas de Tunja, yo, le insinué que se fuera él inmediatamente, pues el asunto urgía, pero como don Luis Cediel tenía un ataque de infección pulmonar resolvió que mandara a su sobrino Arturo Fonseca Cediel en quien ponía su confianza, y en efecto lo mandó llamar; como al cuarto de hora vino y don Luis Cediel empezó a

darle instrucciones para que fuera a Bogotá, recibiera la escritura de las dos casas que su hermana tenía en confianza y viniera y le devolviera él (Arturo) la firma, y le rogó, por encontrarse don Luis en grave imposibilidad, que le hiciera el servicio con la mayor prontitud. Ví que le entregó una carta para la señorita Rosa Cediel y otra para otro señor de Bogotá, y lo mandó que al día siguiente muy temprano viniera por el dinero para el transporte, y presencié que le dió las instrucciones del caso para que las escrituras que iba a recibir las trajera inmediatamente para el Registro".

Con este testimonio concuerda en lo sustancial la declaración rendida por Felisa Albarracín, y principalmente la de Ignacio Peña Jiménez, a quien cita el Presbítero doctor Bayona.

Sucede así que el primitivo encargo fiduciario confiado durante diez y nueve años por Luis F. Cediel a Rosa Cediel quedó sustituído con uno nuevo por consecuencia del mal estado de salud de ambos hermanos: el sobrino Arturo Fonseca Cediel debía recibir el aparente traspaso del dominio sobre las dos casas en Tunja, pertenecientes a Luis F. Cediel. Recibido el encargo en 12 de mayo de 1950, tres días más tarde se extendió la escritura 1626 ante el Notario 1º de Bogotá, en que por precio de $ 6.000 para los dos inmuebles, aparecen vendidos por Rosa Cediel a Arturo Fonseca Cediel.

Está admitido por las partes el hecho del cercano parentesco de consanguinidad entre quienes figuran como enajenantes y adquirentes en la serie de escrituras que aquí se examina: Luis F. y Rosa Cediel, hermanos y a la vez tíos de los Fonseca Cediel. Arturo y Juan, hermanos y a la vez sobrinos de Luis F. y Rosa. Por otra parte, está reconocido por los propios Fonseca Cediel que en un tiempo vivieron bajo la protección y al amparo del mismo techo de su tío Luis F. Cediel. No podían ignorar entonces la verdad en cuanto al carácter de dueño de su tío Luis F., sobre las dos casas ubicadas en Tunja, ni hechos de fundamental trascendencia en la vida familiar, como el traspaso simulado de bienes para eludir conflictos de intereses con la esposa que abandonara el hogar; como la grave enfermedad de su tía Rosa y la delicada salud de su tío Luis F., como circunstancias concurrentes para provocar el nuevo depósito de confianza a que fue llamado Arturo Fonseca Cediel. Ni Arturo, ni Juan Fonseca Cediel ignoraban tampoco que su tío Luis F. no se había desprendido nunca de la posesión material de aquellas casas. Y en cuanto a Juan, concretamente, no sólo no podía ignorar aquella circunstancia posesoria, sino que la afirma en su demanda de reconvención por lo que toca a la casa que pretende haber comprado a su hermano Arturo, dos meses después de que este último recibiera de su tío aquel encargo de confianza. Bien sabía Juan que la escritura de venta aparente, número 968 de 13 de julio de 1950, extendida en la Notaría 2ª de Tunja, no era título para justificar la transferencia de un derecho de dominio que no había ingresado en realidad al patrimonio de su aparente vendedor. Por ello, la simulación en cadena que hubo de formarse, afecta a Juan como coautor del negocio jurídico subordinado, a sabiendas de sus antecedentes dentro del ámbito familiar.

Se alega, pero no se demuestra, confabulación entre los tíos para perjudicar los intereses de los sobrinos. Antes bien, es inverosímil que tal connivencia pudiese durar por diez y nueve años consecutivos, que fue el tiempo en que Rosa mantuvo el encargo fiduciario conferido por Luis F. Cediel, quien a la vez aparece como protector de esos mismos sobrinos, mientras ellos no alcanzaron a establecerse como empleados públicos modestos, sin suficiente margen de ahorro que les permitiera adquirir realmente aquellos inmuebles de regular valor.

Por lo demás, no puede pasarse inadvertido el hecho de que el precio de $ 6.000 señalado a los inmuebles en el traspaso de Rosa Cediel a Arturo Fonseca Cediel no guarda razonable proporción con la realidad, puesto que para uno solo de esos bienes, y apenas dos meses más tarde, se le da el de $ 10.000 en el aparente traspaso a Juan Fonseca Cediel.

Aunque quizás la parte actora en el juicio habría podido allegar pruebas aún más categóricas sobre los hechos fundamentales de su demanda, es lo cierto que todos los elementos de juicio aportados al debate tienen fuerza bastante para producir convicción acerca de la presencia de una cadena de actos simulados entre consaguíneos, a sabiendas de todas esas mismas personas.

Por lo cual, si el sentenciador declaró la simulación del contrato consignado en la escritura 187, extendida en la Notaría 1ª de Bogotá el 27 de abril de 1931, su juicio al respecto no es violatorio de ninguna de las normas citadas en esta primera acusación, y el cargo no puede prosperar..

Con fundamento en la causal 1ª de casación, el

apoderado del demandante recurrente sostiene que al declarar probada la excepción temporal o de forma, de petición de un modo indebido, el sentenciador violó el artículo 209 del Código Judicial, y con él, los artículos 1741, 1857, 2586 y 2595 del Código Civil.

Alega que como las súplicas de la demanda inicial están encaminadas a que se declarara la inexistencia, por simulación, de los contratos sobre que versan las escrituras 781, 1626 y 968, y en el memorial ulterior que dijo aclarar, adicionar y corregir el primitivo libelo, se pide la nulidad de las escrituras 1626 y 968 por no haberse cumplido con el pago de cargas fiscales y no estar presentes los testigos en el acto de su otorgamiento, no puede entenderse, como lo entendió el Tribunal para encontrar probada aquella excepción, que las acciones sean contrarias e incompatibles entre sí, puesto que persiguen la misma finalidad conducente a la declaración de inexistencia de tales contratos de compraventa. De donde desprende que fueron violadas las referidas normas.

Se considera:

En conformidad con el rigor de los principios es indudable que la acción de nulidad de la compraventa de inmuebles por no estar debidamente formalizada la escritura pública en que necesariamente debe aparecer, y la acción sobre simulación del mismo contrato son incompatibles, y que por lo mismo no pueden ejercitarse a un tiempo, si no es en forma subsidiaria o condicional. La simulación, en efecto, supone plenamente llenados los requisitos de forma, pero sin la voluntad real inter partes de dar nacimiento al negocio jurídico ostensible, que apenas es querido como medio para ocultar la operación verdaderamente celebrada. En tanto que la nulidad consecuencial a la falta de las solemnidades requeridas para la formación misma del negocio jurídico, presupone en las partes la realidad y seriedad de su consentimiento encaminado a darle vida, y que se frustra, contra su querer, porque llegue a faltar aquel requisito esencial.

Pero si en concreto la actuación judicial demuestra que la acción primordialmente ejercida, de acuerdo con los hechos generadores y con las probanzas, es la de simulación de una serie de negocios jurídicos, sería de extremo rigor, en mengua de la economía procesal, el considerar que un escrito complementario de la demanda, alcanzara a desvirtuarla en su intención y fundamentos, cuando aparece a las claras que su autor buscaba sólo apenas un remedio complementario, esto es para el evento de que no prosperara la súplica principal por simulación. Este examen conduce a admitir que no obstante cualquiera deficiencia técnica, no se predica en el presente juicio la falta de demanda legalmente admisible, como requisito básico de los presupuestos procesales, y que no era el caso de encontrar probada, como la halló el sentenciador, la que impropiamente es denominada excepción temporal de petición de modo indebido, cuando en realidad, como viene dicho, sería la falta de un presupuesto del proceso y no medio exceptivo, que supone la acción deducida en juicio.

Dijo la Corte en sentencia de casación proferida el 12 de agosto de 1948 (G. J. T. LXIV —2064/2065—, pág. 706, 2ª):

"Cabe advertir que la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del Código Judicial, la secuela del juicio con la claridad que arrojen las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar, con olvido de la economía procesal, sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ellos se empieza por suponer la posibilidad legal de aquella solución".

El cargo, en consecuencia, se halla fundado y basta para la casación del fallo, por lo cual no es el caso de considerar las causales restantes (Artículos 538 del Código Judicial).

En el examen del primer cargo se esclarecieron los elementos de prueba que en el proceso conducen a la convicción de que existe una cadena de actos jurídicos simulados entre consanguíneos, de tal manera que ninguna de esas personas y, en concreto, Juan Fonseca Cediel puede quedar colocado en la postura de tercero a quien la declaratoria de simulación no pudiera afectar.

Las dos casas ubicadas en la ciudad de Tunja que fueron objeto de encargo fiduciario conferido primeramente a Rosa Cediel por espacio de diez y nueve años, y en segundo término a Arturo Fonseca Cediel, no han salido del patrimonio de Luis F. Cediel por lo que hace a las relaciones

de quienes han intervenido como partes en las citadas escrituras 781 de 27 de abril de 1931, Notaría 1ª de Bogotá, 1626 de 15 de mayo de 1950, Notaría 1ª de Bogotá y 968 de 13 de julio de 1950, Notaría 2ª de Tunja. Y como se ha demandado y probada la simulación de tales actos, el encargo fiduciario de que se trata no puede subsistir.

Surge también por modo claro que como no está acreditado el dominio del actor en reconvención, su demanda no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha 30 de mayo de 1952, y en su lugar

Resuelve:

1º—Es absolutamente simulado el contrato entre Luis F. Cediel y Rosa o Ana Rosa Cediel, que consta por escritura pública número setecientos ochenta y uno (781) de veintisiete (27) de abril de mil novecientos treinta y uno (1931), otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, por la cual el primero dijo vender a la segunda los siguientes bienes:

"a)—Una casa de rafa y teja, con su sitio y solar, ubicada en el Barrio de Santa Bárbara de la ciudad de Tunja, y alinderada así: Por el Oriente, con propiedad de Nicolás Bastidas; por el Norte, con propiedad de la señora Rosalía v. de Neira y la señorita Ana Julia Neira, y herederos de la señora Ana Rita Neira de Rojas; por el Occidente, con propiedades de los mismos herederos de la señora Ana Rita Neira de Rojas, y carrera de por medio, con propiedad del señor Fernando Celi y de la señora Jesús Munévar v. de Prías; y por el Sur, con solar del señor Luis Niño, y encierra; y b) Otra casa de rafa y teja con su sitio y solar ubicada en el mismo Barrio de Santa Bárbara de la dicha ciudad de Tunja, que linda así: Por el Sur, con calle pública, por el Occidente, con lotes de terreno de Fernando Valbuena y Tito Alvarez; por el Oriente, con lotes de terreno de Ramón Correa y Florentino Parra; y por el Norte, con propiedades de Justiniano Herrera y Antonio Prieto, y encierra".

2º—Es absolutamente simulado el contrato entre Rosa Cediel D. y Arturo Fonseca Cediel, que consta en la escritura número un mil seiscientos veintiséis (1626) de quince (15) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950), otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, por la cual la primera dijo vender al segundo las dos casas determinadas en los literales a) y b) del punto que inmediatamente antecede.

3º—Es absolutamente simulado el contrato entre Arturo o Carlos Arturo Fonseca Cediel y Juan Fonseca Cediel, que consta en la escritura pública número novecientos sesenta y ocho (968) de trece (13) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), otorgada en la Notaría Segunda de Tunja, por la cual el primero dijo vender al segundo la casa determinada en el literal a) del punto 1º resolutivo del presente fallo.

4º—Desestímase la demanda de reconvención.

5º—Anótese la presente sentencia en la oficina de Registro de Tunja.

6º—Sin costas en las instancias. Costas del recurso de casación a cargo de la parte demandada recurrente.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez. — José Hernández Arbeláez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PRUEBA DE LA ALTERACION QUE LAS PARTES HAN REALIZADO DE LO CONVENIDO EN CONTRATO SOLEMNE

1—Es legalmente inconducente la prueba testimonial para comprobar las alteraciones que los contratantes han hecho de lo convenido en un contrato solemne, de valor de quinientos pesos o más.

2—Cuando en un contrato se ha estipulado que algo se deberá "una vez que se haya realizado determ'nado hecho", no es forzoso entender que el cumplimiento de lo debido habrá de coincidir forzosamente con el día en que ocurra ese hecho.

Por eso la Corte, a la luz de los principios jurídicos, ha considerado que el DIES INTERPELLAT PRO HOMINE jamás ocurre "una vez que" llegue el hecho supuesto para hacer exigible la obligación.

3—La providencia que rechaza la consignación para el pago es un simple auto interlocutorio, que no puede producir el efecto de cosa juzgada, como sí lo produce la sentencia que califique la validez o invalidez del pago admitido en consignación. (art. 979 del C. J.).

4—Cuando se fija un plazo para el cumplimiento de la obligación en la forma prevista por el artículo 1608, numeral 1º, del Código Civil, la parte acreedora entiende que sus intereses no sufren perjuicios mientras llega el último día del plazo. Por consiguiente sería aberrante sancionar con la resolución del pacto a la parte que no pagó el mismo día que se realizó el hecho "una vez que" se hubiera realizado el cual habría debido pagar aquélla, si para la realización de ese hecho ella, conforme a lo estipulado, todavía habría tenido un término mayor.

5—Aunque no prospere el recurso de casación no hay lugar a condenación en costas cuando él dió margen para que la Corte corrigiera errores del Tribunal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez)

I—El día diez y siete de noviembre de mil novecientos cincuenta, Cleofe Mariela Rivera Lozano y el Presbítero Eugenio Garcés Uribe otorgaron ante el Notario del Circuito de Fusagasugá la escritura pública distinguida con el número 1.696, competentemente registrada, en la que se recogen las siguientes estipulaciones:

La señorita Rivera Lozano vende al doctor Garcés Uribe "una cuota de los derechos herenciales que a la exponente corresponden en las sucesiones de sus padres Albertino Rivera y Cleofe Lozano de Rivera en su condición de hija legítima", advirtiendo que la cuota herencial enajenada "es únicamente la necesaria para cubrir una porción de terreno de noventa fanegadas de superficie en la finca "San Roque", en el Municipio de Pandi", por linderos que se expresan, haciendo la aclaración de que uno de los costados puede variarse "por el sitio en donde fuere necesario para completar la cabida ya dicha... y esto aunque hubiere que subir sobre la parte superior de un camellón y salvando sí el lote de cuatro fanegadas prometido vender al mismo comprador de hoy". En la misma cláusula se agrega que "la zona en donde se fijan las noventa fanegadas está dada en arrendamiento al señor Gustavo Montes y el comprador se obliga a respetar tal contrato hasta su vencimiento, que lo es el último de agosto próximo".

La cláusula 3ª es del siguiente tenor literal: "Que hace esta venta por la suma de diez y seis mil pesos ($ 16.000) moneda corriente, los cuales paga el comprador así: diez mil pesos ($ 10.000) que da hoy de contado y que la exponente declara tener recibidos a su satisfacción, y seis mil pesos ($ 6.000) que se pagarán una vez que termine el juicio sucesorio de los causantes ya dichos, el que en ningún caso podrá demorarse más de once meses contados desde hoy. Durante este plazo no se pagará interés alguno, pero en caso de mora, es decir, si pasaren los once meses sin terminarse el juicio y sin verificar el pago se abonará un interés penal del uno por ciento (1%) men-

sual, sin perjuicio de las acciones de la vendedora. El comprador toma a su cargo la obligación de iniciar y terminar el juicio de sucesión de los causantes ya dichos para terminarlo antes de los once meses ya mencionados y serán de su cargo todos los gastos sin exclusión de ninguna clase".

Estas cláusulas fueron aceptadas por el señor Presbítero comprador mediante la siguiente declaración: "Que acepta esta escritura y la venta que por ella se le hace, obligándose a pagar el resto del precio que queda a deber dentro de los términos (rayas de la Corte) y condiciones que se dejan relacionadas en el punto tercero de esta escritura y asímismo se obliga a respetar el contrato de arrendamiento pactado por la vendedora con el señor Gustavo Montes y a hacer tramitar a su costa el juicio sucesorio de los causantes ya dichos".

II—El día cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, el Juez de Circuito de Fusagasugá declaró ejecutoriada la sentencia proferida cinco días antes, por medio de la cual dió su aprobación, de plano, a la partición hecha por el apoderado común de los dos únicos interesados en dicho juicio sucesorio (doña Cleofe Mariela y el presbítero doctor Garcés Uribe), como consta en la hijuela del comprador, o sea en la escritura pública 288 de 26 de marzo de 1951, otorgada en la Notaría de aquel Circuito, debidamente inscrita en la Oficina de Registro.

Tanto el trabajo de partición como la sentencia aprobatoria fueron registrados en el libro de Causas Mortuorias y en otros dos más en los días doce y catorce del mismo mes, según consta en el mismo instrumento y en certificado aparte del Registrador de Fusagasugá.

El Pleito

Por libelo que por medio de su personero presentó ante el Juez del Circuito mencionado el día 17 de octubre de 1951, y que reproduce con adiciones la demanda inicial, incoada el 3 de septiembre anterior, Cleofe Mariela Rivera Lozano propuso las siguientes acciones contra el doctor Eugenio Garcés Uribe:

1ª—La de resolución del contrato que se hizo constar en la escritura 1.696 de 17 de noviembre de 1950, ya aludida, "por falta de pago del precio" estipulado;

2ª—La de rescisión o nulidad de la partición, en la parte o adjudicación que se hizo al demandado, como cesionario de derechos herenciales, en el juicio sucesorio de los padres de la actora; y que en consecuencia se la declare allí "como adjudicataria a título de heredera, en su calidad de hija legítima de los causantes, en la cuota correspondiente que le fue adjudicada al demandado";

3ª—Como peticiones consecuenciales:

a) Que se cancele el registro de las escrituras de venta de derechos hereditarios (en su totalidad) y adjudicación al cesionario (en la parte que le fue adjudicada en la doble causa mortuoria); y

b) Que se decrete la restitución a la actora "de la finca alinderada que fue materia de la venta y de esta acción, y que se le entregó al demandado como objeto de la venta";

4ª—La de pago de perjuicios por el incumplimiento del contrato.

5ª—"Que el demandado debe pagar a mi mandante los frutos naturales y civiles del inmueble vendido, en proporción al precio debido; y en cuanto a mejoras se le considere como poseedor de mala fe".

Como fundamentos de hecho afirma la demandante: Que ella cumplió la obligación de entregar la cosa, en forma que el comprador ha podido ejercer el derecho de dominio sobre el lote ameritado, "ya respetando el derecho de arrendamiento a que se obligó, ya constituyendo derechos sobre él a su arbitrio y como dueño, y en general, teniéndolo bajo su cuidado". Que con posterioridad a la terminación de la causa mortuoria, "y sin que esto implicara una ampliación del plazo, el comprador y actual demandado le hizo un abono de dos mil pesos ($ 2.000), quedándole a deber en definitiva cuatro mil pesos ($ 4.000) para ser pagados inmediatamente". Que el comprador incumplió su obligación de pagar este saldo al vencimiento del plazo pactado, o sea el cinco de marzo anterior. Que ha sufrido perjuicios derivados de ese incumplimiento "por cuanto por falta de este dinero, y para atender obligaciones urgentes, se vió en la necesidad de tomar dineros prestados de la Caja Agraria y aún de particulares". Finalmente, y también en el catálogo de hechos, manifiesta que "se allana a la devolución de la parte del precio que se le dio, o sea la suma de doce mil pesos, aumentada en lo que se compruebe haber sido el justo precio de sucesión, es decir, todo lo por ella recibido".

El demandado se opuso, pues no convino en la exactitud de los hechos tal como se ofrecen en el libelo a que responde, y manifestó su parecer de

que el día prefijado para el pago del saldo insoluto es día incierto e indeterminado, por lo cual no ha caído en mora. Dijo también el apoderado del doctor Garcés Uribe, en las dos ocasiones en que contestó la demanda ordinaria inicial y la correg da:

"D) Desde el mes de marzo a mediados de julio último la demandante doña Mariela Rivera Lozano estuvo en negociaciones con el Dr. Eugenio Garcés Uribe sobre compra del lote de noventa fanegadas del Dr. Garcés Uribe, llegándose a acordar el precio de $ 50.000.00 que la presunta compradora pagaría así: $ 20.000.00 en dinero efectivo y de contado; $ 4.000.00, resto del crédito a su favor y que se cancelaría, $ 7.000 en el valor o precio del potrero Rumichaca que recibiría en pago el Dr. Garcés Uribe, y el saldo con un plazo y sin interés. Como la presunta compradora le pidiera plazo al Dr. Garcés Uribe para conseguir el dinero necesario para el prímer contado, así la esperó hasta mediados de julio, y sabiendo que sus diligencias en la Caja Agraria y ante particulares no le daban resultado para obtener los $ 20.000, que había de darle la presunta compradora, determinó prescindir de la proyectada negociación.

"E) Ante este hecho, el Dr. Eugenio Garcés Uribe, no obstante no estar en mora de hacerle el pago a la dicha señorita Mariela Rivera Lozano, se dió a la tarea de obtener que tal señorita le recibiera el saldo de la deuda, o sean los $ 4.000 y le otorgara la correspondiente cancelación, y así le hizo varios llamamientos, hasta que, después de incumplirle citas, el día 23 de julio último desde Fusagasugá le dirigió el telegrama cuya copia expedida por los funcionarios correspondientes acompaño, y de la cual aparece claro el hecho, de que el Dr. Garcés Uribe le advierte la imposibilidad de esperarla más para hacerle el pago y que le diera la cancelación.

"F) La señorita Mariela Rivera Lozano se dió a la tarea de eludir el recibir el pago y otorgar la cancelación y para ello se marchó a una finca en Melgar, y todavía dió respuesta al telegrama del 23 de julio último, en un telegrama fechado en San Bernardo el 25 de julio último, en el que dice, 'Semana entrante cítole día'. Acompaño también este telegrama".

Por sentencia de trece de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, el juez de la causa declaró probada la excepción de petición antes de tiempo y no haber lugar a la condena en costas, para lo cual expuso que "como la demanda inicial fue instaurada el tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, después de terminado el juicio (sucesorio), pero antes de cumplirse los once meses a contar de la fecha de la escritura (los cuales vencieron el 17 de octubre del mismo año), resulta de esto que aún no estaba en mora el demandado y no era exigible la obligación. Por consiguiente, tampoco podía invocarse en dicho día la acción de resolución del contrato por incumplimiento del pago de parte del precio".

A igual conclusión llegó el Tribunal en la suya de veintiocho de noviembre del año siguiente, que, en instancia provocada por la demandante, vino a confirmar la recurrida, aunque por motivo distinto. Además, el fallo de segundo grado impone las costas al apelante.

Inconforme éste, ha recurrido en casación. Por ello, la Corte pasa a ocuparse en la demanda acusatoria de aquel fallo, sin dejar de prestar la debida atención a la respuesta del opositor.

Motivos del Tribunal

Analiza el sentenciador la cláusula tercera del contrato y deriva de ese estudio las siguientes consecuencias: "Es claro que en el acto de celebrarse el contrato, las partes a pesar de su manifestación de que él tuviera cumplimiento una vez que se terminara el juicio de los causantes, **no podían precisar el acaecimiento de tal evento**, porque no estaba en su voluntad (sic) preverlo. Por eso se fijó un término límite preciso: once meses a partir de la fecha del convenio; pero, como se ha dicho antes, subordinado a que para esa fecha no se hubiera terminado el juicio de sucesión. Entonces es perfectamente lógico concluír que el contrato, tomado desde el día de su celebración, tenía plazo **cierto y determinado** (subraya la Corte), y, en consecuencia, no estaba sujeto a condición alguna que se caracterizara por la incertidumbre del acontecimiento que ella conlleva".

Luégo, agrega: "Pero si el contrato se analiza ante la realidad de este proceso y a partir, en consecuencia, de hechos objetivos debidamente demostrados, qué sucede? Que el deudor doctor Garcés **cumplió** con la obligación contraída de terminar el juicio de sucesión tantas veces aludido, faltando siete meses para el cumplimiento de los once meses fijados como límite, es decir el 12 de marzo de 1951. Qué consecuencias acarrea dicho cumplimiento? Que los once meses como

tiempo subordinado al evento de la terminación del juicio desaparecían, para dar paso al acontecimiento del cual pendía la exigibilidad de la obligación, según el querer de los contratantes. La terminación del juicio pasaba, pues, a ocupar el lugar del acontecimiento cierto pactado por las partes para que de él surgiera el ejercicio del derecho".

Por todo ello considera el Tribunal que no habiendo pagado el presbítero doctor Garcés el saldo a su cargo, en esa misma fecha, hubiera incurrido ciertamente en mora, a no mediar, como me dió, con posterioridad, "un principio de convenio" entre las partes, consistente en que la señorita Rivera Lozano readquiriría de su comprador las noventa fanegadas en que habíanse concretado los derechos herenciales por ella enajenados al presbítero; de tal suerte que "la espectativa de este negocio, traía por consecuencia la **implícita voluntad** por parte de la actora de imputar al pago del precio del nuevo convenio los $ 4.000 que le adeudaba de plazo vencido el demandado, de acuerdo con las constancias probatorias de este expediente", constituídas tan sólo por varios testimonios que el Tribunal enumera e interpreta en el sentido expresado.

"Entonces —comenta el sentenciador— este hecho demostrado, necesariamente vendría a purgar la mora del deudor producida con anterioridad a él; y la que de ahí en adelante surgiera quedaría subordinada a un nuevo evento, cual es el de la no verificación de tal convenio, circunstancia que viene a constituír una verdadera **condición o plazo indeterminado**, que solamente podría precisarse previo el correspondiente requerimiento y una vez verificada la condición".

Este el motivo para que el Tribunal declarara probada la petición antes de tiempo, como excepción perentoria, confirmando el fallo del inferior, que está sustentado en fundamento muy diferente y ya conocido.

La casación

Se acusa la extractada sentencia como violadora de los artículos 1.608, numeral 1º, 1928, 1929 y 1946 del Código Civil, por los siguientes extremos:

1º—El de error de derecho, consistente en admitir la prueba de testigos como idónea para dar por modificado el plazo de un contrato o "acto jurídico que versó sobre cantidad mayor de quinientos pesos, sin que ocurra hecho alguno de los que de manera excepcional hacen admisible dicha clase de prueba para estos casos, de conformidad con la misma ley".

2º—El de error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios que el sentenciador admite como prueba de la modificación del plazo estipulado para pagar el resto del precio.

3º—El de infracción directa de aquellas normas sustantivas, que no fueron aplicadas, debiendo serlo, toda vez que, no habiéndose celebrado el nuevo contrato entre las partes, la supuesta suspensión de la mora cesó desde que fue cierta la no celebración del nuevo pacto en referencia, y desde entonces la obligación de pago volvió a hacerse exigible por mora del deudor.

Este último cargo se formula "abstracción hecha de los expresados errores de apreciación probatoria".

La Corte limita a la primera de tales acusaciones su atención, por ser la fundamental, ya que las restantes apenas son derivaciones de la misma, y porque el recurrente aduce argumentos impugnatorios de sólida contextura, cuya fuerza de convicción se ostenta con caracteres de evidencia.

Al efecto se considera:

La ley exige la formalidad de escrito para la celebración de actos y contratos desde un doble punto de vista, con lo cual satisface a dos necesidades jurídicas de distinta índole. Requiere, en unos casos, el escrito como elemento extrínseco indispensable, lo que ocurre en los contratos **solemnes**, y entonces ese elemento externo se toma **ad-substantiam actus** porque forma y contrato vienen a constituír de esa suerte una unidad de naturaleza, indivisible en lo esencial. Mas en otras ocasiones, el escrito no se consubstancializa con el acto o contrato, sino que apenas está llamado **ad-probationem**, a servir de prueba primordial de ellos, como sucede en el caso del artículo 91 de la ley 153 de 1.887, y no excluye otros medios probatorios de igual valor, como la confesión del obligado, ni otros medios supletorios y complementarios a la vez, como el **principio de prueba por escrito** reforzado con testimonios, indicios, etc.

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, como en la venta de derechos herenciales, que debe hacerse por escritura pública (artículos 1.760 y 1.857 del Código Civil). Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se

transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular (artículo 1.759 ibidem). Su valor probatorio entre las partes, alcanza hasta lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato (artículo 1.765 ibidem). Pero por concesión legal, las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, producirán efecto entre éstos, nunca contra terceros (artículo 1.766 de la misma obra). Y, consecuencia ineludible, a falta de la contraescritura privada prevista en este artículo, es de admitirse el **principio de prueba por escrito** como base para establecer modificaciones a contratos celebrados por escritura pública, de valor de quinientos pesos o más. (artículos 1.766 del Código Civil y 93 de la ley 153 de 1.887).

En el litigio a que se refiere la sentencia recurrida, el Tribunal, dando por sentado que el plazo del deudor debió extinguirse el día preciso en que terminó el juicio mortuorio, según el significado que da a las voces del contrato solemne, admitió, sinembargo, que hubo ampliación de términos para pagar los cuatro mil pesos ($ 4.000) debidos, fundándose exclusivamente en la prueba testifical que cita, sin parar mientes que no se otorgó nueva escritura pública, ni contraescritura privativa, entre las partes, por las que se modificara concretamente, o se aclarara, el plazo pactado para solucionar la obligación pecuniaria.

Asímismo, el sentenciador dió por bastante la prueba testimonial para acreditar lo que él llama "principio de nuevo convenio", sin que a la verdad exista un **principio de prueba por escrito** sobre la purga de la mora que él vió consumada antes, ya que los telegramas a que se refiere la respuesta de la demanda no aluden, en manera alguna, a aquel supuesto "principio de nuevo convenio" sobre retroventa, sino que dicen relación al propósito que el presbítero Garcés abrigara, en julio de 1951, de solucionar a la demandante alguna deuda que sobre él pesaba, la que, una vez pagada, imponía la cancelación de una escritura vigente entre las partes. Véase, si no, el contenido de dichos documentos:

"Fusagasugá, 23 de julio de 1951.—Mariela Rivera Lozano.—San Bernardo (Cundinamarca).—Agradeceríale avisarme cuándo puede **cancelar escritura**, dinero listo. Imposible esperarla más con sus promesas. Salúdola. (Fdo.) Presgarcés). Al respaldo Fdo., Presbítero Eugenio Garcés".

'San Bernardo ,25 de julio de 1951.—Pregarcés. Pandi. Semana entrante oportunamente cítole día. Fanegadas Iglesia" si, próximamente negociaremos. Salúdolo. Mariela". (Sic).

De todo lo dicho se deduce que el sentenciador incurrió en error de derecho al estimar como eficaces las declaraciones de Eliseo Hernández, Silvestre Marroquín, Luis Humberto Ortiz, María Ortiz de Ortiz, Gilberto Carro y Manuel José Méndez (cuaderno de pruebas del demandado, primera instancia), quienes, según el Tribunal y contra el parecer del recurrente, atestiguan haberse iniciado entre las partes conversaciones sobre un posible negocio de retroventa, después de fenecido el juicio sucesorio, determinándose por ello la purga de la mora en que el demandado cayera ese mismo día respecto del pago de su deuda.

Ahora bien, ese error de derecho incide en la violación de las disposiciones sustantivas que el recurrente menciona en su demanda? No lo cree la Corte por las siguientes razones:

1ª—El origen del litigio surge de la interpretación que la demandante ha dado a la locución "una vez que", empleada en la cláusula 3ª del contrato. Para la actora, tal expresión significa allí simultaneidad o coincidencia de la terminación del juicio sucesorio y del pago del último contado de la deuda. Pero tal interpretación es contraria al significado que el Diccionario de la Real Academia Española (edición de 1947) da a esa frase adverbial, y al entendimiento que de ella se tiene en el uso corriente. "Una vez que —dice la citada obra— locución familiar con que se supone o da por cierta una cosa para pasar adelante en el discurso". El Instituto Caro y Cuervo, en concepto aportado al proceso, se pronuncia respecto de ella así: "La sola expresión no indica cuánto tiempo debe mediar entre el cumplimiento del hecho y el pasar adelante. Lo único que da a entender es que se realice un primer término, y cumplido ese hecho se ha de pasar adelante pero sin determinar el momento en que tal cosa deba hacerse.

La definición del Diccionario está fundada en el uso corriente tanto literario como conversacional de esa locución. Tal uso podría documentarse ampliamente con pasajes de los escritores más reputados, así como con fragmentos de la conversación diaria". En efecto, comenta la Corte, decir: "Usted será juez una vez que se gradúe", o "Será recibido en audiencia por el Presidente una vez que él regrese a la capital", son frases que nadie entendería en el sentido de que el nombramiento para el cargo, en el primer ejemplo, o

que la audiencia, en el segundo, forzosamente han de coincidir con el día del grado o con el del regreso supuestos.

2ª—La Corte ha interpretado la locución asignándole el sentido expuesto y, a la luz de los principios jurídicos, ha considerado que el dies interpellat pro homine jamás ocurre "una vez que" llegue le hecho supuesto para hacer exigible la obligación. Así, en sentencia de 27 de junio de 1930, proferida en casación (G. J. tomo XXXVIII, página 11) dijo:

"Se considera:

"Es cierto, como lo afirma el recurrente, que, aparte de la estipulación primera del contrato, por la cual se determinó en abstracto una línea divisoria sobre bases o puntos concretos, acordaron también en la cláusula 9ª del contrato que las partes contratantes procederían a 'designar el perito o los peritos agrimensores que deben trazar las líneas divisorias y limítrofes y a colocar los mojones'; es decir, que las operaciones de trazado de las líneas limítrofes sobre el terreno y su señalamiento con mojones, serían obra extrajudicial de las mismas partes, con intervención de expertos. Pero cierto es también que esta obligación recíproca se contrajo a día, cuyo cumplimiento debía verificarse por aquéllas, 'una vez —dice el contrato— que quede firmada la presente escritura'.

"Las obligaciones a día se rigen, según el artículo 1555 del Código Civil, por las disposiciones del Título 4º, Libro 3º, ibídem, sobre asignaciones testamentarias a día.

"El artículo 1.138 que pertenece a este título, asimila estas asignaciones a las obligaciones a plazo y las sujeta a las reglas que rigen éstas.

«Plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, el que puede ser a día, vencido el cual, ésta es exigible sin necesidad de previo requerimiento al deudor. Y cuando en el pacto, como sucede en el presente caso, se han señalado dos días determinantes del plazo de los cuales uno indica que el término comienza a correr —dies cedit— (firma de la escritura de transacción), y el otro cierra el término para el cumplimiento de la obligación —dies venit— (nonagésimo día después de otorgada la escritura), es caso respecto del cual si bien las disposiciones de nuestro derecho positivo no formulan reglas para fijar el vencimiento del plazo y los efectos jurídicos que resultan después del día inicial del término, la doctrina las tiene establecidas. Enseñan los expositores de derecho, siguiendo al jurisconsulto Ulpiano, que terminado el primero de aquellos días, la obligación se empieza a deber y un derecho eventual del acreedor se fija; y concluído el segundo, se cumple el término prefijado para dar cumplimiento a la obligación, cuyo vencimiento se realiza y la hace exigible.

"Sentado esto y aplicando al caso las reglas expuestas, una vez firmada la escritura de transacción por todos los interesados, se dió principio al término de 90 días para dar cumplimiento por cada uno de ellos a la obligación de hacer, consistente en 'designar el perito o los peritos agrimensores que deben trazar las líneas divisorias y limítrofes y colocar los mojones", y vencidos los noventa días sin llenarla, se hallaban en mora, y el actor bien pudo, sin necesidad de previo requerimiento, acudir a la justicia con la acción de apremio para la ejecución del hecho convenido (artículo 1610, ordinal 1º, del Código Civil)".

3ª—Dispone el Código Civil que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándoles a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (art. 1.622). También estatuye que cuando no puedan aplicarse las reglas que él traza expresamente para la interpretación de los contratos, "se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor". En el contrato que aquí se considera las partes creyeron conveniente definir la mora diciendo: "Durante este plazo (el máximo de once meses señalado para la terminación del juicio) no se pagará interés alguno, pero en caso de mora, es decir, si pasaren los once meses sin terminarse el juicio y sin verificar el pago, se abonará un interés penal del uno por ciento (1%) mensual, sin perjuicio de las acciones de la vendedora". Nada se dijo allí expresamente sobre mora con relación a la terminación del juicio antes de los once meses. Pero el comprador para aceptar la cláusula, dijo que se obligaba a pagar el resto del precio' 'dentro de los términos y condiciones que se dejan relacionados en el punto tercero de esta escritura". La palabra 'términos", empleada después del adverbio de tiempo "dentro", parece indicar con mejor propiedad, dos extremos temporales para cumplir en ese lapso la obligación, y no tener el sentido de "frases constitutivas de la cláusula tercera". La ambigüedad de la frase, más que todo aparente, lleva a una interpretación favorable al deudor. Por consiguiente, la aceptación de éste, debe tomarse en el sentido de que se obligó a pa-

gar, no en el preciso día de la terminación del juicio sucesorio, sino entre ese día y el último día del onceavo mes.

4l—No se desvirtúa la conclusión que viene demostrándose, por el hecho de haber sido rechaca judicialmente la consignación para el pago, a la que en realidad no estaba obligado el deudor en el mes de agosto de 1951; pues la providencia que así lo dispuso es un simple auto interlocutorio, que no puede producir el efecto de cosa juzgada, como sí lo produciría la sentencia que hubiera calificado la **validez o invalidez del pago** admitido en consignación. (artículo 979 del Código Judicial).

5ª—Cuando se fija un plazo para el cumplimiento de la obligación en la forma prevista por el artículo 1608, numeral 1º, del Código Civil, la parte acreedora entiende que sus intereses no sufren perjuicio mientras llega el último día del plazo. En el caso de autos sería aberrante pensar que por haber desplegado el deudor diligencia suma, —hasta obtener que, en menos de tres meses contados desde la celebración del contrato, se hubiera terminado el juicio sucesorio—, mereciera sancionársele con la resolución del pacto, tan sólo porque no pagó, a más tardar, a las doce de la noche del día en que el juicio feneció; cuando, de haber procedido sin tanta acucia e interés, manteniéndose omiso o descuidado en diez meses y veintinueve días, por ejemplo, su tranquilidad no hubiera sufrido hasta entonces, las perturbaciones que le ha traído la acción deducida extemporáneamente en el presente juicio.

6ª—La jurisprudencia de todos los países, particularmente la de Francia, según lo anota Josserand, estima, guiada por el principio de los móviles de los actos jurídicos, que la resolución de los contratos sinalagmáticos es ante todo cuestión de hecho, que se decide en vista de los resultados perseguidos por las partes (**Les Mobiles dans les actes juridiques de droit privé**, pág. 302). En el caso del pleito, tiénese que la actora buscó, por el contrato ajustado con el presbítero Garcés Uribe, un medio expedito para obtener la pronta terminación del juicio mortuorio de sus padres, sin necesidad de hacer inmediatos desembolsos de dinero y en forma que ella pudiera disfrutar anticipadamente de buena parte del valor que le cupiera en la partición, conservando, además, hasta meses después del reparto, **los frutos** civiles de la finca relicta. Todo esto, y algo más, obtuvo la demandante, puesto que recibió en marzo de 1951 un anticipo de dos mil pesos que, en rigor, bien pudo reservarle el presbítero hasta el último día del plazo señalado para pagar el saldo total. En cambio, el doctor Garcés Uribe, desde el día del contrato hasta la terminación del juicio sucesorio no tuvo sino gastos, ocasionados por la secuela del mismo; no exigió el traspaso del contrato de arrendamiento que respecto de la finca tenía la demandante con un tercero, pacto del que siguió beneficiándose hasta el fin la arrendadora; y, sin estar obligado a ello, desde el mes de junio de 1951 hizo reiterados ofrecimientos de pago a su acreedora, confesados en posiciones por ella y por ella eludidos o rechazados.

La resolución del contrato, que se dictara en las circunstancias expuestas, sería lesiva de los más elementales principios de equidad.

Como el recurso, que no ha de prosperar, dió margen para corregir errores del Tribunal en materia probatoria, no habrá de sancionarse con las costas a quien lo interpuso.

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 con fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, en el juicio intentado por Cleofe Mariela Rivera Lozano contra Eugenio Garcés Uribe.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre.— Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

OBLIGACION DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE SUSTANCIAR UN JUICIO SUMARIO CON AUDIENCIA DEL ACUSADO Y DE IMPONER LAS SANCIONES PREVISTAS EN LOS ARTICULOS 8o. y 9o. DE LA LEY 69 DE 1945, CUANDO DEL PROCESO RESULTA QUE POR PARTE DE UN ABOGADO PUDIERON COMETERSE HECHOS CONTRARIOS A LA DELICADEZA O EL DECORO PROFESIONALES. — CASACION POR VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. — ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

1—En toda demanda de resolución de un contrato se entienden tácitamente comprendidas las prestaciones o restituciones necesarias para restablecer las cosas a su estado anterior: éste y no otro es el objetivo de la resolución. El artículo 1544 del C. C., consagra esta norma fundamental para toda clase de actos jurídicos cuya resolución sea decretada, y el 1932, la concerniente a la venta, por falta de pago del precio. De manera que si el sentenciador halló probado que la compradora había satisfecho parte del precio, la condena contra la vendedora demandante a restituírlo, en nada pugna con la armonía o consonancia que debe haber entre lo pedido y lo sentenciado.

2—No puede recurrir en casación contra la parte de la sentencia en que el Tribunal confirmó la de primera instancia, el actor o el demandado que no hayan apelado de este último fallo.

3—Si de violación indirecta se trata, lo primero que concierne al recurrente en casación es señalar las pruebas mal apreciadas o no apreciadas; lo segundo, decir en qué consiste el error; y lo tercero, si de error de derecho se trata, citar las disposiciones legales sobre pruebas que fueron infringidas, y además las sustantivas sobre el fondo del negocio, si de error de derecho, si de error de hecho.

4—En tratándose de error de derecho en la apreciación de las pruebas, para producirse la violación de la ley sustantiva, es menester que se produzca ante todo el agravio de los preceptos legales sobre la tarifa de los medios probatorios, según los hechos que se trata de establecer, para saber si las pruebas aducidas responden o no a esa tarifa. En esta valoración puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene según el derecho probatorio; mas para saber esto en casación es indispensable indicar la disposición legal precisa violada por haber atribuído a determinada prueba un valor que aquélla no le da, o por haberle negado el que le da. No hay, no puede haber error de derecho en la estimación de las pruebas, sin tal indicación exacta, porque el error tiene que resultar precisamente de enjuiciar la apreciación del Tribunal ante los textos de la ley que consagran los medios probatorios, su tarifa y su valor. Sin esta confrontación, es imposible saber, primero, si hay error en la estimación de una prueba, y, luego, si el error golpea sobre los textos objetivos que consagran el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte decide sobre el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida el 29 de noviembre de 1952, en juicio ordinario de la señora Bertha Velasco de Caicedo contra la señorita Ismaelina Triviño.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes:

1.—Por medio de la escritura pública Nº 60 de 12 de enero de 1918, otorgada en la Notaría 1ª de Cali, Bertha Velasco de Caicedo vendió a Ismaelina Triviño, el derecho de herencia correspon-

diente a la primera en la sucesión de su padre. Precio, $ 10.000.00, pagaderos: $ 3.000 de contado, y el saldo, con seis meses de plazo.

2.—Según escritura Nº 3160, de 29 de diciembre de 1947, de la misma Notaría, la vendedora había conferido poder general al doctor José Caro Copete, de la ciudad de Cali, abogado que allí ejerce y quien en aquel carácter firmó la escritura de venta mencionada.

3.—Con fecha 19 de febrero de 1948 los mismos contratantes y el apoderado de la vendedora acordaron: reducir el plazo para pagar el saldo del precio, o sean siete mil pesos, a dos meses, pago que la compradora debía hacer a la vendedora y no al apoderado general de ésta.

4.—Vencido el plazo primitivo de seis meses, la vendedora demandó a la compradora, para que se declarase resuelta la venta y se condenara a la demandada a pagar los perjuicios causados por la infracción del contrato, fuera de las costas del juicio.

5.—La demandada negó el derecho invocado y se opuso a lo pedido.

6.—El Juez 4º Civil del Circuito de Cali dictó sentencia el 15 de enero de 1952, en la forma siguiente:

"**Primero.**—Declárase resuelto, por incumplimiento de la compradora, la señorita Ismaelina Triviño P., mayor de edad y vecina del Municipio de Cali, de la obligación de pagar la totalidad del precio estipulado, el contrato de compraventa a que se refiere la escritura pública Nº 60 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Cali en 12 de enero de 1948, por medio de la cual la expresada señorita Triviño P., compró a la señora Bertha Velasco de Caicedo los derechos herenciales que a ésta corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de su padre, el señor Pablo J. Velasco, cuyo juicio sucesorio se tramita en el juzgado segundo civil de este Circuito.

"**Segundo.**—Ordénase en consecuencia, la cancelación de la escritura Nº 60 a que se refiere el numeral anterior y la de la inscripción o registro correspondiente, a cuyo efecto LIBRESE oficio al señor Notario Primero del Circuito de Cali, de modo que a la vista de dicho oficio y con inserción de la copia de él, el interesado pueda otorgar la correspondiente escritura de cancelación y pueda luego proceder a obtener la cancelación del registro de la dicha escritura mediante el certificado que el señor Notario debe expedirle (artículo 1610 y ss., del C. Civil).

"**Tercero.**—Como consecuencia de esta orden de resolución del contrato ameritado, ORDENASE a la señora Bertha Velasco de Caicedo, mayor de edad y vecina del Municipio de Cali, DEVOLVER a la señorita **Ismaelina Triviño P.**, la cantidad de ocho mil ($ 8.000.00) pesos que esta había pagado a aquella por cuenta del precio del contrato, lo que deberá efectuar en los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"**Cuarto.**—COMUNIQUESE por medio de oficio lo resuelto al señor Juez Segundo Civil de este Circuito.

"**Quinto.**—CONDENASE a la señorita Ismaelina Triviño P., de las condiciones civiles dichas, a pagar a la señora Bertha Velasco de Caicedo los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato, condenación que se hace como consecuencia del decreto de resolución, debiendo establecerse en juicio separado cuáles son esos perjuicios y el valor de ellos.

"**Sexto.**—PERTENECEN a la señora Bertha Velasco de Caicedo las letras de cambio por $ 3.500.00 $ 500.00 y $ 1.000.00 que obran a fs. 1, 2 y 3 del cuaderno Nº 3, de modo que sólo dicha señora puede solicitar su desglose.

"**Séptimo.**—Condénase a la señorita Ismaelina Triviño P., a pagar a la señora Bertha Velasco de Caicedo las costas de este juicio.

"Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente".

7.—Apelado este fallo por la demandada el Tribunal en sentencia de 29 de noviembre de 1952, resolvió:

"**Confírmanse los puntos primero, segundo, cuarto, sexto, y séptimo** de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 15 de enero del presente año, proferida por el Juez 4º Civil de este Circuito y que ha sido objeto del recurso de alzada.

"**Modifícase** el punto tercero de dicha parte resolutiva, en el sentido de ordenar que la señora Velasco de Caicedo debe devolver a la señorita Ismaelina Triviño no la suma de ocho mil pesos sino la de nueve mil quinientos ($ 9.500.00) moneda corriente.

"**Se revoca el punto quinto** de la parte resolutiva de la misma sentencia".

De este fallo ambas partes recurrieron en casación y las mismas presentaron oportunamente sus demandas.

CAPITULO SEGUNDO

Demanda de la parte actora

Tres cargos formula la demandante: el primero por incongruencia (causal 2ª); el segundo por violación indirecta del artículo 1634 del C. C., que más parece directa; y el tercero, por infracción indirecta de los artículos 1546, 1930, 1613, 1615, y 1617 del C. C., por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas. (Causal 1ª).

Primer cargo

Se hace consistir la incongruencia:

1º—En que no habiendo contrademandado la compradora por la devolución de lo que hubiese pagado, no podía el juzgador condenar a la vendedora a devolver suma alguna, por concepto de precio pagado. Y

2º—En que habiéndole dado la sentencia pleno valor al documento de 19 de febrero de 1948, según el cual en esa fecha la compradora debía siete mil pesos como saldo del precio, no podía condenar a la vendedora a restituír lo que después no recibió.

Se considera

Este último motivo no sería para hacerlo valer como inconsonancia entre las pretensiones deducidas en el juicio y lo sentenciado, sino, por ejemplo, con apoyo en la causal primera (artículo 520, ordinal 1º C J.).

En cuanto al primero, ciertamente la demandada no reconvino por la devolución de lo pagado; pero ello no era óbice para que el juzgador dispusiera devolverlo, por estas razones:

a) La resolución de los contratos conlleva, necesaria y esencialmente, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, como si no se hubiese celebrado contrato alguno. De esta suerte las restituciones recíprocas entre los contratantes no son sino efectos ineludibles de la resolución. Mal podría hablarse de una venta resuelta en la cual el comprador no tuviese que restituír la cosa al vendedor y éste a aquél el precio recibido. No se trataría de una resolución ni de nada semejante. Por tanto, en toda demanda de resolución de un contrato, se entienden tácitamente comprendidas las prestaciones o restituciones necesarias para restablecer las cosas a su estado anterior; éste y no otro es el objetivo de la resolución. El artículo 1544 del C. C., consagra esta norma fundamental para toda clase de actos jurídicos cuya resolución sea decretada, y el 1932, la concerniente a la venta, por falta de pago del precio. De manera que si en el caso de autos el sentenciador halló probado que la compradora había satisfecho parte del precio, la condena a restituírlo en nada pugna a la armonía o consonancia que debe haber entre lo pedido y lo sentenciado. Por lo demás, no podía pretender la demandante que se declarase resuelta la venta, sin cargar con la obligación de reintegrar a la compradora las cantidades de dinero recibidas, sin perjuicio desde luego de la indemnización a que hubiere lugar por haber dado motivo a la resolución la falta de cumplimiento de las obligaciones nacidas de la venta a cargo de la compradora.

b) La sentencia de primera instancia condenó a la actora a restituír a la demandada la suma de ocho mil pesos, por concepto de precio recibido. Pero, la actora no apeló de dicho fallo, lo cual significa que se conformó con él. En estas circunstancias la casación impetrada por esta litigante no puede tocar aquella condena. La sentencia de segunda instancia alzó dicha suma a nueve mil quinientos pesos. El recurso no podría tocar en este punto sino el excedente, pero no por incongruencia, sino por otra causal.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Tercer cargo

Consiste este cargo en la violación indirecta del artículo 1634 del C. C.; pero no indica el recurrente cuál es o cuáles son las pruebas no estimadas o mal estimadas por el sentenciador; en una palabra, no dice cuáles son los errores de hecho o de derecho en que incurriera el juzgador en la tarea de inquirir en el proceso por las pruebas de los hechos constitutivos de la acción.

Porque si de violación indirecta se trata, lo primero que concierne al recurrente es señalar las pruebas mal apreciadas o no apreciadas; lo segundo, decir en qué consiste el error; y lo tercero, si de error de derecho se trata, citar las disposiciones legales sobre pruebas que fueron infringidas, y además las sustantivas sobre el fondo del negocio, si de error de derecho, si de error de hecho. No habiendo mencionado el recurrente

las pruebas cuya consideración por parte del sentenciador pueda motejarse de errónea, el cargo no es de quebranto indirecto de la ley, como se enuncia.

Si fuese de violación directa, no se ve la infracción del artículo 1634 del C. C., porque los mil quinientos pesos que la sentencia recurrida agregó a la de ocho mil pesos, a cuyo pago condenó la decisión de primera instancia, fueron entregados, según el fallo del recurso, por la compradora a la vendedora, auncuando hubiese podido haber alguna intervención del Dr. Caro Copete, es decir, el pago se hizo a la acreedora, por ello fue válido y por lo mismo quedó comprendida esa suma en la total que debe restituírse.

Por tanto, no se acoge el cargo.

Cuarto cargo

Se acusa el fallo por infracción indirecta de los artículos 1546, 1930, 1613, 1615 y 1617 del C. C., debido a apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas.

Dice el recurrente:

"El Juez de la primera instancia en el punto 5º de su fallo resolvió que la demandada estaba obligada a pagar a la demandante los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, como consecuencia de la resolución decretada; y que en juicio separado debía establecerse cuáles eran esos perjuicios y el valor de ellos.

"El Tribunal de Cali observó que como el demandante no había demostrado en el curso del juicio cuáles eran los perjuicios sufridos, mal se podía hacer la condenación pedida, porque lo primero era la demostración de su existencia, ya que sin esta se carece de base legal para decretarla, y mucho menos para ordenar que en juicio separado se acredite su existencia y su valor.

"Por lo expuesto se ve que tanto el Juez de la primera instancia como el Tribunal de la segunda incurrieron en la misma falla de no leer las disposiciones indicadas para pedir los perjuicios, aunque sí tuvieron en sus manos todas las pruebas que los establecen.

"Porque dicen los artículos 1546 y 1930 del C. C., que por el incumplimiento en el pago del precio, el vendedor puede pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios; y dicen los artículos 1613 y 1614 del mismo Código, que esa indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, entendiéndose por este, la ganancia que deja de percibirse por no haberse cumplido la obligación.

"Los artículos 1615 y 1617 de ese mismo Código definen de modo maravilloso lo siguiente: que la indemnización se debe desde que el deudor se ha constituído en mora; que cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios queda sujeta a las reglas señaladas por el Artículo 1617 citado: que se deben los intereses legales, cuando no hay convencionales; que estos intereses legales son del 6 por ciento; y que cuando el acreedor cobra estos intereses, no tiene necesidad de justificar perjuicios, porque basta el hecho del retardo.

"Según se ha visto, en el proceso está ampliamente demostrado por el documento del 19 de febrero de 1948 y por los reconocimientos judiciales que de él hicieron los firmantes señorita Triviño y Dr. Caro Copete, que los siete mil pesos debidos hasta ese día, debían ser pagados a la acreedora, verdadera señora Velasco de Caicedo y no al Dr. Caro Copete, dentro del término de dos meses, o sea, hasta el 19 de abril de 1948. La deudora señorita Triviño ha demostrado que de esos siete mil pesos, sólo pagó a su acreedora la cantidad de mil quinientos pesos. Por consiguiente está debiendo los cinco mil quinientos restantes como capital, con los intereses legales del seis por ciento desde el 19 de abril de ese mismo año, hasta el día del pago efectivo, porque así lo ordenan los artículos citados del C. C., cuya violación queda demostrada por no haber apreciado en todo cuanto vale el indicado documento del 19 de febrero.

"Esos intereses legales son los perjuicios, aparte de los que provengan del daño emergente, los que se justifican por el simple retardo".

Se considera:

La violación de los textos legales citados se debe a "apreciación errónea o falta de apreciación de la prueba", es decir, a error de derecho o de hecho sufrido por el sentenciador en la labor que le incumbe respecto de los elementos probatorios; de modo que el recurrente no está cierto si se trata de error de hecho o de derecho, lo cual contraría la disposición del ordinal 1º del artículo 520 del C. J,. que manda expresar categórica e inequívocamente la especie de error alegado.

Mas, si se le mira como error de hecho, no dice el recurrente, cuáles son las pruebas no apreciadas; y si como de derecho, si bien al final afirma que la infracción tuvo lugar "por no haber apreciado en todo cuanto vale el documento de 19 de

febrero", no se ve el reflejo de la estimación que el Tribunal hiciera de ese instrumento sobre los textos de la ley que se presentan como agraviados; y sobre todo, se abstuvo el recurrente de señalar las disposiciones legales sobre pruebas que debieron quebrantarse en razón del error de derecho cometido. En tratándose de esta clase de errores en la apreciación de las pruebas, para producirse la violación de la ley sustantiva, es menester que se produzca ante todo el agravio de los preceptos legales sobre la tarifa de los medios probatorios, según los hechos que se trata de establecer, para saber si las pruebas aducidas responden o no a esa tarifa. En esta valoración puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene, según el derecho probatorio; mas, para saber esto en casación es indispensable indicar la disposición legal precisa violada por haber atribuído a determinada prueba un valor que aquélla no le da, o por haberle negado el valor que le da. No hay, no puede haber error de derecho en la estimación de las pruebas, sin tal indicación exacta, porque el error tiene que resultar precisamente de enjuiciar la apreciación del Tribunal ante los textos de la ley que consagran los medios probatorios, su tarifa y su valor. Sin esta confrontación es imposible saber, primero si hay error en la estimación de una prueba, y luego si el error golpea sobre los textos objetivos que consagran el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces.

No se acoge el tercero y último cargo y en consecuencia no hay lugar a infirmar el fallo en lo que respecta al recurso interpuesto por la parte actora.

CAPITULO TERCERO

Demanda de la parte demandada

Cinco cargos formula esta parte a la sentencia. Al quinto, por incongruencia, se refiere primeramente la Sala.

Quinto cargo

Está formulado así:

"La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

"En la primera instancia el señor Juez del conocimiento, en su fallo del 15 de enero de 1952, hizo siete (7) declaraciones, entre ellas la sexta, que inserto: 'pertenecen a la señora Bertha Velasco de Caicedo las letras de cambio por $ 3.-500.00... que obran a fojas 1, 2, y 3 del cuaderno Nº 3º de modo que sólo dicha señora puede solicitar su desglose'.

"Este punto no fue materia de la demanda de la actora ni de contra-demanda, por la parte demandada, puesto que ello escapó a la relación litigiosa planteada por quien provocó la actividad jurisdiccional.

"El H. Tribunal de Cali, en su sentencia del 29 de noviembre de 1952, confirma el punto sexto (6º), y por consiguiente, profirió sentencia de segunda instancia en inconsonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes".

Se considera:

Es verdad que lo tocante a las letras de cambio no fue objeto explícito de las peticiones de la demanda. Tampoco lo fue la restitución del precio, y sin embargo se condenó a la de las sumas recibidas. Para la compradora las letras carecen de valor, porque las sumas que representaban y que fueron satisfechas por ella al apoderado de la vendedora, hacen parte del total que el fallo de segunda instancia manda que se le restituya. En otros términos, las letras ningún papel habrían de hacer en sus manos, puesto que se le reemplazan por una sentencia que ordena devolverle ese total. En cambio, dadas las relaciones entre la vendedora y su apoderado, aquélla prueba con ellas que éste recibió su valor, ya que aparecen canceladas por él .

Es cierto que tales instrumentos fueron aducidos al juicio por la compradora, pero la resolución de la venta y la circunstancia de ordenar el fallo la restitución de su valor, hacen que, de un lado, no tenga interés la compradora en conservarlas, en tanto que del otro, la vendedora sí lo tenga. Sólo donde hay un interés legítimo puede haber protección de la ley; donde falta, el derecho objetivo no actúa.

No se acoge el cargo.

Primer cargo

Consiste en la infracción directa del artículo 1634 del C. C., según el cual el pago es válido cuando se hace al acreedor, al apoderado de éste o a quien designe la ley.

Se considera:

Este cargo, tendiente a demostrar que la compradora pagó en debida forma la totalidad del precio, no podía tener otra finalidad que la de lograr que se negase la resolución basada en la falta de pago del precio y se casase el fallo por este concepto. Pero, el recurrente se limita a alegar cosas inconducentes, que en nada inciden en el problema de la resolución, y a invocar una infracción cuyo sentido no podría separarse del cargo que se encaminase contra la resolución del contrato.

No tendría este cargo, por tanto, incidencia alguna en la sentencia, y por ello se rechaza.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia de violar el artículo 1635. Pero, tampoco tiene apoyo este cargo en el proceso No ve la Sala el empeño del recurrente en demostrar que los pagos hechos por la compradora fueran válidos, siendo así que la sentencia los acepta como tales, pues de otro modo no habría ordenado la restitución de las sumas de dinero, si no fuera para impetrar la casación por haber declarado la sentencia la resolución del contrato, pero el cargo no se encamina a este fin.

No se acoge, por tanto, el cargo.

Tercer cargo

En este cargo tiene un destello la tesis de la improcedencia de la acción resolutoria, por haber pagado la compradora la totalidad del precio; pero en vez de armar la acusación sobre los textos tocantes a esta acción, para afirmar su quebrantamiento, ya directa o bien indirectamente a través de errores de hecho o de derecho relacionados con los comprobantes de los pagos, el recurrente se limita a poner los ojos en una inverosímil infracción directa del artículo 1622 del C. C., cuya sola cita basta para comprobar la improcedencia de la acusación.

Cuarto cargo

Para terminar, el recurrente acusa el fallo de ser violatorio de los artículos 234 y 601 del C. J., porque "el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar erróneamente o no apreciar conforme a su estimación legal, las pruebas presentadas por la parte que represento, consistentes en documentos privados, en declaraciones, en confesiones y en instrumentos públicos, que he relacionado a través de los párrafos de este cargo y de la relación o síntesis de los hechos configurantes de la litis".

Se considera:

En primer lugar, los artículos 234 y 601 del C. J., son disposiciones adjetivas, cuya infracción no juega en casación.

En segundo lugar, la práctica de acusar las sentencias por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas que consisten en escrituras, documentos, declaraciones, confesiones, etc., no por vapulada menos seguida por quienes desconocen el ramo de la casación, es absolutamente extraña y opuesta a este recurso. Si se trata de errores de hecho, hay que señalar previa y concretamente la prueba no considerada por el juzgador; si de derecho a aquélla a la cual le hubiese desconocido el mérito legal o le hubiese otorgado el mérito que no tiene según la ley, con la mención de los textos sobre el valor de las pruebas, infringidos en este último caso, y de los sustantivos referentes al fondo de la acción controvertida, en ambos. Todo lo cual fue omitido en la formulación del cargo, motivo por el cual no se acoge.

En consecuencia, tampoco procede la casación del fallo, por lo que concierne al recurso de la parte demandada.

La Corte encuentra en este proceso huellas de dudosos procederes por parte del abogado Jorge Caro Copete. En efecto:

El 19 de febrero de 1948 suscribió con la vendedora y la compradora el documento que figura al folio 1º del cuaderno 1º: la cláusula primera de dicho documento dice que el saldo que la última debía en esa fecha, por concepto de precio, era de siete mil pesos. Pero:

a) Al folio 4 del cuaderno 7º reconoció el mismo abogado la firma puesta en los recibos que figuran en los folios 4 y 5 del cuaderno 3º, por un total de quinientos pesos;

b) Al folio 18 vuelto del cuaderno 7º dijo también que las letras de cambio de los folios 1º, 2º y 3º del cuaderno 3º, fueron giradas por él contra la señorita Triviño, y fueron pagadas a él en las fechas indicadas en los instrumentos, o sea el 30 de enero, el 15 y el 16 de febrero de 1948, y al folio 30 del cuaderno 3º agrega que dichas letras fueron descargadas, por la compradora antes del

19 de febrero de 1948, fecha del documento.

De donde se infiere que como la vendedora había recibido $ 3.000.00 al firmar la escritura de venta y su apoderado $ 500.00 (en dos recibos) y $ 5.000.00 (en tres letras) antes del 19 de febrero, no podía ser el saldo de $ 7.000.00 sino de $ 1.500.00, y sin embargo se hizo constar en el documento el de $ 7.000.00. A lo cual se agrega el relato de la compradora, de lo acaecido el 19 de febrero en la oficina del abogado, según el cual no se le leyó el documento y se le dijo que en él se hablaba del saldo de $ 1.500.00 (f. 4 v., C. 2º).

El Tribunal guardó silencio sobre estos hechos, siendo así que habría motivo suficiente para sustanciar el juicio de que tratan los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945 y aún para dar cuenta de ellos a las autoridades del ramo penal.

Estos preceptos ponen en manos de los Tribunales Superiores un instrumento importantísimo, encaminado a moralizar el ejercicio de la abogacía y cuyo aporte a la administración de Justicia debe ser, primordialmente, de rectitud y decoro. El suministro de la Justicia a los asociados no es obra de los jueces únicamente; es también de los abogados que aconsejan, promueven y adelantan los pleitos, actividades éstas que cumplidas con honestidad contribuyen eficazmente a la realización del derecho entre los hombres; en cambio, ejecutadas con menos precio de la ética profesional, hacen más difícil la tarea de los jueces, más dura la carga de las partes para sostener los litigios y más compleja y a veces imposible la dispensación de la Justicia. Mas, los Tribunales Superiores han ignorado la existencia de tal instrumento y muy raras veces han hecho uso de él, mirando con indiferencia asunto de tanta monta, en vez de afrontarlo con denuedo, como concierne a quienes ocupan cargos tan encumbrados en la jerarquía de la Justicia.

Ante hechos contrarios a la "delicadeza o el decoro profesionales", los Tribunales deben obrar como ordenan los artículos 8º y 9º de la citada ley 69, esto es, sustanciando un juicio sumario con audiencia del acusado e imponiendo las sanciones allí previstas, si fuere el caso. Cuando los hechos contrarían no sólo la "delicadeza y el decoro profesionales" sino también las prescripciones del Código Penal, tienen el deber de dar, además, aviso de ello a los jueces del ramo.

Así, que se dispondrá adicionalmente en este fallo que en la providencia en que el Tribunal mande cumplirlo, debe ordenar se sustancie el juicio sumario prescrito en aquellos textos, sin perjuicio de dar cuenta a las autoridades del ramo penal, si de tal tramitación resulta que debe además procederse así.

RESOLUCION

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de Bertha Velasco de Caicedo contra Ismaelina Triviño.

El Tribunal en el auto en que ordene obedecer y cumplir la presente sentencia dispondrá que se tramite juicio sumario de conformidad con lo previsto en los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945, para investigar los hechos a que se hace referencia en la parte motiva y resolverá si es o no el caso de aplicar alguna de las sanciones allí establecidas, sin perjuicio de dar cuenta a los jueces penales si del juicio referido resultare que debe procederse además así.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.— José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CAUSAL SEXTA DE CASACION. — EL REPRESENTANTE CUYO TITULO NO HA SIDO CONFERIDO EN DEBIDA FORMA O SE HA ENCONTRADO DEFICIENTE, NO PUEDE INVOCAR NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE SU PERSONERIA ADJETIVA

1—No es operante la causal 6ª de casación cuando la nulidad ha sido saneada en conformidad con la ley.

2—Tratándose del vicio de ilegitimidad de la personería adjetiva, la nulidad no se produce cuando concurre alguno de los casos que relaciona el art. 450 del C. J.

3—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva no puede ser alegada ni durante la instancia ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Felipe Latorre U.)

Demetrio Muñoz J., y Miguel A. Rubiano, el primero en propio nombre y el segundo como representante legal de sus hijos menores Legnel y Alvaro Pío Rubiano, sucesores éstos de su madre fallecida Sofía Muñoz de Rubiano, demandaron ante el Juez de Circuito de El Bordo (Cauca) a la sucesión ilíquida de Angelina Figueroa v. de Muñoz, representada por Samuel, Eduardo, Carlos y Leonardo Muñoz F., Porfiria Muñoz de Cuéllar y Tulia Muñoz de Rodríguez, para que se declarara que a los demandantes pertenecía una casa ubicada en Popayán, y en tal virtud se excluyera de los inventarios hechos en la causa mortuoria de la sucesión demandada.

Los demandantes, poseedores del inmueble en referencia, respaldaron su acción declarativa de dominio, en una donación revocable que habían hecho la señora Figueroa de Muñoz y su marido Adolfo Muñoz.

El 30 de agosto de 1950 el Juez pronunció sentencia absolutoria, que fue confirmada por la que el 6 de julio de 1953 dictó el Tribunal Superior de Popayán.

Contra este fallo acudió en casación la parte demandante, y agotado el trámite del recurso, la Corte procede a decidirlo.

Considerando:

La cuestión de fondo del litigio es muy interesante, por muchos aspectos, que dieron lugar a estudios de suma importancia, pero el recurrente se colocó al margen de esa cuestión sustancial y contrajo la acusación al caso de la causal 6ª del art. 520 del Código Judicial, así:

"Cargo único

"Se incurrió en la causal de nulidad 2ª de que trata el artículo 448 de la citada obra, que dice: 'La ilegitimad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante'.

"En el caso de autos se observa que al curador **ad litem** del menor adulto Alvaro Pío Rubiano no le fue discernida la curaduría, conforme claramente lo ordena el artículo 463 del C. Civil, en armonía con el 241 del C. Judicial. Mejor dicho: no hubo decreto judicial que autorizara al curador para ejercer su cargo.

"Evidentemente: la donataria Sofía Muñoz F., esposa de Miguel A. Rubiano, murió el 19 de agosto de 1940. El 14 de abril de 1944 Rubiano presentó la demanda con que se inició esta acción, como cónyuge supérstite de la Muñoz y como representante legal de sus hijos Legnel y Alvaro Pío Rubiano Muñoz, habiendo fallecido a los pocos días después. Acreditada la muerte del demandante Rubiano, el menor adulto Alvaro Pío designó como su curador para la litis al señor Adolfo M. Córdoba, quien se posesionó como tal y al que el juzgado le discernió el cargo (V. C. Nº 2 fs. 10 y 11). El 25 de octubre de 1946 el Secretario del Juzgado informó (V. C. principal

f. 41) que no se había podido correr traslado del expediente al curador del menor Alvaro Pío, para alegar de conclusión, porque el señor Adolfo M. Córdoba había fallecido desde hacía varios meses. Así fue como el citado menor nombró curador ad litem al Dr. Alejandro Cerón. El abogado Cerón aceptó el cargo. Pero el Juzgado no le discernió el cargo, en perjuicio de la representación judicial del menor (V. C., principal F. 41 vto., y ss.)".

Es de advertir, ante todo, que quien interpuso el recurso, fundado en la Corte por un abogado sustituto, fue el mismo doctor Alejandro Cerón, mandatario de los demandados capaces y curador ad-litem de Alvaro Pío Rubiano.

Ahora bien, como antecedentes ilustrativos, se tiene:

Alvaro Pío Rubiano, en memorial de 6 de marzo de 1945 (f. 10 cuad. 2º), siendo ya mayor de 14 años, designó como curador ad litem a Adolfo M. Córdoba.

Habiendo fallecido Córdoba, el prenombrado Pío Alvaro nombró como curador al Dr. Cerón el 22 de noviembre de 1946 (F. 41 v. cuad. principal

El nuevo curador aceptó el cargo el 10 de febrero de 1947 (f. 43 v. ibidem) y desde entonces lo ha ejercido.

Posteriormente el representante de la parte demandada le observó al Juez que dicho curador no había tomado posesión del cargo ni se le había discernido; y por auto de 13 de abril de 1950 (f. 44 ibidem), providencia que se ejecutorió, el juez declaró que no era el caso de decretar lo solicitado porque bastaba con que el curador ad-litem designado por un adulto aceptara el cargo y el Juez lo admitiera.

Alvaro Pío Rubiano, nacido el 22 de julio de 1930, ni antes de llegar a la mayor edad (hecho que se cumplió en julio de 1951), ni después, hizo la más leve observación.

Los hechos que se acaban de relacionar llevan a la Corte a la conclusión de que el Cargo hecho por el recurrente es inepto, por las razones siguientes:

La causal 6ª de casación no es operante sino cuando la nulidad procesal que se alega no ha sido saneada en conformidad con la ley.

Tratándose del vicio de ilegitimidad de la personería adjetiva, la nulidad no se produce cuando concurre alguno de los casos que relaciona el art. 450 del Código Judicial; y suponiendo o admitiendo que, en principio, hubiera sido defectuosa la representación ejercida por el curador ad-litem Dr. Cerón, el defecto se habría purgado con el auto de 13 de abril de 1950 (Caso 1º del artículo 450)

Además, habiendo llegado Alvaro Pío Rubiano a la mayor edad dos años antes de ser pronunciada la sentencia de segunda instancia, habiendo sido él mismo, personalmente, quien había designado al Dr. Cerón para que lo representara en el juicio, si no le convenía o consideraba ilegítima esa representación, ha debido reclamar contra ella oportunamente, y no hay al respecto ninguna manifestación en el proceso.

Por último, en la hipótesis de que hubiera nulidad, no podría plantearla, y menos en casación, el apoderado del propio curador, por interponerse un dilema ineludible, que la Corte ha contemplado en varios casos: o la personería ha sido, y naturalmente sigue siendo, ilegítima, y en consecuencia el propio representante ilegítimo carece de personería para alegar la nulidad; o la personería es suficiente o legítima y no hay nulidad.

Por eso la Corte, en fallo de 8 de abril de 1949 (G. J. Tomo LXV, pag. 668) dijo:

"La ilegitimidad de la presonería sustantiva de la parte demandante no es una causa de nulidad del proceso, sino un motivo de fondo para absolver al demandado, como que no constituye un vicio del procedimiento sino la falta de un elemento esencial del derecho deducido en el juicio, de la acción ejercida en la demanda. Y la ilegitimidad de la personería adjetiva, que sí es causal de nulidad en el proceso, no puede ser alegada ni durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente".

Y en providencias de 12 y 25 de agosto del mismo año (G. J. Tomo LXVI, págs. 817 y 841) agregó:

"Quien no es legítimamente representante judicial de otro carece de interés legal para pedir la nulidad del juicio por indebida representación de aquel a quien él representó de esa manera. Por tanto, quien actuó en un juicio como representante de otro, no puede invocar y obtener la declaración de esa nulidad, porque, si ha sido legalmente representante, no hay lugar a declararla, y, de lo contrario, carece de interés legal para ello".

Lo expuesto basta para estimar infundado el cargo.

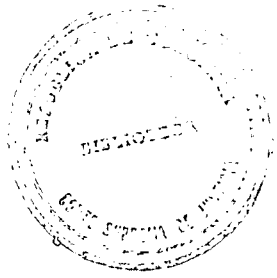
En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por Demetrio Muñoz F., y otros contra Samuel Muñoz y otros.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase en oportunidad al tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION CUANDO LA SENTENCIA ES TOTALMENTE ABSOLUTORIA

1—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando el fallo es totalmente absolutorio es imposible hablar de inconsonancia entre lo pedido y lo sentenciado y acusarlo, con base en la causal 2ª del artículo 520 del C. J.; porque el pronunciamiento en tal sentido, aunque, por otro aspecto, fuera desacertado, no sería incongruente, pues no habría fallado sobre más ni sobre menos ni por fuera de lo pedido.

2—Si la demanda de casación invoca la causal primera del art. 520 del C. J., es deber del recurrente señalar de manera precisa la disposición legal que considera violada por la sentencia, en qué sentido y por qué razón.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

El día 7 de julio de 1949, Paulina Becerra de Acosta y la niña Emilia, quienes transitaban por una calle de Barranquilla, acompañadas por Alejandro Acosta, marido de la primera y padre de la segunda, fueron atropellados por un bus manejado por Manuel Dionisio Valdéz, empleado de Alberto Pérez Visbal, dueño éste del vehículo en referencia.

Parece que Valdéz, al voltear precipitadamente una esquina, no vió a las personas mencionadas y se produjo el accidente, quedando la señora de Acosta y la niña debajo del bus. A los gritos de Alejandro Acosta, el chofer se dio cuenta, movió el vehículo cuidadosamente, recogieron a las víctimas y en el mismo bus las llevaron a la Clínica Magdalena. Allí las dejó Valdéz; pero como en la Clínica no pudieron prestar auxilio alguno, Acosta las condujo en un automóvil de servicio público al Hospital de Caridad, donde la señora quedó internada por una grave lesión que sufrió.

La niña salió ese mismo día del Hospital, aparentemente sana pero con una fuerte nerviosidad.

Contra el chofer se adelantó investigación penal, pero en vista de la demora en el adelantamiento de ella, Acosta y su mujer propusieron, por medio de apoderado, el 2 de julio de 1951, con base en los hechos que, en resumen, se han relacionado, juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios, contra Pérez Visbal, de quien, dice la parte demandante, era empleado Valdéz.

El Juez de primera instancia, Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, admitió la demanda, que se notificó al demandado el 3 de septiembre de 1951, y el 28 de julio del siguiente año pronunció sentencia totalmente absolutoria, por notoria deficiencia de la prueba de los hechos y, principalmente, por haber considerado fundada la prescripción alegada con base en el art. 2358 del Código Civil.

El Tribunal Superior de Barranquilla, confirmó esa sentencia por fallo de octubre 10 de 1953, que ha venido en casación a la Corte, y que hoy se decide.

Considerando:

El recurrente formula los tres cargos que a continuación se examinan, pero principiando por el 2º que lógicamente debe estudiarse antes que los demás, por venir apoyado en la causal segunda del art. 520 del Código Judicial.

La acusación de que se trata está concebida así: "2º—No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En tiempo oportuno hice saber al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que consideraba como prematuro, más bien que vencido el término para la demanda civil ordinaria contra el señor Alberto Pérez Visbal, porque dada la nueva legislación penal, en materia civil no podía contarse el tiempo desde la ejecución del hecho que causó los daños, porque conforme a esa legislación penal la responsabilidad civil no podía establecerse sino de acuerdo con la sentencia, porque si la sentencia declaraba que no había perjuicio, nada podía hacerse; pero si

sucedía lo contrario, se establecía la responsabilidad directa por culpa, y entonces era cuando podía iniciarse la acción contra terceros, que de acuerdo con el art. 92 del C. P.; deben pagar en forma solidaria el procesado y los demás responsables. Pero sucede que ni los señores Jueces, ni el H. Tribunal de este Distrito han acatado la disposición que menciono del C. P. donde se impone la condenación en costas y perjuicios, y no me explico cómo no se ha establecido la sanción por esta manifiesta infracción de la ley penal, que en el presente caso tiene íntima relación con la acción civil. Como lo he dicho no se ha querido acatar una disposición sustantiva, que ordena la condenación del procesado y del responsable civilmente conforme a la ley y en forma solidaria".

El Tribunal ha podido incurrir en desacierto al interpretar, aplicar o dejar de aplicar alguna disposición sustantiva, pero es inepto el cargo de incongruencia, porque el fallo totalmente absolutorio deja resueltas, en determinado sentido, todas las pretensiones del demandante. La Corte ha declarado en múltiples oportunidades, de tiempo atrás y en muy recientes fallos, que la sentencia absolutoria excluye la causal 2ª, porque el pronunciamiento en tal sentido, aunque, por otro aspecto, fuera desacertado, no sería incongruente, pues no habría fallado sobre más ni sobre menos ni por fuera de lo pedido. Ninguna sentencia es incongruente por el solo hecho de ser adversa a los puntos de vista o argumentos de una de las partes.

Segundo cargo.—(1º de la demanda de Casación).

Está planteado así:

"1º—Ser la sentencia, tanto de primera, como de segunda instancia, violatoria de la ley sustantiva penal, por interpretación errónea de la misma. Al juicio ordinario se acompañaron varias piezas del proceso penal, una vez convertido en causa, y esas piezas demuestran la existencia de un hecho que hace responsable al demandado por culpa, pero que no podía demandarse porque no se había dictado la sentencia definitiva Por tanto, el hecho de no apreciar el error, al no hacer caso a la ley sustantiva penal, constituye, en mi sentir, el primer motivo en que fundo la casación interpuesta".

Como se ve, o mejor dicho, como no se ve, cuál es la disposición sustantiva violada? No se dice. Se hace una referencia a la ley penal mal interpretada. Pero cuál ley y por qué se interpretó mal? Difícil adivinarlo. Un juez en instancia puede ponerse en la labor de adivinar a qué disposición se refiere un interesado, cómo la entiende, cómo y por qué debe aplicarse o por qué no se debe aplicar? En casación no. Aquí debe señalarse precisamente la disposición que se considera violada, en qué sentido y por qué razón. Nada de eso obra en el presente caso, luego el cargo resulta inadmisible.

Tercer cargo

Lo plantea y desarrolla el recurrente así:

"3º—Haber rechazado, sobre todo el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial mis exposiciones en relación con la reforma penal que sustancialmente modificó el Título 34, Libro 4º del C. C., porque en la reforma se señaló un punto de partida, para establecer la responsabilidad civil, que no es a partir del hecho, sino con la demostración de ese hecho, y la demostración de la responsabilidad mediante la sentencia. Por tanto la Casación debe tener ahora por fundamento esta nueva faz de la legislación, porque la reforma sustancial que he citado así lo impone".

Caben las mismas observaciones relativas al cargo anterior: no se señala la disposición sustantiva violada, ni en qué sentido, ni por qué razón. La Corte podría, si fuera juez de instancia, ponerse a buscar y encontrar que el precepto quebrantado y mal aplicado era el art. 2358 del Código Civil. Pero en casación la Corte no puede ponerse en esa labor, a suponer nada ni a imaginar nada.

Lo que sabe, porque lo ve, es que ningún cargo aparece bien fundado, ni siquiera bien planteado.

Por tanto 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 Barranquilla con fecha 10 de octubre de 1953, en el juicio ordinario seguido por Alejandro Acosta y otro contra Alberto Pérez Visbal.

Sin costas porque la parte recurrente está amparada por pobreza.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ALCANCE DE LA DECLARACION DE PROPIEDAD HECHA EN SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO REIVINDICATORIO.— EL EMBARGO O EL DEPOSITO DE UNA FINCA EN JUICIO EJECUTIVO, NO IMPLICAN INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

1—Como lo ha dicho la Corte, la declaración de propiedad que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o ERGA OMNES. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto. Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad" le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo.

2—El juez que reconoce la existencia de la prescripción adquisitiva no crea el título, sino que lo reconoce, es decir, declara su existencia anterior. Y no hay razón alguna para exigir que se surta un juicio previo para aceptar ese título, pues la declaración del dominio en la acción, reivindicatoria es relativa.

3—La acusación limitada al concepto de aplicación indebida del art. 946 del C. C., por falta de determinación de la cosa demandada no puede prosperar cuando el juez ha creído encontrar tal determinación en las pruebas del proceso puestas en relación con la demanda.

5—Ni el embargo ni el depósito de una finca, en juicio ejecutivo, implican interrupción natural ni civil de la prescripción. El poseedor del inmueble, sea el deudor o un tercero, no pierde la posesión.

6—El solo hecho de que no se haya demostrado que el tradente era dueño de la cosa vendida, no quita a ésta el carácter de título traslaticio de dominio, ni su naturaleza de tradición del inmueble al registro de ese título, de acuerdo con el artículo 765 del C. C.

7—Un título traslaticio de dominio sobre una cuota indivisa no puede oponerse como título anterior de dominio a una escritura que sí versa sobre cuerpo cierto.

8—Cuando la sentencia recurrida tiene varios soportes, aunque uno de ellos sea equivocado, no puede invalidarse el fallo si los otros o el otro son suficientes para sustentarlo y no han sido atacados o habiéndolo sido, la acusación no prosperó.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.— Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Darío Echandía)

La Corte va a fallar sobre el recurso de casación concedido a la demandada, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que decidió en segunda instancia sobre la demanda ordinaria dirigida por el doctor Carlos Melguizo E., contra la señora Blanca Bernal de Ruiz, domiciliados ambos en Bogotá. Esta demanda tiene por objeto el inmueble urbano, de esta ciudad, distinguido con el número 28-16, que hace o hizo parte del predio llamado "La Estanzuela o Estanzuelita", y cuyos linderos se expresan. Se ejercita la acción reivindicatoria y se pide que la demandada sea condenada como poseedora de mala fe. Se invocan los siguientes hechos como fundamentales de la acción:

"1º—Por medio de la escritura pública número 359 de 12 de febrero de 1942, corrida en la notaría 3ª de Bogotá, el doctor Carlos Melguizo E., compró la finca descrita en el punto primero anterior (parte petitoria) al señor don Pedro Ignacio Uribe U::

"2º—Que el señor Uribe había adquirido dicha finca, con mayor extensión, en virtud de compra hecha a la señorita Isabel Tamayo, por escritura 1943 de 26 de septiembre de 1914, notaría 2ª de Bogotá, ratificada por la misma Tamayo y por Diego Rivas, según escritura 668 de 10 de abril

de 1915, de la misma notaría, y la número 3025 de 19 de diciembre de 1919, de la notaría 1ª de Bogotá;

"3º—De conformidad con los anteriores documentos, el señor Uribe U., adquirió de la señorita Tamayo la parte de la finca "La Estanzuelita" o "Estanzuela" que hoy pertenece a los herederos del señor Benito Posada M., y del señor Diego Rivas la zona restante de la misma finca, que es la alinderada en el punto primero de la parte petitoria;

"3º bis.—Que habiendo sido demandado en reivindicación el señor Pedro Ignacio Uribe por los herederos del señor José María Sierra, para que se le condenara a restituír la parte de la citada finca que se tiene ya alinderada, alegando dichos herederos que su padre había adquirido ese lote por compra a la señora Mercedes Pardo de Rivas, el demandado señor Uribe U., fue declarado propietario por usucapión, en virtud de la sentencia proferida por el juzgado 4º civil del circuito de esta ciudad, con fecha 14 de septiembre de 1926, confirmada por el H. Tribunal Superior y por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sentencia definitiva de fecha 22 de julio de 1933, sentencias ambas que se encuentran legalmente registradas;

"4º—El señor Pedro Ignacio Uribe U., estuvo poseyendo las tierras de "La Estanzuelita", en forma real y efectiva, quieta y pacífica, desde cuando las compró. Y en lo tocante a la extensión que hoy pertenece a los herederos de Benito Posada M., hasta el momento en que dicha extensión pasó al patrimonio de éste; pues, en lo que dice relación a la zona materia de esta demanda, esa posesión del señor Uribe duró hasta 1942, en que comenzó a poseer el actual propietario doctor Melguizo E.;

"5º—Tanto el señor Uribe como el doctor Melguizo han pagado los impuestos municipales de catastro, acreditando, de ese modo la posesión fiscal del bien objeto de esta demanda de reivindicación;

"6º—Que en el año de 1949 se procedió, por los trámites judiciales pertinentes, a hacer el deslinde del terreno alinderado en la petición 1ª de esta demanda y el de los herederos del señor Benito Posada M., para hacer la determinación del lindero oriental de aquél y occidental de éste. De conformidad con dicho juicio y la sentencia que en él recayó, registrada legalmente el 6 de octubre del prenombrado año, dicha línea quedó fijada así: "Por el sur, partiendo del mojón oriental de la finca del demandado señor Posada, hacia el occidente, en 56 mts., se colocó el mojón número 1, mojón sur, de la línea pedida; y por el norte, a partir del costado oriental de la finca del demandado señor Posada, hacia el occidente, se colocó el mojón número 2, mojón norte, a la distancia de 33,20 mts. Uniendo estos dos mojones en línea recta se forma la línea divisoria de las dos fincas, en extensión de 125 mts.". De conformidad con los mandatos legales y la situación de hecho allí demostrada, el juez de la diligencia dejó a ambas partes (Melguizo y Posada) en la quieta, pacífica y tranquila posesión en que ambos estaban de su respectivas fincas;

"7º—El 20 de septiembre de 1949 aparece hecha una diligencia de avalúo y depósito del lote ya alinderado, dentro del juicio ejecutivo del señor Hernando Alfonso contra la señora Blanca Bernal de Ruiz, habiéndose encontrado dentro del lote a un sujeto que dijo llamarse José Casas y quien dijo tener la finca por orden y cuenta de la señora Bernal de Ruiz;

"8º—A la vista de este hecho, que ponía de presente la intención de crear un título de propiedad para oponerlo en colusión al verdadero doctor Melguizo, éste inició la acción de levantamiento del secuestro, conforme al artículo 1023 del C. J., que hubo de declararse sin fundamento, después de un año de enojosas y contradictorias tramitaciones, por no haber aportado el doctor Melguizo la sentencia de deslinde debidamente registrada;

"9º—A consecuencia de la decisión anterior, el doctor Melguizo perdió la tenencia y posesión del lote materia de esta demanda, y como se hubiese vencido el lapso legal para iniciar acciones posesorias, en defensa de sus derechos, acciones e intereses, se formula esta demanda en juicio reivindicatorio, antes de que se consume la maniobra a que se hizo alusión en el hecho 8º de este libelo".

La demandada no dió contestación a la demanda y el juez cuarto civil del circuito de Bogotá desató el litigio así:

"1º—Declárase que el demandante doctor Carlos Melguizo Escobar, es el único dueño absoluto y con mejor derecho de la finca urbana situada en esta ciudad en la Avenida 1ª distinguida en su puerta de entrada con el número 28-16, que hace o hizo parte de mayor extensión conocida con el nombre de "La Estanzuela o Estanzuelita" y cuyos linderos conocidos son los siguientes: 'Por el norte, con terreno de propiedad de los herederos del señor José María Sierra; por el sur, con el

camino que de Bogotá conduce a Soacha; por el occidente, con terreno de propiedad de los herederos del señor José María Sierra; y por el oriente, con propiedad del señor Benito Posada M., hoy de sus herederos.

"2º—Condénase a la demandada señora Blanca Bernal de Ruiz a restituír la posesión del inmueble alinderado en el punto anterior al demandante doctor Carlos Melguizo, lo que deberá hacer dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"3º—Condénase a la misma demandada señora Blanca Bernal de Ruiz, al pago del valor de los frutos que el inmueble hubiera podido producir al demandante si lo hubiera tenido en su poder, indemnización que se limita a los frutos producidos desde el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos cincuenta y uno (1951) fecha en que le fue notificada la demanda. Estímese su valor conforme a lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

"4º—Condénase en las costas del presente juicio a la señora Blanca Bernal de Ruiz, en favor de la parte demandante. Tásense".

Este fallo fue confirmado por el tribunal de segunda instancia con costas a cargo del apelante.

Relación de títulos

Las partes están acordes en que la demandada Blanca Bernal de Ruiz es la poseedora actual del inmueble objeto de la acción reivindicatoria y en que esa posesión data del veinte (20) de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

El demandante Carlos Melguizo presenta, como título suyo actual de dominio, la escritura 359 de 12 de febrero de 1942, de la notaría 3ª de Bogotá, en que consta la compra que hizo a Pedro Ignacio Uribe de "un lote de terreno denominado "La Estanzuelita", situado en el área urbana de la ciudad de Bogotá, marcado con el número 28-16 de la calle 1ª de esta ciudad, que tiene una extensión superficiaria aproximada de diez mil varas cuadradas y determinado especialmente por los siguientes linderos: por el norte, con terrenos de propiedad de los herederos del Sr. José María Sierra; por el Sur, con el camino que de Bogotá conduce a Soacha; por el Occidente con terreno de propiedad de los herederos del señor José María Sierra; y por el Oriente, con propiedad del señor Benito Posada M., hoy de sus herederos".

La demandada presenta como título de dominio la escritura número 1310 de 1º de abril de 1946, de la notaría 3ª de Bogotá, en la cual consta la venta que le hizo Juan Francisco Ruiz de un lote de terreno de una fanegada de extensión, marcado con el número 28-16 de la calle 1ª de esta ciudad, situado en el punto de "La Estanzuelita", dentro del área de Bogotá y comprendido por los siguientes linderos especiales: "por el norte, pared medianera de por medio, con terrenos que fueron de la señora Mercedes Pardo de Rivas y luego de los herederos del señor José María Sierra; por el occidente, pared divisoria de por medio, con el mismo terreno o de los mismos herederos o sucesores de José María Sierra, antes de Mercedes Pardo de Rivas; por el sur, con la carretera que de Bogotá va a Soacha; y por el oriente, con propiedad que fue de Pedro Ignacio Uribe, luego de Benito Posada y después de herederos o sucesores de éste, separado, con cerca de alambre, de propiedad del exponente".

Juan Francisco Ruiz, vendedor de la demandada, adquirió este mismo lote por compra a Abel Huertas, según escritura Nº 2121 otorgada ante el notario tercero de Bogotá el 3 de agosto de 1943.

Esta última escritura fue registrada el 4 de octubre de 1943; en cambio la del demandante Melguizo lo fue el 16 de febrero de 1942. Es, pues, anterior el título exhibido por el demandante.

Abel Huertas, el vendedor de Juan Francisco Ruiz, quien a su vez lo fue de la demandada, adquirió por compra a Diego Rivas, según escritura Nº 1673 de 4 de agosto de 1924, de la Notaría 2ª de Bogotá, escritura registrada el 22 de agosto siguiente, "un lote de terreno que mide una fanegada, situado en el punto de "La Estanzuelita" de esta ciudad de Bogotá, y que linda así: 'por el norte con el lote que pertenece a la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el occidente, con el mismo lote de la señora Pardo de Rivas; por el sur, con el camino de Soacha; y por el occidente con el molino de "Los Alisos", propiedad del señor José María Sierra S." Pero declaró el vendedor que "dentro de los linderos que se dejan expresados está comprendida otra fanegada de tierra, con la casa de habitación en él (sic) edificada, que la señorita Isabel Tamayo vendió al señor Pedro Ignacio Uribe U., por escritura número 1945 de 26 de septiembre de 1914, otorgada en esta misma notaría".

Aparece, pues, que, en esta venta de Diego Rivas a Abel Huertas no se determinó por sus linderos y situación la fanegada vendida; sino que se expresaron los linderos comunes con otro lote

de una fanegada, es decir, que no se vendió un cuerpo cierto sino una cuota de una fanegada dentro de un inmueble que medía dos fanegadas y cuyos linderos generales son los únicos que se expresan. Se trata, pues, en este título, de la venta de una cuota indivisa y no del terreno determinado como cuerpo cierto en las ventas de Huertas a Ruiz y de éste a la demandada.

Por su parte, Pedro Ignacio Uribe U., el causante del actor Melguizo, adquirió de Diego Rivas, conforme a la escritura 3025, de 1º de diciembre de 1919, ante el notario 1º de Bogotá, lo que expresan las siguientes declaraciones:

"**Primero.**—Que perteneció a la sucesión de la señora María Francisca Tovar de Rivas cuyo juicio mortuorio se protocolizó en la notaría quinta (5ª) de este circuito, el diez (10) de septiembre de mil novecientos dos (1902), por instrumento número mil seiscientos diez (1610), el terreno llamado "La Estanzuela", situado en jurisdicción de esta ciudad de Bogotá y deslindado así: por el sur, con el camino que va para Soacha, en parte, y en parte con la hacienda de La Fragua de propiedad de los herederos de Emilio Pardo; por el occidente, con la hacienda de Montes, de propiedad de Enrique y Rafael Carrizosa; por el norte, en parte con el terreno de La Soledad, de propiedad de Diego Rivas, y en parte con el terreno de Santa Isabel, de propiedad de José María Sierra S.; y por el oriente, con el camino de Los Alisos".

"**Segundo.**—Que en la partición de los bienes de la sucesión de la expresada señora María Francisca Tovar de Rivas se le adjudicó como a heredero de dicha señora una parte del lote de terreno que se acaba de determinar y que el exponente por medio de las escrituras números mil ciento siete (1.107) de veinte (20) de julio de mil novecientos ocho (1908) y mil doscientos treinta y cuatro (1234) de veintiocho (28) de junio de mil novecientos once (1911), otorgadas en la notaría segunda (2ª) de este circuito, vendió a la señorita Isabel Tamayo un lote que se le adjudicó con la casa de habitación, huerta y demás anexidades, por estos linderos: 'Por el norte, con el lote que fue de la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el occidente, con el mismo lote; por el sur, con el camino de Soacha y por el oriente, con el molino de "Los Alisos", de propiedad de José María Sierra S.".

"**Tercero.**—Que el veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos catorce (1914) por instrumento número mil novecientos cuarenta y cinco (1945), otorgado en la misma notaría segunda citada, la señora Isabel Tamayo trasfirió al señor Pedro Ignacio Uribe, el lote que había adquirido del exponente y de que se hace mención en el punto o cláusula anterior por lo cual dicho señor Uribe U., es hoy el dueño del mencionado lote que al exponente se adjudicó en la mortuoria de su señora madre señora doña María Francisca Tovar de Rivas y de todos los derechos que como a heredera de la misma señora le correspondían o puedan corresponderle al exponente en la finca de La Estanzuelita determinada en la cláusula primera (1ª) de este instrumento.

"**Cuarto.**—Que para cumplir obligaciones contraídas el exponente por medio de la presente escritura hace constar y declara: a) Que ratifica en todas sus partes las ventas y transmisiones que hizo a la señora Isabel Tamayo(por los instrumentos anteriormente citados; b) Que aclara dichos instrumentos en el sentido de expresar, como al efecto expresa, que la venta y transmisiones que por ellos hizo, comprenden así el lote alinderado en la cláusula segunda como todos los derechos y acciones que en el predio de La Estanzuelita alinderado en la cláusula primera (1ª) tuviera o pudiera tener el exponente como heredero de la señora María Francisca Tovar de Rivas; y c) Que, en consecuencia, y para mayor claridad, cede y trasmite al señor Pedro Ignacio Uribe U., sucesor de la señorita Isabel Tamayo, todos los derechos y acciones que tenga o pueda tener el exponente en el mencionado predio de La Estanzuelita, alinderado en la cláusula primera (1ª), como heredero de la señora María Francisca Tovar de Rivas, como adjudicatario o a cualquiera otro título, sea por razón de sobrantes o por partes que no quedaron incluídas en tal partición o no fueron materia de ella, o por cualquiera otra causa o motivo".

Bien se ve, pues, que, en virtud de este título, Rivas no vendió a Uribe el cuerpo cierto que el demandante reivindica en este juicio; solo le quiso trasmitir derechos y acciones indeterminados, vinculados en el inmueble "La Estanzuelita", cuyos linderos no aparecen ser los mismos del lote materia de la reivindicación.

Sin embargo, Pedro Ignacio Uribe U., causante del actor Melguizo, había adquirido de Isabel Tamayo T., según escritura de 26 de septiembre de 1914, de la notaría 2ª de Bogotá, Nº 1945, con arreglo a las siguientes cláusulas:

Primero.—Que trasfiere a título de venta, en favor del señor don Pedro Ignacio Uribe U., el dominio pleno y la posesión de un lote de terreno que mide una fanegada con la casa de habitación en él edificada, situado en el punto de La Estanzuelita de esta ciudad, que linda así: 'Por el norte, con el lote que pertenece a la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el occidente, con el mismo lote; por el sur, con el camino de Soacha; y por el oriente, con el molino de Los Alisos, perteneciente al señor José María Sierra S.

Segundo.—Que dentro de los linderos que se dejan expresados, está comprendida otra fanegada de tierra, a que no se refiere la presente escritura, que el señor Diego Rivas, su antecesor en el dominio, dijo haber adquirido por permuta celebrada con Mercedes Pardo de Rivas, cuyo contrato no se llegó a perfeccionar.

Tercero.—Que la fanegada que vende por este instrumento, la adquirió por compra hecha al señor Diego Rivas, según consta del instrumento número mil ciento siete de veinte de julio de mil novecientos ocho, otorgado en esta misma notaría, y es la misma que se adjudicó al señor Rivas en la sucesión de la señora doña Francisca Tovar de Rivas, que se halla protocolizada en la notaría quinta de Bogotá, bajo el número mil seiscientos diez del año de mil novecientos dos".

Por su parte Isabel Tamayo, la vendedora de Uribe, causante, a su turno, del demandante, adquirió de Diego Rivas por compra, según escritura 1107 del 20 de julio de 1908, de la notaría 2ª de Bogotá, conforme a las siguientes estipulaciones: "un lote de terreno que mide dos fanegadas de extensión con la casa de habitación en él edificada, y los inmuebles que en ella existen situado todo en el punto de La Estanzuelita de esta ciudad de Bogotá y deslindado así: por el norte, con el lote que pertenece a la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el occidente, con el mismo lote; por el sur, con el camino de Soacha, y por el oriente, con el Molino de Los Alisos perteneciente al señor José María Sierra S. Dicha finca la hubo el vendedor así: una fanegada de terreno y la casa, por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión de la señora María Francisca Tovar de Rivas, protocolizada en la notaría quinta de este circuito, con fecha diez (10) de septiembre de mil novecientos dos (1902), bajo el número mil setecientos diez (1710); y la otra fanegada por permuta que tiene celebrada con la señora Mercedes Pardo de Rivas, cuyo contrato no se ha perfeccionado aún, pero que el vendedor se obliga a ratificar la presente venta tan pronto como tal permuta sea elevada a escritura pública".

Pero, por la escritura 1234 de 3 de junio de 1911, otorgada ante el mismo notario 2º, Diego Rivas hizo las siguientes declaraciones:

Primero.—Que por escritura pública número mil ciento siete (1107), otorgada en esta notaría segunda con fecha veinte de julio de mil novecientos ocho, el otorgante señor Rivas vendió a la señora Isabel Tamayo T., un lote de terreno que mide una extensión superficiaria de dos fanegadas con la casa de habitación en él edificada y los muebles que en ella existen, situado todo en el punto de La Estanzuelita de esta ciudad de Bogotá y deslindado así: "Por el norte, con el lote que pertenece a la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el occidente con el mismo lote; por el sur, con el camino de Soacha; y por el oriente con el molino de Los Alisos, perteneciente al señor José María Sierra S.

Segundo.—'Que el compareciente Rivas adquirió dicha finca así: una fanegada de terreno y la casa por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión de la señora María Francisca Tovar de Rivas, protocolizada en la notaría quinta de este circuito con fecha diez de septiembre de mil novecientos dos, bajo el número mil seiscientos diez; y la otra fanegada por permuta que tiene celebrada con la señora Mercedes Pardo de Rivas, cuyo contrato, no se ha perfeccionado aún.

Tercero.—Que el otorgante Rivas se obligó a ratificar la venta hecha ala señorita Isabel Tamayo T., por la citada escritura número mil ciento siete, tan pronto como la permuta celebrada con la señora Mercedes Pardo de Rivas se elevara a escritura pública.

Cuarto.—Que no habiéndose cumplido con la formalidad de elevar a escritura pública dicha permuta, el otorgante señor Diego Rivas ratifica solamente en cuanto a la enajenación de una fanegada de terreno y la casa de habitación en él edificada, hecha en favor de la señorita Isabel Tamayo T., la mencionada escritura número mil ciento siete otorgada en esta Notaría el veinte de julio de mil novecientos ocho y que es

lo mismo que el otorgante había adquirido por adjudicación en la sucesión de la señora María Francisca Tovar de Rivas, de que ya se hizo mención".

En la partición de bienes de la sucesión de María Francisca Tovar de Rivas, protocolizada en la notaría 5ª de Bogotá, bajo el número 1710, el 10 de septiembre de 1902, fue adjudicado a Diego Rivas "el lote de terreno de la Estanzuelita, situado en este municipio de Bogotá, marcado en el plano con el número seis, de extensión de una fanegada, con la casa de habitación que queda dentro del lote, deslindado así: por el norte, con la pared que limita la corraleja y la huerta, hasta un mojón que se halla a diez metros de la esquina sur de la misma huerta; al sur, con la carretera de Soacha desde el lindero con los terrenos de Los Alisos, hasta la zanja que separa la huerta de los eucaliptos; al este con los terrenos de Los Alisos, por toda la antigua pared que separa las dos haciendas; y al oeste, con el lote quinto, por la zanja de la huerta de los eucaliptos, y la prolongación de ésta, hasta encontrar la pared de la huerta, a una distancia de diez metros de la esquina sur de la misma huerta".

Resulta, pues, de la anterior relación de títulos, que a Diego Rivas se le adjudicó, en la sucesión de María Francisca Tovar de Rivas, un lote de una fanegada de extensión, por linderos determinados. Esta adjudicación fue hecha en 1902. En 1908 Rivas vendió a Isabel Tamayo esta fanegada junto con otra fanegada, pero alinderándolas en común. En 1911 las partes se retractaron de esta venta, habiéndola ratificado solamente en cuanto al lote adjudicado a Rivas en la mortuoria. En 1914 Isabel Tamayo vendió a Pedro Ignacio Uribe U., solamente el lote que había sido adjudicado a Rivas en la sucesión. Esta venta fue ratificada por Isabel Tamayo y Rivas por escritura 68 de 10 de abril de 1915, otorgada ante el notario 2º de Bogotá. En 1919 Rivas declaró de nuevo que la venta que había hecho a Isabel Tamayo y la de ésta a Uribe había recaído solamente sobre el lote adjudicado a él en la mortuoria. En 1931 se adjudicó este mismo lote a Benito Posada M., en un juicio sobre venta de bienes hipotecados que siguió contra Uribe. Este mismo lote fue adjudicado el 20 de junio de 1939 a Julia Uribe v. de Posada y a Fernando María Posada Uribe en la sucesión de Benito Posada M.

De la titulación presentada por el demandante resulta, pues, que el título inscrito más antiguo **sobre el cuerpo cierto** que dicho demandante reivindica, es la escritura de 1942 sobre venta de Pedro Ignacio Uribe a Melguizo; y que el título más antiguo de dominio, exhibido por la demandada, **sobre el mismo cuerpo cierto,** es la escritura de venta de Abel Huertas a Juan Francisco Ruiz, de 1943. En efecto, como queda relatado, el título anterior de Uribe es la compra de derechos indeterminados por la escritura de 1919 a Diego Rivas; y el título anterior de Huertas es la compra de derechos **proindiviso,** al mismo Rivas, en 1924.

Cargos a la sentencia

Se examinan a continuación y separadamente los cargos hechos a la sentencia por la parte recurrente.

I

Se acusa el fallo recurrido por infracción directa del rtículo 946 del C. C. Funda este cargo el recurrente en que el demandante sólo invocó, como hechos fundamentales de su acción, los títulos inscritos atrás enumerados. Ahora bien: como el actor no exhibió los títulos de dominio de Uribe, el causante de Melguizo, sobre el lote objeto de la reivindicación, se sigue que la demandada ha debido ser absuelta, pues el tribunal no podía declarar al demandante dueño por usucapión, por no haber invocado, como fundamento de su demanda, tal prescripción adquisitiva.

Respecto de lo primero, el demandante, como se vió en la relación de títulos, presentó la escritura de 1942, que es título traslaticio de dominio sobre el cuerpo cierto que reivindica y que es anterior a la escritura de 1943, título presentado por la demandada sobre el mismo cuerpo cierto. Sin embargo, el recurrente afirma que, por cuanto el tribunal no exigió la prueba de la propiedad de Uribe, la sentencia infringió la norma legal que define la acción reivindicatoria. Esta tesis es inaceptable, dada la relatividad de la acción reivindicatoria y de la prueba del dominio que para triunfar en ella se exige.

La Corte ha dicho sobre este particular:

"El carácter de 'dueño', exigido por el art. 946 del C. C., y "la noción de 'propiedad', prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al rei-

vindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindincante un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto. Al 'dueño' que quiere demostrar 'propiedad' le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabolica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares. Prescindiéndo de la acción admitida por el art. 951 del C. C., semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el art. 950, pueden contemplarse varios casos. Llámese Pedro al demandante y Juan al demandado. Primer caso. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. Segundo caso. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan. Tercer caso. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título, sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin títulos". (Casación, 26 febrero 1936, XLIII, 339: 18 julio 1936, XLIII, 817; 22 septiembre 1943, LVI, 146; 18 agosto 1948, LXIV, 717)".

"La acción de reivindicación cuyo objeto principal es el de hacer conocer el derecho de propiedad del demandante, tiende, por vía de consecuencia, a obtener la restitución del inmueble reivindicado y a la restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa. Al demandante corresponde en esta acción justificar el derecho de propiedad que constituye el fundamento de su demanda. Cuando produce o presenta un título suficiente de propiedad y el demandado no presenta alguno, el reivindicador debe ser considerado como dueño, con tal que su título sea anterior a la posesión del demandado y éste no haya adquirido por prescripción la finca de que se trata. Si el título no es suficiente por sí solo para que la reivindicación prospere, será necesario demostrar el derecho de propiedad del antecesor en el dominio, es decir, deberá acreditarse también el derecho de dominio de este último y la circunstancia de que tal título es anterior a la posesión del demandado. En esta clase de juicios, como lo ha decidido la Corte en constante jurisprudencia, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque 'el carácter de dueño exigido por el art. 946 del C. C., y la noción de propiedad, prescrita por el art. 950 de la misma obra, son efectos esencialmente relativos en los juicios respectivos', como se lee en el fallo de 26 de febrero de 1936". (Casación, 30 junio 1947, LXII, 488).

Aplicando esta doctrina el caso sub-judice, resulta que, habiendo reconocido probada la posesión del demandante hasta 1942 y la de la demandada sólo desde 1943, el tribunal no infringió el artículo 946 del C. C., al aceptar como prueba del dominio el título del demandante que data de 1942, es decir, que es anterior a la posesión de la demandada. Y no infringió esa norma legal sustantiva, al darle preferencia a este título sobre el de la demandada que, como ya se ha visto, es anterior, pues data de 1943.

El otro fundamento de este cargo es que el tribunal no podía declarar probada la prescripción adquisitiva porque, según el recurrente, "en el juicio reivindicatorio el carácter de propietario es un hecho previo", es decir que, para que pueda alegarse com título de dominio en la acción reivindicatoria, la usucapión, es necesario que previamente, esto es, en un juicio previo o anterior, haya sido reconocida esa prescripción adquisitiva. Esta tesis carece de todo apoyo legal. El juez que reconoce la existencia de la prescripción adquisitiva no crea el título, sino que lo reconoce, es decir, declara su existencia anterior. Y no hay ninguna razón para exigir que se surta un juicio previo para aceptar ese título, pues, como acaba de verse, la declaración del dominio en la acción reivindicatoria es relativa. La Corte ha sostenido en casación de 5 de marzo de 1954 (G. J. números 2138 y 2139, páginas 69 y siguientes) que para intentar la reivindicación de una cosa que se ha adquirido por medio de la usucapión, no es necesario que el demandante ejercite o haya ejercitado previamente la acción declarativa de perte-

nencia por usucapión. Habiéndose consumado la prescripción adquisitiva y habiéndose adquirido por este medio el dominio, la acción reivindicatoria puede ejercitarse prósperamente contra quien alega una posesión fundada en título posterior al presentado por el actor, pues, precisamente uno de los efectos propios de la usucapión es conferir al prescribiente acción para exigir la restitución de la cosa en caso de que sea privado de su posesión.

En el presente caso el demandante alegó como hecho fundamental de la acción de dominio que ejercita, la posesión real y efectiva, quieta y pacífica del inmueble por Pedro Ignacio Uribe, desde 1914 que es la fecha en que la demanda (hechos 2° y 4º) dice que Uribe compró ese inmueble. Si el tribunal encontró probados los hechos constitutivos de la posesión prolongada que da lugar a la adquisición del dominio por usucapión, podía, por esta causa, declarar probado el dominio del demandante, sin violar el artículo 946 del C. C. Se concluye, pues, que este cargo es infundado.

—II

El recurrente, con base en las mismas consideraciones que acaban de examinarse, hace a la sentencia el cargo de ser violatorio de los artículos 950 y 951 del C. C., que se refieren también a los requisitos de la acción reivindicatoria. Por las mismas razones que acaban de exponerse, se rechaza este cargo.

III

Acusa el recurrente el fallo por haber infringido los artículos 740 y 756 del C. C.; el primero que define la tradición, y el segundo que dice que la de los bienes raíces se hace por la inscripción del título en el registro. Dice fundar este cargo en que "el actor invocó títulos de comprador, pues dice que poseyó las tierras de "La Estanzuelita" desde que las compró, y el sentenciador ha debido exigirlos, y al rechazar los presentados y no absolver a la demandada infringió" las disposiciones citadas y sus concordantes.

Este cargo no es distinto del primero ya examinado. Se trata de que el recurrente considera que el tribunal, violó los textos que definen la tradición, por no haber exigido la demostración del dominio de Pedro Ignacio Uribe, causante de Melguizo. Las mismas consideraciones hechas a propósito del primer cargo bastan para demostrar que éste carece igualmente de apoyo legal.

—IV—

Dice el recurrente que el tribunal sufrió "error de hecho en la apreciación de la prueba que se hace consistir en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 22 de julio de 1933", y que, como consecuencia de esa mala apreciación, violó los artículos 2518, 2521, 2522 y 2532 del C. C. El error de hecho en la apreciación de la prueba que puede fundar el recurso de casación según el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste en que el sentenciador haya tenido como probado un hecho por causa de haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra, de manera evidente, que tal hecho no existió; o, al contrario, en que lo haya tenido como no probado por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia en el proceso de un medio de prueba que demuestra evidentemente que ese hecho existió. (Cf. Casación 23 marzo 1954, G. J. Nos. 2138 y 2139, pág. 119 - 2ª).

El recurrente no dice cuál fue el hecho que el tribunal dió por probado contra una demostrac ón evidente que resulte de esa sentencia; o bien, cuál fue el hecho que el tribunal consideró no probado a pesar de una demsotración evidente suministrada por la dicha sentencia. Parece que lo que quiere significar es que el tribunal sufrió un error de hecho al considerar que la sentencia dictada en el juicio reivindicatorio de los herederos de José María Sierra S., contra Pedro Ignacio Uribe U., es una prueba de la posesión material, por el demandante, del lote disputado en este juicio. Pero para que el cargo así entendido tuviera eficacia, para que existiera el error de hecho evidente alegado, se necesitaría que tal fallo fuera una demostración evidente de que Uribe no tenía la posesión material del inmueble. Pero semejante demostración no aparece, porque el motivo de la absolución del demandado consistió en que no se pudo establecer en aquel juicio que el lote poseído por el reo era el mismo que se pretendía allí reivindicar, no en que Uribe no hubiera sido el poseedor del mismo inmueble objeto de la demanda base del presente juicio.

Pero, aún suponiendo la existencia de una mala apreciación de la prueba a que este cargo se refiere y que esa mala apreciación hubiera teni-

do como causa un error de hecho, tampoco sería motivo de casación este cargo, porque no incide sobre el fallo. En efecto: la causal de casación a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 C. J., consiste en una violación de la ley sustantiva a la cual se llega por causa de error de derecho o de hecho en la apreciación de la prueba. Las disposiciones del C. C., citadas por el recurrente a propósito de este cargo, dicen todas relación a las condiciones necesarias para adquirir el dominio de las cosas mediante la usucapión. Y aunque es verdad que la sentencia recurrida apoya la declaración del dominio del demandante sobre la cosa materia de la reivindicación en la posesión de ella durante el tiempo y con las condiciones necesarias para usucapir, no es éste el solo motivo determinante del fallo. Las conclusiones a que el tribunal, siguiendo al juzgado de primera instancia, llega después de estudiar las pruebas aducidas al juicio en relación con los requisitos de la acción reivindicatoria, están expresados así en la parte motiva de la sentencia:

"Por todo lo visto se concluye que el demandante tiene mejor derecho en esta litis que la parte demandada toda vez que los títulos aducidos por el primero en forma concatenada, hacen una relación a partir del año de 1908, que es, por consiguiente, muy anterior a la titulación presentada por aquélla que sólo parte del año de 1924.

"Y si se descarta la existencia de los títulos de una y otra parte, se queda en presencia del hecho de la posesión aducida por las partes, debiendo concluírse que es anterior la posesión de la parte actora por medio de su antecesor el señor Pedro Ignacio Uribe, a la de la demandada Blanca Bernal de Ruiz; pues, la del primero data de antes de 1926 en tanto que la de ésta sólo parte de 1943 o 1944; y la del señor Melguizo tiene en su favor una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada por medio de la cual se respetó su posesión, y en cambio la de la señora Bernal de Ruiz no encuentra en autos justificación alguna fuera de los títulos aducidos.

"Ahora bien, si la posesión de Uribe mucho mayor de diez años sobre la de J. Francisco Ruiz antecesor de Blanca Bernal de Ruiz, es título suficiente para usucapir al poseedor regular que es aquél que tiene justo título y buena fe, con mayor razón es oponible a la demandada, quedando por consiguiente, demostrado el primer elemento necesario para la prosperidad de la acción, o sea, que el Dr. Melguizo es propietario del inmueble".

Resulta, pues, que la decisión materia de este recurso tiene dos soportes:

a) que comparando los títulos de dominio presentados por el demandante con los exhibidos por la demandada, resultan antericres los del demandante; y

b) que el demandante adquirió el dominio por usucapión.

Ahora bien: al examinar el cargo primero se ha visto que el título actual del demandante, que es la escritura 359 de 12 de febrero de 1942, resulta anterior al título más antiguo exhibido por la demandada que sólo data del 3 de agosto de 1943. Esto, porque los títulos de una y otra parte, anteriores a estas fechas, no son traslaticios del dominio sobre el cuerpo cierto que es materia de la reivindicación, sino de derechos y acciones **pro indiviso** o de derechos hereditarios, como atrás quedó explicado. Y siendo esto así, aún cuando se destruyera, por este cargo, el soporte del fallo que consiste en la prescripción adquisitiva del demandante, subsistiría el que consiste en que su título es el más antiguo, siempre que ese título sea al mismo tiempo, anterior a la posesión material de la demandada. Y como el Tribunal no dió por probada la posesión de la demandada sino desde el año de 1943, se sigue, que solamente infirmando esta apreciación del sentenciador podría tener influencia sobre el fallo el hecho de que el demandante no hubiera adquirido, por medio de la usucapión, el inmueble cuyo dominio se disputa. Por consiguiente, mientras subsista la consideración de que el título del demandante es anterior a la posesión y al título de la demandada, la infracción de los artículos del C. C., que regulan la prescripción adquisitiva, que son los que el recurrente cita para fundar este cargo, no incide sobre el fallo. Se rechaza, pues, el cargo así formulado.

—V—

Dice el recurrente que acusa el fallo por violación directa de los artículos 946 y 2594 del C. C., y que la causa de esa violación consiste en que la finca materia del pleito no está determinada. Y no lo está porque la única determinación que aparece en los títulos es la de la cabida del lote —Una fanegada—. Pero sus linderos son imprecisos, pues ellos, según el recurrente, sólo están determinados en esos títulos por los nombres de

los propietarios de los predios colindantes y, no habiéndose hecho los correspondientes deslindes salvo en cuanto al lindero con los herederos de Benito Posada M., resultan, en realidad, indeterminados tales linderos.

El tribunal afirma, que "hay una exacta coincidencia entre el bien que retiene la demandada y el que ha sido objeto del dominio acreditado por el demandante. Esta es una apreciación de hecho, esto es, que la cuestión que este cargo suscita en casación es una cuestión de hecho la de saber si el lote deslindado en la demanda y en el título de dominio presentado por el demandante es el mismo poseído por la demandada actualmente. Se trata, pues, de que el tribunal dió por probado el hecho de la identidad y, por consiguiente, para infirmar esta apreciación, se necesita demostrar que el sentenciador sufrió error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba de este hecho fundamental de la acción. En efecto, solamente por un error de tal naturaleza puede la Corte desconocer la apreciación de las pruebas que hizo el juzgador de instancia.

Ahora bien: el cargo ha sido formulado como violación directa del artículo 946 del C. C., que define la acción reivindicatoria. El recurrente dice que ha sido violado dicho artículo en cuanto él exige que la cosa reivindicada sea **singular**, esto es, determinada. Pero si la inspección ocular y demás pruebas operantes en el proceso llevaron al tribunal a la convicción de que estaba demostrada la identidad del inmueble, y está apreciación de hecho está en firme, puesto que no se ha demostrado, ni aún alegado, que el tribunal sufriera error de hecho o de derecho al apreciar las pruebas de la identidad, el cargo no puede prosperar. La Corte ha dicho en casación de 27 de febrero de 1946 (G. J.) Tomo LXII, pág. 742).

"La acusación limitada al concepto de aplicación indebida del art. 946 del C. C., por falta de determinación de la cosa demandada no puede prosperar cuando el juez ha creído encontrar tal determinación en las pruebas del proceso puestas en relación con la demanda: habría que destruír esa apreciación probatoria del sentenciador demostrando error de hecho y señalando las pruebas mal apreciadas, como condición para llegar a la conclusión de que se ha violado por ese camino el citado artículo".

—VI—

Dice el recurrente:

Acuso el fallo por error de derecho en la apreciación de la prueba que consiste en las copias tomadas del juicio de deslinde que, por medio del mismo apoderado doctor Llinás P., adelantó el doctor Melguizo contra los sucesores de Benito Posada". Según el recurrente el error consiste en atribuír al deslinde mérito contra la demandada en este proceso reivindicatorio, no habiendo sido ella parte en aquel juicio de deslinde.

Este cargo está mal formulado. No se trata de que el tribunal sufriera error de derecho en la apreciación de la prueba, pues el hecho probado por las copias es el hecho del juicio y del deslinde que se practicó en él, y sobre estos hechos no hay debate ni el tribunal los ha negado. Se trata, en realidad, de una pura cuestión de derecho :la de saber si ese deslinde, sobre cuya realización no hay disputa, tiene o no determinados efectos jurídicos. El recurrente lo que sostiene es que el tribunal le dió efectos contra la demanda en este juicio, y que, por eso, violó el artículo 17 del C. C., que prohibe a los jueces que provean por vía de disposición general en sus fallos, en lugar de limitarse a decidir sobre el caso singular que se les somete.

Es claro que la cita de este artículo no es pertinente. En el juicio de deslinde el juez no proveyó por vía de disposición general. Ni parece que sea esto lo que el recurrente quiso decir. Más bien da a entender que el tribunal violó el conocido principio **"res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest"**. Pero lo que no se ve es desde qué punto de vista estima el recurrente que el tribunal le dió a este deslinde efectos contra la demandada. La sentencia lo tuvo en cuenta para la identificación del inmueble objeto de la demanda, pues, al determinar éste, el demandante menciona como colindantes de ese lote a los herederos de Benito Posada, conforme a la línea trazada en la diligencia de deslinde. Pero esta determinación hecha por el demandante en nada afecta, para el tribunal, los derechos que la demandada tenga sobre el terreno tal como quedó deslindado, o sobre otro mayor, de que ella esté o haya estado en posesión, ni el tribunal se funda en el deslinde para desechar los títulos presentados por la demandada sobre el terreno o parte del terreno que fue deslindado. Es decir, que el tribunal no considera ese deslinde como título de dominio oponible a la demandada, o sea, como título que pudiera producir efectos contra la demandada.

El cargo es, pues, infundado.

—VII—

Acusa el fallo el recurrente "por error de hecho y de derecho" en la apreciación de las siguientes pruebas: a) la escritura Nº 3025 de 19 de diciembre de 1919; b) los contratos de arrendamiento de Uribe, sobre el inmueble disputado, con el gobierno nacional; c) las copias de la articulación de desembargo y de la tercería excluyente en el juicio ejecutivo de Arcadio Fonseca contra Abel Huertas en el juzgado 6º del circuito de Bogotá y d) la escritura de venta de Pedro Ignacio Uribe a Melguizo Nº 359 de 12 de febrero de 1942.

Afirma el recurrente que por causa de error de hecho y de derecho en la apreciación de tales documentos, el tribunal violó los artículos 762, 775, 1155, 2522 y 2532 del C. C.

A—Se examina, en primer término, el cargo relativo a la escritura 3025 de 1919. Parece que este cargo consiste en que el tribunal sufrió error al apreciar dichos documentos como prueba del hecho de la posesión de Pedro Ignacio Uribe; es decir en que el tribunal violó el artículo 1155 del C. C., al entender que Uribe había poseído en su propio nombre y no en nombre de la sucesión de María Francisca Tovar de Rivas, habiendo incurrido en esa violación, por haber apreciado erróneamente la escritura de 1919 en que Rivas vendió a Uribe derechos y acciones en los remanentes de esa mortuoria.

Las nociones de error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba, están aquí fuera de lugar. Para que hubiera error de hecho en la apreciación de la prueba que consiste en esa escritura, se necesitaría que ese instrumento fuera una demostración evidente de que Uribe no estaba poseyendo materialmente el inmueble en su nombre sino en nombre de la sucesión, y tal demostración no resulta de esa escritura. Lo que con ella se demuestra es que Uribe no adquirió de Rivas el cuerpo cierto que es materia de la reivindicación, sino derechos herenciales. Pero esto no demuestra con evidencia inmediata, como lo exige la ley (artículo 520 C. J.), que Uribe no tuviera la posesión material sin título, o que no la tuviera sin base en ese título de compra de derechos indeterminados. Y en cuanto a error de derecho en la apreciación de esta prueba, para que él existiera se necesitaría que el tribunal hubiera infringido una disposición legal sobre materia probatoria, es decir, de aquellas que definen los medios de prueba o los valoran, al no dar por probado con esta escritura el hecho de que Uribe no poseyó para sí sino para la comunidad herencial. Y no aparece cuál sea la disposición sobre pruebas que el tribunal violó, ni el recurrente la cita.

B—A propósito de los contratos de arrendamiento con el Gobierno Nacional, se expresa así el recurrente:

«Los contratos de arrendamiento celebrados por don Pedro Ignacio Uribe con la Policía (folio 37 y siguientes, cuaderno 2º e inspección ocular sobre el Diario Oficial, folio 11), fueron también mal apreciados. En efecto, al folio 11, se ve que el contrato se refiere a una fanegada que por no tener linderos no se sabe cuál es. En el mismo folio al reverso, se ve que se trata de la fanegada del lote 6º, puesto que el lindero oriental es con tierras de José María Sierra. De modo que la inspección no arrojó luz en favor de la posesión de la otra fanegada y los declarantes tampoco, pues su testimonio va en contra de lo que dicen el acta sobre el Diario Oficial y las copias en relación con los linderos, pues todos tienen como lindero oriental los terrenos del señor Sierra, y solo en el contrato del folio 14 se habla de dos fanegadas, pero para esa época la tierra estaba secuestrada y embargada a nombre de Abel Huertas en el ejecutivo que se le seguía a éste y también pudo ser que de acuerdo con el secuestre o por tolerancia de éste, don Pedro hubiera arrendado ambas fanegadas ya que en ningún contrato de esos dijo don Pedro contratar como dueño, sino que dice ser "el contratista". Esto condujo a la violación del art. 762 del C. C.".

El recurrente considera, como se ve, que el tribunal incurrió en error —que no dice si fue de hecho o de derecho— al considerar los contratos de arrendamiento de Uribe con el Gobierno Nacional como prueba de la posesión material del inmueble litigioso. Se funda en que esos contratos versan sobre una fanegada de tierra, pero sin determinación de su situación y linderos.

Pero las copias de esos pactos celebrados en 1936, 1937 y 1938 mencionan una fanegada de tierra, situada en la finca "La Estanzuelita" y alinderada así: "por el norte, con lote de propiedad de Mercedes Pardo de Rivas; por el occidente, con el mismo lote; por el sur, con la carretera que conduce de Bogotá a Soacha; y por el oriente, con propiedad de los herederos de José María Sierra". La finca aparece, pues, determinada, por su situación y linderos.

Pero el recurrente alega que no está demostrado que la finca así determinada sea la misma que fue objeto de la demanda de reivindicación, es decir, que no está probada la identidad entre ese lote de una fanegada que fue objeto de los arrendamientos y el lote de una fanegada que se trata de reivindicar. De modo que este cargo se reduce al error de hecho en la apreciación de las pruebas de la identificación. Ahora bien: para considerar que el tribunal sufrió tal error de hecho, se necesitaría que de esas pruebas, o de otras no consideradas por el tribunal, resultara establecido de manera evidente, que los linderos indicados en los contratos de arrendamiento se refieren a un lote distinto del que fue deslindado en la demanda. Pero como tal evidencia no aparece en los autos, la apreciación del tribunal acerca de la identidad del inmueble que se trata de reivindicar con el que fue arrendado al gobierno en virtud de esos contratos, no puede considerarse infirmada por error de hecho en la apreciación de los documentos en que estos pactos constan. Y en cuanto a error de derecho en la apreciación de esas pruebas, no se ve por qué la estimación de ellas por el tribunal haya de considerarse violatoria de las normas legales que definen los medios de prueba o los valoran, ni el recurrente cita texto alguno, de esa clase, como infringido por el tribunal.

C—Respecto de las copias tomadas del juicio ejecutivo a que este cargo dice referencia, se expresa así el recurrente:

"Las copias del juicio ejecutivo, que obran a los folios 17 a 26 del C. 3º fueron mal apreciadas con error evidente al decir que no hacen tránsito a cosa juzgada, cuando lo que prueban es que don Pedro no tenía entonces la posesión. Obsérvese que la tercería excluyente tenía en el antiguo Código Judicial el carácter de juicio ordinario y que el desembargo se refiere a posesión mientras que en la tercería se discutía el dominio, y que los fallos no reconocieron ni dominio ni posesión a don Pedro Ignacio Uribe. Este error llevó a la violación de los artículos 2522 y 2532 del C. C., al incluír estos años 1928 a 1931 en la cuenta de los treinta (30) años".

Se ve, por lo transcrito, que, para el recurrente, el error de hecho evidente en que incurrió el tribunal consistió en haber tenido como probada la posesión material de Uribe, no obstante que las actuaciones del juicio ejecutivo que constan en esas copias, demuestran, evidentemente, que no tenía dicha posesión, o que ésta había sido interrumpida. En realidad no se trata de una apreciación de hecho sino de una de derecho. Lo que afirma el recurrente no es que el tribunal no diera por probadas, con esas copias, las actuaciones judiciales, que sería la cuestión de hecho; sino que el tribunal no dió a esas actuaciones judiciales probadas con las copias, sus consecuencias jurídicas; lo que constituye una cuestión de derecho. El cargo está mal formulado, pues se enuncia como mala apreciación de la prueba que condujo a la violación de los artículos 2522 y 2532 del C. C., disposiciones que se refieren a los requisitos de la posesión necesaria para adquirir el dominio por usucapión, cuando, en realidad, ese cargo consiste en que el tribunal computó el tiempo en que la finca aparece depositada en el juicio ejecutivo, como tiempo en que Uribe estuvo poseyendo esa finca, y en que, por haber hecho ese cómputo, infringió los artículos del C. C., que exigen la posesión no interrumpida por treinta años para adquirir la propiedad por prescripción extraordinaria (artículos 2532 y 2522 del C. C.).

En efecto, dice el tribunal:

"En 1928 Uribe continuó en la posesión material a pesar del embargo y depósito practicado en el ejecutivo que ante el juzgado 6º civil del circuito de Bogotá adelantó Arcadio Fonseca contra Abel Huertas, ya que ese depósito se hizo, pudiera decirse, simbólicamente en poder del señor Ignacio Forero ; y la decisión posterior del funcionario de la causa negando el desembargo pedido por Uribe, no funda la excepción de cosa juzgada ante la presente acción de dominio ejercitada por el sucesor del mismo Uribe".

Esta tesis del tribunal de que el embargo y depósito de la finca no interrumpió la posesión de Uribe, no es contraria al artículo 2522 del C. C. La Corte ha dicho:

"Ni el embargo ni el depósito de una finca, en juicio ejecutivo, implican interrupción natural ni civil de la prescripción. El poseedor del inmueble, sea el deudor o un tercero, no pierde la posesión". (Casación, 16 abril 1913, XXII, 376 4 julio 1932, XL, 180)".

«El embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del em-

bargo, no hay disposición alguna en el C. C., que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación". (Casación, 4 julio 1932, XL, 180).

Por lo demás, ya se vió atrás que, aun cuando se reconociera que el tribunal incurrió en violación de las normas que rigen la prescripción adquisitiva del dominio al declarar que ella se cumplió a favor del demandante, sobre el lote materia de la reivindicación, no habría lugar a casar la sentencia recurrida por esa causa, porque subsistiría siempre, como soporte del fallo, la consideración de que el título de adquisición del demandante, o sea la venta de Uribe a Melguizo en 1942, es anterior al título de adquisición de la demandada, o sea, la venta que hizo a ella Ruiz en 1943, siempre que, como lo admitió el tribunal, también el título del autor sea anterior a la posesión de la demandada.

D—Afirma el recurrente que el tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar la escritura Nº 139 de 12 de febrero de 1942, de la notaría tercera de Bogotá y que, como consecuencia de la mala apreciación de esa prueba originada en tal error, infringió los arts. 1155, 762, 752 y 2518 del C. C.

Se funda este cargo en que por la dicha escritura no adquirió Melguizo sino derechos y acciones herenciales porque Rivas no le había trasmitido sino derechos y acciones herenciales vinculados en el inmueble, y no el dominio de éste como cuerpo cierto. Así aparece de la escritura Nº 3025 de 1º de diciembre de 1919, otorgada ante el notario primero de Bogotá y que, como se vió en la relación de títulos, es el título de adquisición de Uribe el antecesor del demandante Melguizo, sobre el inmueble objeto de la reivindicación. El recurrente deduce de ahí que, como Melguizo no era titular sino de derechos y acciones en la sucesión de Mercedes Pardo de Rivas, no podía reivindicar para sí, sino para esa sucesión.

Desde luego, salta a la vista la gran impropiedad tecnológica con que está formulado este cargo. En efecto, no se trata de que el tribunal apreciara mal la prueba que consiste en la escritura de adquisición de Melguizo (cuestión de hecho), sino que se trata de si, por no haber adquirido su causante sino derechos y acciones herenciales, no le corresponde a él la acción reivindicatoria, sino a la sucesión cuyo era el inmueble donde radicaban los derechos herenciales enajenados por Rivas a Uribe. Esta es una pura cuestión de derecho y el cargo está mal formulado como infracción de la ley ssutantiva a través de una mala apreciación de la prueba.

Pero, considerando este cargo como de infracción directa de la norma sustantiva, le son aplicables las mismas consideraciones que se hicieron, al tratar del primer cargo, acerca de la relatividad de la acción reivindicatoria y de la prueba del dominio que en ella se exige.

Y se concluye, por tanto, que el cargo es infundado.

—VIII

Dice el recurrente que acusa el fallo como violatorio de los artículos 2513 del C. C., y 343 del C. J. Exigen estos textos que la prescripción se alegue, ya que el juez no puede declararla de oficio.

Al tratar del primer cargo se vió que el demandante invocó como fundamento de su demanda el hecho de haber poseído él y sus antecesores, de manera real y efectiva, quieta y pacífica, el inmueble litigioso, desde 1914. Es decir, que, para apoyar su aseveración de ser dueño de ese inmueble invocó el hecho que genera la prescripción. Esta afirmación equivale a la de ser dueño en virtud de la posesión prolongada durante el tiempo necesario para **prescribir** o **usucapir**. No empleó las palabras **prescripción** o **usucapión**, **prescribir** o **usucapir**, pero en el derecho moderno no hay palabras solemnes. Bastaba con alegar el hecho de la posesión prolongada como fundamento del dominio, pues el tribunal sabe cuál es la denominación jurídica de ese fenómeno: **iura novit curia**. Por tanto, este cargo es infundado.

—IX—

El recurrente formula también el siguiente:

'Acuso el fallo por violación directa del artículo 2518 del C. C., 'que exige las condiciones legales de la posesión para prescribir; así como de la misma violación del artículo 2º de la ley 120 de 1928, y, como consecuencia, la violación directa de los artículos 2527, 2528, 2529 y 2532 del C. C., al atribuírle al actor que ha probado la posesión por justo título, de buena fe, y por posesión material de treinta años, que es lo suficiente para la prescripción extraordinaria, con lo que se violaron por el mismo concepto los artículos 762, 764, 765, 769, 747 y 775 del C. C., que definen la posesión regular y el justo título y la mera tenencia".

Y resume así el recurrente, las razones de este cargo:

"1ª—Uribe no poseyó por los títulos de 1914 y 1915, primera intervención de él en la Estanzuelita, la fanegada o tierra en litigio; tampoco a partir de 1919, porque si el contrato de ese año le dió alguna entrada —lo que no consta— habría sido como heredero y no sobre esta fanegada que no es parte sin incluír en la partición, ni sobrante ni remanente".

"2ª—Tampoco se probó la posesión a partir de 1926 ,sino lo contrario, y aunque así hubiera sido, solo en 1956 se cumplirían los treinta años".

Acerca de la posesión material respectiva de cada una de las partes sobre el inmueble disputado, se expresa así el fallo recurrido:

"...Pero si Diego Rivas no tenía la posesión inscrita de la fanegada del lote Nº 5 cuando la vendió a Abel Huertas, tampoco la tenía Pedro Ignacio Uribe a quien no se la enajenó ni Mercedes Pardo de Rivas ni su sucesor en el dominio José María Sierra, quienes eran los únicos que podían legítimamente hacerlo por título escriturario. Sólo a título de poseedor material se explica que Uribe hubiera sido demandado por las sucesiones de José María Sierra y Zoraida Cadavid de Sierra, posesión que tuvo que haber ejercido mucho antes de 1926 y que continuó ejerciendo en 1927 cuando la arrendó, junto con el lote número 6 de que entonces todavía era dueño, al gobierno nacional con destino a la remonta de la policía nacional. En 1928 Uribe continuó en la posesión material a pesar del embargo y depósito practicado en el ejecutivo que ante el juzgado 6º civil del circuito de Bogotá adelantó Arcadio Fonseca contra Abel Huertas, ya que ese depósito se hizo, pudiera decirse, simbólicamente en poder del señor Ignacio Forero; y la decisión posterior del funcionario de la causa, negando el desembargo pedido por Uribe, no funda la excepción de cosa juzgada ante la presente acción de dominio ejercitada por el sucesor del mismo Uribe. La sentencia citada de la H. Corte Suprema de Justicia de 22 de julio de 1933 vino a confirmar la posesión material de Uribe en la mentada fanegada del lote Nº 5 de La Estanzuelita que éste continuaba ejerciendo, cuando en 1936, 1937 y 1938 la arrendó al gobierno nacional para servicio de la policía nacional; y finalmente en 12 de febrero 1942, por medio de la escritura Nº 359 de la notaría 3ª de este circuito la vendió a Carlos Melguizo particularizándola así: 'un lote de terreno denominado "La Estanzuelita", número 28-16 de la calle 1ª que tiene una extensión superficiaria aproximada de 10.000 varas cuadradas y determinado especialmente por los siguientes linderos: 'por el norte, con terreno de propiedad de los herederos del señor José María Sierra; por el sur, con el camino que de Bogotá conduce a Soacha; por el occidente, con terreno de propiedad de los herederos del señor José María Sierra; y por el oriente, con propiedad del señor Benito Posada M., hoy de sus herederos".

"En cuanto a la posesión material del lote por parte de la señora Blanca Bernal de Ruiz, en el hecho 7º de la demanda se dice que "el 20 de septiembre de 1949 aparece hecha una diligencia de avalúo y depósito del lote ya alinderado, dentro del juicio ejecutivo del señor Hernando Alfonso contra la señora Blanca Bernal de Ruiz, habiéndose encontrado dentro del lote a un sujeto que dijo llamarse José Casas y quien dijo tener la finca por orden y cuenta de la señora Bernal de Ruiz".

"Las copias aducidas por la demandada tomadas del juicio ejecutivo promovido ante el juzgado 6º civil del circuito de esta ciudad por Hernando Alfonso contra Blanca Bernal de Ruiz traen las declaraciones de Roberto Mayorga, José Casas y J. Francisco Ruiz recibidas en los días 21 y 28 de noviembre de 1949 en donde los testigos afirman que conocieron el lote de terreno situado en la avenida 1ª de esta ciudad marcado con el número 28-16, hacía más de seis años"; es decir, desde 1943; que desde ese año José Casas (uno de los testigos) como arrendatario de Ruiz (otro testigo que al mismo tiempo fue la persona de quien adquirió la demandada el lote y estos dos esposos entre sí) entró a ocupar el lote precisado y ha continuado ocupándolo pagando arrendamiento en los tres primeros años a Ruiz y en los restantes a Blanca Bernal de Ruiz".

"Estos testimonios que por algunos aspectos son contradictorios, v.gr., cuando expresan los testigos que no conocieron el lote haría unos seis años de la fecha en que depusieron, para más adelante afirmar que les constaba también la posesión del mismo lote por parte de Abel Huertas, o sea por un lapso mayor de 10 años y de otro lado se resienten de parcialidad, que se supone, como el del señor Ruiz, no pueden estimarse como la prueba de una posesión regular por parte de la demandada a través de su arrendatario José Casas a quien según el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el entonces juzgado del conocimiento dentro de este juicio el día 20

de abril de 1951 se encontró en el predio. Pero la razón principal para no aceptar estos testimonios es la de que están en contradicción con lo que aparece también del acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el entonces juzgado del conocimiento dentro de esta causa en el archivo del Ministerio de Gobierno el día 27 de abril de 1951, y en los contratos de arrendamiento celebrados entre el antecesor del demandante en la posesión del inmueble, Pedro Ignacio Uribe y el gobierno nacional cuyas copias debidamente expedidas obran en autos, puesto que en virtud de ellas la policía nacional tuvo el inmueble en arrendamiento desde 1927 a 1942 y mal podía al mismo tiempo tenerlo en posesión la demandada o sus antecesores de quienes pretende derivar su derecho, por sí o por medio de terceras personas".

Según se vió atrás, el tribunal considera que, descartando los títulos inscritos, aparece que la posesión del demandante y sus causantes excede en mucho más de diez años sobre la de la demandada y los suyos, por lo cual concluye el sentenciador que el demandante probó ser dueño por usucapión del lote disputado.

El recurrente ataca este fundamento del fallo como violatorio del artículo 2528 del C. C., en relación con los demás textos que establecen los elementos constitutivos de la prescripción adquisitiva del dominio. Considera que esa violación consiste en haber creído el sentenciador que el demandante probó la posesión regular, con justo título y buena fe, del inmueble reivindicado, durante el tiempo necesario para usucapir; y en que consideró probada la posesión material de treinta años necesaria para que se cumpliera la prescripción adquisitiva extraordinaria. Esta última afirmación no es exacta. El tribunal no funda el fallo en la posesión material de Melguizo y sus antecesores por treinta años. Tampoco es exacto que sea éste forzosamente el término de la prescripción extraordinaria, sino a elección del prescribiente, el de veinte (20) años, contados desde la vigencia del artículo 1º de la ley 50 de 1936, o el de treinta (30) años, que fijaba la legislación anterior, contados desde la iniciación de la posesión. En efecto el artículo 41 de la ley 153 de 1887 dispone que la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se haya completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podría ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero que, eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva haya empezado a regir.

Pero, en realidad, el tribunal lo que afirma es que la posesión de Uribe "data de antes de 1926, en tanto que la de la demandada sólo parte de 1943", es decir, que no considera completa, en este caso, la prescripción extraordinaria, porque cuando se hizo la reforma legal que redujo el plazo necesario para usucapir, no se había cumplido todavía el término que fijaba la ley anterior, de modo que, aplicando el citado artículo 41 de la ley 153 de 1887, resulta que, si el prescribiente se acogiera al término reducido de veinte años según la ley nueva, éste empezaría a contarse desde 1937 y no se cumpliría sino en 1957; y si se acogiera al de la ley anterior, tampoco se habrían cumplido treinta años desde 1926, única mención que hace el tribunal acerca de la época en que se inició la posesión de Uribe. Debe, además, tenerse en cuenta que el tribunal da por probado que la posesión de la demandada comenzó en 1943, de modo que hasta este último año, no habrían corrido, desde 1926, sino diez y siete años de los treinta del término necesario para la prescripción según la ley antigua; y no habrían trascurrido sino seis años del término de veinte fijados por la ley nueva y que deben contarse desde 1937, año en que empezó a regir esta última.

Queda por ver si el tribunal, al afirmar que la posesión de Uribe es muy anterior a 1926, entiende que ella se extendió a una época anterior en treinta años a la posesión de la demandada. Pero en parte alguna del fallo afirma el sentenciador que la usucapión que reconoce como modo de adquisición del dominio por el demandante, se funde en posesión de treinta años, pues se limita a reconocer la usucapión fundada en que la posesión de Uribe, causante del actor Melguizo, es "mucho mayor de diez años sobre la de J. Francisco Ruiz, antecesor de Blanca Bernal de Ruiz", la demandada; y en que, esa posesión "es título suficiente para usucapir" y puede oponerse a la demandada. Es decir, que el tribunal fundó su declaración de usucapión en haber demostrado el demandante que él y sus antecesores habían poseído el inmueble durante más de diez años antes de que la demandada y sus antecesores hubieran entrado en posesión de él y en que, por medio de esa posesión, dicho demandante había ya adquirido el dominio de ese fundo, por prescripción, antes de que la demandada y sus causantes hubieran entrado a poseerlo; y en que,

como esta posesión de la demandada y sus causantes no alcanza al término de la usucapión, prevalece sobre ella la del demandante y sus autores.

Para que haya lugar a la adquisición del dominio por posesión que no alcance al término de la prescripción extraordinaria, se requiere, según el artículo 2528 del C. C., que la posesión sea regular, es decir, que proceda de justo título y haya sido adquirida de buena fe (artículo 764 C. C.). La buena fe se presume pero el título justo debe ser probado por quien alega la usucapión. Ahora bien: cuál es el justo título en virtud del cual poseyó Pedro Ignacio Uribe el lote materia de este juicio de reivindicación? No aparece otro, según el análisis de los títulos hecho por el juzgado y acogido por el tribunal, que la escritura número 3025 de 19 de diciembre de 1919, de la notaría 1ª de Bogotá. Pero, por esta escritura sólo hechos y acciones indeterminados que tuviera el tradente, en la sucesión de María Francisca Tovar de Rivas, vinculados al inmueble que se trata de reivindicar. Y éste, como ya se vió al examinar los cargos anteriores, no es justo título traslaticio del dominio de ese inmueble. Porque el justo título traslaticio es un acto jurídico capaz, por su naturaleza, de trasferir el derecho que se trata de prescribir y que lo hubiera trasferido efectivamente si hubiera emanado del verdadero dueño de ese derecho. En el presente caso resulta que el acto jurídico de cesión de los derechos hereditarios, no tiene como finalidad la de trasmitir el dominio sobre el cuerpo cierto a que se dicen vinculados esos derechos y, por tanto, aún suponiendo que el cedente hubiera sido propietario del inmueble en que dijo estaban ellos vinculados, no habría trasmitido ese dominio, porque su voluntad expresada en tal caso no fue la de trasferir la propiedad del cuerpo cierto sino la de enajenar sus derechos herenciales de cuota indeterminada y que pudieran recaer sobre ese cuerpo cierto. Por tanto, ese acto de cesión no es justo título traslaticio del dominio sobre el cuerpo cierto objeto de este juicio reivindicatorio y no podía, por consiguiente, servir de base para adquirir, por prescripción ordinaria o de diez años, la propiedad de ese cuerpo cierto.

De lo expuesto se deduce que el tribunal, al aceptar ese título como fundamento de la posesión regular generadora de la adquisición del dominio por usucapión, infringió directamente el artículo 2528 del C. C., que exige, para ganar la prescripción ordinaria, posesión regular no interrumpida; y el 764 del mismo código, que exige justo título para la posesión regular, textos que el recurrente cita como violados.

Sin embargo, no basta la no existencia de la usucapión para que la sentencia recurrida pueda ser casada, porque, como ya se observó al examinar el cuarto de los cargos, la parte resolutiva del fallo tiene otro fundamento que es el de que, comparando el más antiguo título de dominio presentado por el demandante con el más antiguo de los exhibidos por la demandada, resulta anterior el de aquél, el cual es, al mismo tiempo, anterior a la posesión material de la demandada, según la apreciación del fallador de instancia.

—X—

Dice el tribunal:

"La demandada no manifestó expresamente que se oponía a la presente acción del demandante, ya que como se anotó al principio de este fallo, no contestó la demanda. Pero de los documentos que durante el término probatorio pidió y se ordenó tener como medios de prueba de su parte, se deduce que en contra de los títulos de aquel pretende oponer el derecho derivado de las distintas enajenaciones de los sucesores en el inmueble en litigio, que de acuerdo con esa titulación arranca de Diego Rivas que vendió a Abel Huertas en 4 de agosto de 1924, éste a Juan Francisco Ruiz G., en 3 de agosto de 1943; y Ruiz a la demandada Blanca Bernal de Ruiz en 1º de abril de 1946.

"Se vió antes, que la demandada no adujo el instrumento con el cual se demostrara que en realidad la fanegada que Diego Rivas dijo vender a Abel Huertas la hubiera adquirido por permuta celebrada con Mercedes Pardo de Rivas, y que tal prueba era imposible por haber vendido dicha señora Pardo de Rivas a José María Sierra esa fanegada junto con el resto del lote Nº 5 de La Estanzuelita en 1910.

"Siendo esto así, el instrumento Nº 1.673 de 4 de agosto de 1924 de la notaría 2ª de Bogotá es inhábil para fundar sobre él la tradición del inmueble a que se refiere, y de consiguiente, los números 2121 de agosto de 1943 de la notaría 3ª de este circuito y 3110 de 1º de abril de 1946 de la misma notaría, son igualmente ineficaces para demostrar las enajenaciones de Abel Huertas a Francisco Ruiz G., y de éste a Blanca Bernal de Ruiz".

Respecto de esta consideración fundamental

del fallo recurrido, el recurrente hace el siguiente cargo, bajo el epígrafe "Títulos de la demandada":

"Acuso el fallo también por violación directa de los artículos 764, 765, 768 del C. C., en relación con la mala calificación que se hizo respecto a posesión regular, justo título y buena fe, no sólo en cuanto a mi mandante y sus antecesores Juan Francisco Ruiz y Abel Huertas, sino en cuanto al actor y por la misma violación directa del art. 950 del C. C., al reconocerle facultad para reivindicar al actor sin ser el dueño, como consecuencia de la mala interpretación de mis pruebas".

Más adelante, bajo el mismo epígrafe y refiriéndose al mismo cargo, agrega el recurrente:

"Acuso el fallo recurrido por error de hecho que aparece manifiesto en los autos, y por error de derecho al apreciar erróneamente en la confrontación de los títulos de parte y parte, la prueba que consiste en la escritura número 1673 de 4 de agosto de 1924, notaría segunda, inscrita el 22 del mismo mes y año, por medio de la cual Diego Rivas vendió el lote en disputa a Abel Huertas, prueba ésta completamentada con las copias del juicio ejecutivo que adelantó Arcadio Fonseca contra Abel Huertas en el juzgado sexto del circuito de Bogotá y con la escritura de venta que Abel Huertas hizo a Juan Francisco Ruiz, o sea la número 2121 de 3 de agosto de 1943, de la notaría tercera de Bogotá, pruebas éstas consecuencialmente apreciadas con error manifiesto también. En su orden, obran estas pruebas a los folios 11, 17 y 9 del cuaderno 3º, pruebas de la demandada. Esta apreciación errónea llevó al Tribunal, al acoger y reproducir el fallo del juzgado, al quebrantamiento de las siguientes normas del C. C., 764, 765, 768, 757; 759 y 2525".

Es antitécnico el vocabulario de que se sirve el recurrente para calificar o denominar el cargo así planteado. Aparece incluso, contradictoria tal denominación, pues, como se ve, el recurrente usa simultánea e indiscriminadamente, por una parte, la expresión **violación directa** y por otra, la de **error de hecho y error de derecho al apreciar la prueba que consiste en la escritura Nº 1673 de 4 de agosto de 1924** en la confrontación de los títulos de una y otra parte. Pero es manifiesto que lo que el recurrente alega, como fundamento del cargo, no es que el tribunal **hubiera desconocido o hubiera considerado no probados los hechos que constan en esa escritura**, sino, solamente, que el tribunal **no dedujo de esos hechos las consecuencias jurídicas que ellos tienen** conforme a las leyes sustantivas. Lo que se plantea en este cargo no es una **cuestión de hecho**, sino una **cuestión de derecho**. Por consiguiente, las expresiones **error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba**, que emplea el recurrente, están impropiamente usadas; pero como es claro el sentido del cargo, la Corte debe atenerse a tal sentido para ver si está fundado, no sin poner de presente la gran impropiedad de los términos usados para formularlo.

El tribunal sentó una tesis jurídica al afirmar que la escritura 1673, de que se viene tratando, es inhábil para fundar la tradición, es decir, que ella no constituye un título traslaticio de dominio porque no se demostró que el vendedor Diego Rivas fuera el verdadero dueño del inmueble vendido. Esta tesis es contraria al artículo 765 del C. C., según el cual son títulos traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para trasferirlo, como la venta. El solo hecho de que no se hubiera demostrado que el tradente Rivas era el dueño de la cosa vendida, no le habría quitado su carácter de título traslaticio de dominio a la venta, ni su naturaleza de tradición del inmueble al registro de ese título, de acuerdo con el artículo 756 del C. C. La tesis contraria, llevaría a la exigencia de la llamada **probatio diabolica**. Pero, como ya se vió, la mencionada escritura no fue instrumento de venta del cuerpo cierto litigioso, sino de derecho **pro indiviso** en ese inmueble. Por tanto, ese título traslaticio del dominio sobre una cuota indivisa no puede oponerse como título anterior de dominio a la escritura 359 de 12 de febrero de 1942, que sí versa sobre cuerpo cierto, y que es el título más antiguo sobre dicho cuerpo cierto que el demandante alega en su favor, contra la venta de Huertas a Ruiz (escritura 2121 de 3 de agosto de 1943), que es el más antiguo título sobre cuerpo cierto, exhibido por la demandada. De la comparación de títulos resulta siempre anterior el del actor; de manera que, auncuando el tribunal violara el artículo 756 del C. C., al exigir a la demandada la prueba del dominio de Rivas, tradente de Huertas, es lo cierto que este error jurídico no trae como consecuencia la casación del fallo, porque Rivas no constituyó a favor de Huertas, por la citada venta, un título de dominio sobre el inmueble litigioso, sino sobre una cuota indivisa de ese inmueble.

Pero, como ya se ha visto, no basta que el título registrado del demandante sea anterior al de la demandada; se necesita, además, para que el de-

mandante triunfe en el pleito sobre reivindicación, que su título sea **anterior a la posesión** de la demandada. El tribunal estima que la posesión de la demandada no empezó sino en 1943, lo cual significa que el título del demandante, que data de 1942, es anterior a dicha posesión.

El recurrente sostiene, como se vió al examinar el cargo séptimo, que la posesión material del demandante no es anterior a la de la demandada, pues aquél perdió esa posesión desde el 17 de julio de 1928, día en que la finca fue secuestrada en el juicio ejecutivo de Arcadio Fonseca contra Huertas. Pero el tribunal consideró que ese secuestro no había sido real y que Uribe había seguido en la posesión de la finca hasta 1942, como se demuestra por los contratos de arrendamiento celebrados por el con el gobierno nacional. Por otra parte, la sentencia desecha las pruebas presentadas por la parte demandada para demostrar su posesión con anterioridad a 1943 y llega así a la conclusión de que el título del demandante es anterior a la posesión material de la demandada. Las acusaciones hechas por el recurrente al fallo con base en la apreciación de las pruebas de la posesión material del demandante, ya fueron examinadas al estudiar el cargo séptimo y no se encontraron fundadas.

Se concluye, pues, que este cargo no incide sobre el fallo.

—XI—

Dice el recurrente, por último, que acusa el fallo por la causal segunda del artículo 520 del C. J., es decir, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio por las partes.

Este cargo se funda en que no es lo mismo que la sentencia hubiera declarado, como se pidió en la demanda, que la cosa objeto de la reivindicación pertenece en pleno dominio y propiedad al demandante, que decir, como se dijo en la parte resolutiva de la sentencia, que se declara que el demandante es el único dueño absoluto y con mejor derecho al inmueble objeto de la reivindicación.

También alega el recurrente, para fundar este cargo, que el actor no pidió que se le reconociera como dueño en virtud de la usucapión y que, sin embargo, el fallo así lo declara.

Respecto de esta última alegación, la Corte se remite a lo ya dicho acerca del cargo octavo.

En cuanto a la primera, se observa que la expresión "declárase que el demandante es el único dueño absoluto y con mejor derecho de la finca", que fue la empleada por el juzgado de primera instancia y ratificada por el tribunal, es extravagante, por cuanto la declaración de dominio en el juicio reivindicatorio es relativa, como atrás se vió. Pero, por lo mismo, la expresión **dueño absoluto**, no puede entenderse en el sentido que le atribuye el recurrente para fundar este cargo, pues la sentencia debe entenderse dictada dentro de la restricción que contiene el aforismo **res inter alios udicata aliis neque nocere neque prodesse potest.** La pretensión deducida por el demandante fue, según los términos de la demanda, la de que se le declarara dueño, con pleno dominio y propiedad, de la finca litigiosa; si el tribunal dijo que lo declaraba dueño absoluto y con mejor derecho, no se puede entender esta declaración sino en el sentido de que lo declaraba con mejor derecho que la demandada al dominio pleno de la cosa. La impropiedad que puede notarse en la expresión que usó el juzgado no alcanza, pues, a fundar el cargo de incongruencia.

Del examen de los cargos hechos por el recurrente a la sentencia objeto del recurso se concluye, pues, que no hay motivo legal para infirmarla.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá proferida el veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) y que ha sido objeto de este recurso.

Condénase a la parte recurrente en las costas del recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía. —Manuel Barrera Parra. —José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA CASACION NO PUEDE REVALUAR EL CONCEPTO DE LOS JUECES DE INSTANCIA SOBRE SI LOS HECHOS PROBADOS CONSTITUYEN O NO LA VIOLENCIA CON VIRTUD SUFICIENTE PARA VICIAR EL CONSENTIMIENTO.—EL ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS Y EL RECURSO DE CASACION

1—Se ha repetido insistentemente que para socavar la convicción del Tribunal por error de hecho, se requiere que el yerro sea de tal magnitud que de la prueba no apreciada surja fatalmente, sin la menor vacilación, el hecho opuesto al que dió por acreditado el juez de instancia como consecuencia de su equivocación. No se trata de yerros, de omisiones, de mayor o menor entidad, sino de fallar tan graves que sobre la ausencia cierta de la prueba se haya admitido la demostración del hecho o que ante la prueba evidente en autos se haya negado la existencia del hecho. La materia concierne al fuero autónomo de que goza el fallador de instancia en la función de investigar en el juicio lo tocante a la prueba de los hechos que configuran la acción ejercida. Y por ello, el error de hecho, una vez demostrado, debe conmover de tal suerte la apreciación del juzgador, que ésta se desplome para destruir el hecho que había sido admitido, o admitir el que había sido negado; mas sin lugar a la menor duda, porque si cabe alguna, será imposible la presencia de esta especie de error.

2—La casación no puede revaluar el concepto de los jueces de instancia sobre si los hechos probados constituyen o no la violencia, con virtud suficiente para viciar el consentimiento, o en otras palabras, si tales hechos reúnen los requisitos exigidos en abstracto por la ley, pero condicionados a las circunstancias propias del caso y en especial a las condiciones personales de quien sufrió la fuerza.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).— Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte resuelve sobre el recurso de casación introducido contra la sentencia de 7 de mayo de 1953, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio de Juan de Dios Trujillo contra María Josefa Losada de Icopo, Lucas Cediel y Mateo Trujillo.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Juan de Dios Trujillo vendió a María Josefa Losada de Icopo una finca denominada "Pedernal" o "Callejón", ubicada en el Municipio de Agrado, en el Departamento del Huila, según consta en escritura número 12, de 26 de enero de 1946, de la Notaría del mismo lugar.

2.—María Josefa Losada de Icopo celebró con Lucas Cediel, el 7 de junio del mismo año contrato de renta vitalicia, por medio del cual la primera dió al último, como precio, la finca mencionada, tal como aparece de la escritura Nº 77, de 7 junio de 1946, de la citada Notaría.

3.—A su turno Lucas Cediel vendió el fundo en referencia a Mateo Trujillo, mediante el instrumento número 661, de 6 de septiembre del mismo año, pasado en la Notaría del Circuito de Neiva.

4.—Juan de Dios Trujillo ha demandado a María Josefa Losada de Icopo, Lucas Cediel y Mateo Trujillo, sucesivos titulares del predio llamado "Pedernal" o "Callejón", para que se declare que son nulos los contratos celebrados por medio de aquellas escrituras, se ordene la restitución de la finca al actor, con sus frutos, y se le reconozcan los deterioros que haya sufrido el inmueble en poder de los demandados.

5.—Alega el actor que la venta perfeccionada según la escritura Nº 12 de 26 de enero de 1946, adolece de nulidad por haber sido compelido a celebrarla por medio de violencia; y que ésta consistió, habiendo sido reducido a la cárcel a causa de denuncio por estafa formulado por la compra-

dora, en haberlo amenazado de seguir allí si no consentía en la venta, a cuyo efecto fue llevado en la noche del 26 de enero de 1946, a la Notaría del lugar (Agrado), en donde, ante la amenaza dicha, suscribió el instrumento.

6.—Los demandados se opusieron al libelo. La sentencia de primera instancia, fechada el 22 de agosto de 1952, fue absolutoria; la del Tribunal la confirmó, el 7 de mayo de 1953; y habiéndose tramitado el recurso de casación interpuesto por el actor, se procede a decidir.

CAPITULO SEGUNDO

La casación, causal y cargo

7.—Invoca el recurrente la causal primera (ordinal 1º artículo 520 C. J.), y formula el siguiente cargo:

'Haberse violado con la sentencia, por apreciación errónea de los testimonios de Diógenes Martínez, Jerónimo Polanco, Jorge Eliécer Gómez, Feliciano Penagos, Dolores Narváez de Penagos, Ramón Sánchez, Simón Parra y por **falta de apreciación** de las sentencias de cuatro de febrero y nueve de diciembre de 1947, dictadas por el Juzgado Superior de Garzón y Tribunal de Neiva, respectivamente; de la denuncia penal de Josefa de Icopo contra Juan de Dios Trujillo y su memorial de desistimiento; de las posiciones absueltas por Juan de Dios Trujillo, Mateo Trujillo, Lucas Cediel y Josefa Losada de Icopo; de la declaración de Manuel Losada y de los documentos de crédito a favor de Trujillo, constituídos por Manuel Antonio Herrera y el Banco de Bogotá, por error de hecho, los artículos 6, 16, 963, 964, 1502, 1508; 1513, 1514, 1740, 1741 y 1746 del código civil; pues contra toda evidencia no halló probado el Tribunal que los métodos empleados contra Juan de Dios Trujillo para hacerlo firmar la escritura de venta a María Josefa Losada de Icopo, el 26 de enero de 1946, viciaron su consentimiento en la celebración del aludido contrato de compraventa.

"La sentencia del Tribunal de Neiva, después de interpretar la demanda en el sentido de que lo pedido en ella es una nulidad relativa, fundada en actos de coacción e intimidación inhibitorios de la voluntad; o sea, que en el presente juicio se trata es de averiguar si Juan de Dios Trujillo obró libremente y con plena voluntad cuando firmó la escritura Nº 12 de enero 26 de 1946, o si por el contrario, su consentimiento dado a la celebración del contrato, estuvo viciado por fuerza; después de esto, la sentencia hace un estudio jurídico sobre los vicios del consentimiento y especialmente sobre la fuerza o violencia moral (fls. 27 y 27 v. C. 4), que sin apartarse de lo elemental, es técnico, pero deja bastante por decir".

2.—El cargo consiste, por tanto, en la **infracción indirecta** de los preceptos legales citados, debido:

a) A **apreciación errónea** de los testimonios de Diógenes Martínez, Jerónimo Polanco, Jorge Eliécer Gómez, Feliciano Penagos, Dolores Narváez de Penagos, Ramón Sánchez y Simón Parra; y

b) A **falta de apreciación:** 1) de las sentencias dictadas en el proceso penal seguido contra Juan de Dios Trujillo por denuncia de María Josefa Losada de Icopo; 2) de la denuncia referida y memorial de desistimiento; 3) de las posiciones absueltas por Juan de Dios Trujillo, Mateo Trujillo, Lucas Cediel y Josefa Losada de Icopo; 4) de la declaración de Manuel Losada; y 5) de los documentos de crédito a favor de Juan de Dios Trujillo, constituídos por Manuel Antonio Herrera y el Banco de Bogotá.

En consecuencia, las infracciones indirectas de la ley se hacen consistir en **haber estimado la sentencia erróneamente** unas pruebas, y en **no haber estimado** otras, esto es, en errores de derecho y de hecho, respectivamente; sin embargo, el recurrente concreta luego la acusación en lo que respecta a la tarea del Tribunal sobre las pruebas de los hechos constitutivos de la acción incoada, en errores **de hecho** exclusivamente.

3.—Para fundar el cargo comienza por exponer sobre la violencia como vicio del consentimiento; comenta la norma del artículo 1513 del C. C., y cita a algunos notables tratadistas nacionales y extranjeros, así como la doctrina de esta corporación, contenida en varios fallos.

Sobra advertir que la exposición, de importancia en el campo doctrinario, carece de alcance en una casación en la cual el cargo es por errores de hecho del sentenciador al inquirir en el proceso por la prueba de los hechos fundamentales de la demanda.

4.—Ya en el terreno de las pruebas el recurrente concreta el cargo así:

"Los testigos Jerónimo Polanco, Jorge Eliécer Gómez, Feliciano Penagos y Narváez de Penagos, exponen lo siguiente: 1º Que la escritura número 12 de 26 de enero de 1946 por la cual Juan de Dios Trujillo vende la finca El Pedernal a María Josefa Losada de Icopo, fue firmada en la Nota-

ría de Agrado, a las diez de la noche, estando presentes el doctor Misael Mejía Mejía, José Manuel Gómez, Lucas Cediel, Ramón Sánchez, Víctor Julio Trujillo y María Josefa Losada de Icopo; 2º Que el día 26 de enero de 1946 Juan de Dios Trujillo se hallaba detenido en la cárcel de Agrado por orden del Alcalde y que fue sacado a las diez de la noche y conducido a la Notaría por el agente de policía llamado Víctor Julio Trujillo; 3º Que al leérsele a Trujillo la escritura de traspaso de sus bienes manifestó que no la aprobaba, ni la firmaba, por lo cual el doctor Mejía lo recriminó, le manifestó que si no firmaba, era porque estaba amañado en la cárcel y que dirigiéndose al alcalde, le dijo: "sámpelo otra vez a la cárcel, este es un pícaro, comete una picardía, le damos a ganar mil pesos y todavía no quiere firmar"; 4º Que el señor Trujillo se vió obligado a firmar la escritura coaccionado por fuerza y violencia y amenazado de la libertad; 5º Que lo expuesto lo observaron y oyeron desde las ventanas de la Notaría, que dan a la calle".

5.—El Tribunal analiza así la prueba testimonial:

"El demandante considera que con las declaraciones solicitadas ha acreditado el hecho plenamente. Al respecto es necesario analizar lo que dicen los testigos.

"La declaración de Diógenes Martínez, como lo hace presente el señor Juez, no debe tenerse en cuenta porque se limitó a decir que lo preguntado le constaba, sin dar razón de su dicho, ni anotar en concreto qué era lo que le constaba de las preguntas que se le hicieron. Es bien sabido que declaraciones rendidas en esa forma contrarían las normas procedimentales y especialmente la contenida en el tercer párrafo del artículo 688 del Código Judicial.

"En cuanto a los testigos Jerónimo Polanco, Jorge Eliécer Gómez, Feliciano Penagos y Dolores Narváez de Penagos, el señor Juez las critica porque dice son rendidas sin que en ellas se note espontaneidad del testigo, sino más bien con sujeción a una pauta. Al respecto verdaderamente llama la atención que los citados testigos después de más de 4 años de ocurridos los hechos recordasen los detalles tan precisos y hayan sido capaces de repetir en total acuerdo las palabras precisas que dicen pronunció el Dr. Mejía Mejía en aquel acto a las 10 de la noche cuando increpó a Trujillo en la siguiente forma: "Qué no la aprueba?

Que no la firma? y que luego se dirigió al señor Alcalde para pedirle que lo volviera a meter a la cárcel porque era un pícaro. Al contestar el pnto sexto los mencionados testigos manifiestan que Juan de Dios Trujillo se vió obligado a firmar la escritura coaccionado por la fuerza. Aseguran que tales hechos tuvieron lugar a las 10 de la noche del día 26 de enero de 1946 y los testigos Jerónimo Polanco, Feliciano Penagos y Dolores Narváez de Penagos aluden a que cuando se firmó la escritura señalada con el número 12 del 26 de enero de 1946, ellos presenciaron y oyeron que Juan de Dios se negaba a firmarla. Verdaderamente sorprende que personas muy alejadas de las disciplinas mentales, hayan tenido tan feliz memoria para recordar no solamente los hechos globalmente considerados como (sic) sí es aceptable, sino precisarlos (sic) con fecha, hora y número de la escritura, a tiempo que según ellos mismos lo dicen, no estuvieron en el recinto del local de la Notaría, sino al lado de afuera oyendo lo que ahí pasaba por una ventana. Pero es más, dichos testigos, hacen apreciaciones como la de afirmar que Juan de Dios Trujillo firmó la escritura número 12 de que se trata en virtud de las amenazas que le hiciera el Dr. Mejía Mejía. Se refieren, pues, al estado psicológico de Trujillo para resolver un problema de tanta trascendencia como es el de investigar hasta dónde un individuo obra libremente y da su consentimiento para tal o cual acto. También afirman los testigos que Juan de Dios Trujillo fue sacado a las 10 de la noche de la cárcel para que firmara la escritura mencionada, aun cuando no dicen si tal hecho se debiese (sic) a ininciativa propia de Trujillo o de otra persona.

"En cambio el testigo Ramón Sánchez que era quien desempeñaba las funciones de Alcalde en aquella época y quien sí estuvo presente cuando se otorgó la escritura de que nos ocupamos, puesto que aparece como testigo de ella, nos dice que por el transcurso del tiempo no recuerda detalles de los hechos, sino únicamente que Juan de Dios Trujillo se encontraba detenido en la cárcel y que por su insinuación, o sea a petición de Trujillo, éste fue sacado del establecimiento carcelario y conducido a la Notaría, donde iba a otorgarle escritura a Josefa Losada de una finca raíz. Que una vez que se leyó la escritura, dice el testigo, manifestó que no la firmaba porque no se le aseguraba una suma de dinero que debían darle y que dice el testigo no recuerda cuánta era, pero que como ahí mismo se le otorgó un documento por tal cantidad, Trujillo suscribió la escritura.

"En cuanto al testigo Simón Parra declarante

de la parte demandante, manifiesta que recuerda que ante él como Notario de Agrado hizo una escritura Juan de Dios Trujillo a la señora Josefa Losada de Icopo, pero que por el transcurso del tiempo (más de 4 años), no recuerda ni la fecha, ni la hora, ni el mes, ni el año.

"Tenemos, pues que dos de los testigos principales o sean el Alcalde y el Notario no dan el menor dato de que hubiese habido presión contra Trujillo para que otorgara la escritura a Josefa de Icopo

"En cuanto a los testigos Polanco, Eliécer Gómez, Penagos y Narváez a que antes nos referimos, ya vimos que sus declaraciones son bastante sospechosas por el modo como las rindieron, concretándose mecánicamente a repetir las preguntas que se les hicieron; pero aún en el caso de que así no fuese, con ellas no se comprueba la fuerza irresistible o verdaderamente operante sobre Trujillo para que su consentimiento quedase viciado. En efecto, lo que afirman tales testigos es que el Dr. Mejía Mejía le dijo al Alcalde que si Trujillo no firmaba la escritura lo metiera a la cárcel. ¿Quién era el Dr. Mejía Mejía para dar órdenes al Alcalde de Agrado? Un particular como cualquiera otro y por tanto el Alcalde no podía recibir órdenes de él para arrestar a fulano o zutano. Esto debía comprenderlo muy bien el señor Trujillo porque en autos no aparece que se trate de una persona ignorante y atemorizable Vemos que desde hacía varios años antes de lo ocurrido, el señor Trujillo tenía cuenta corriente en el Banco de Bogotá, donde movía una apreciable cantidad de dinero, como se deduce del extracto que a los autos se ha traído por la parte demandada. En los años de 1945 en adelante tuvo en su cuenta corriente en el Banco de Bogotá un activo movimiento por consignaciones y giros, habiendo consignado no solamente él, sino muchas otras personas, cantidades apreciables y fue deudor del Banco de Bogotá, según él mismo lo dice. Tales actividades no corresponden a un individuo pusilánime y falto de criterio a quien fácilmente se puede atemorizar con unas cuantas palabras palabras descompuestas".

6.—La Sala considera que no hay error de hecho en la apreciación de la prueba de testigos. Para socavar la convicción del Tribunal, por error de esta especie, se requiree —se ha repetido insistentemente— que el yerro sea de tal magnitud que de la prueba no apreciada surja fatalmente, sin la menor vacilación, el hecho opuesto al que dió por acreditado el Juez de instancia como consecuencia de su equivocación. No se trata de yerros, de omisiones, de mayor o menor entidad, sino de fallas tan graves que sobre la ausencia cierta de la prueba se haya admitido la demostración del hecho o que ante la prueba evidente en autos se haya negado la existencia del hecho. La materia concierne al fuero autónomo de que goza el fallador de instancia en la función de investigar en el juicio lo tocante a la prueba de los hechos que configuran la acción ejercida. Y por ello el error de hecho, una vez demostrado, debe conmover de tal suerte la apreciación del juzgador, que ésta se desplome para destruír el hecho que había sido admitido, o admitir el que había sido negado; mas sin lugar a la menor duda, porque si cabe alguna será imposible la presencia de esta especie de error.

La Corte carece de potestad, de consiguiente, para reavaluar la estimación de la prueba testimonial. En esa tarea el juzgador comparó las declaraciones de Jerónimo Polanco, Jorge Eliécer Gómez, Feliciano Penagos y Dolores Narváez de Penagos, con las de Ramón Sánchez y Simón Parra, alcalde y Notario de Agrado, respectivamente; encontró en las de los primeros falta de espontaneidad y aún de veracidad, por lo cual las consideró "bastante sospechosas", por los motivos que expone, concepto éste que no puede mudarse en casación, sino por error de hecho manifiesto, de tal fuerza que surja necesariamente, de manera incontrastable, la convicción opuesta; mas de la valoración de estos testimonios y de los de los funcionarios dichos, contrarios a aquéllos, el sentenciador concluyó que la prueba de la violencia era insuficiente, y este concepto no lo encuentra la Sala vulnerable por error de hecho.

Agrega el fallo que auncuando las dichas probanzas acreditasen los hechos a que se refieren, "con ellas no se comprueba la fuerza irresistible o verdaderamente operante sobre Trujillo para que el consentimiento quedase viciado". La Sala no puede modificar esta apreciación del Tribunal, porque al fin y a la postre se trata de valorar una inferencia. Los hechos que el juzgador acepta hipotéticamente son los llamados a indicar la existencia de la fuerza determinante de la voluntad de Trujillo, de manera que para el Tribunal tales hechos no la demuestran, porque a su juicio no tuvieron la aptitud para inclinar el ánimo hacia la celebración del contrato, no vé la Sala cómo podría apartarse de esa convicción, lograda en la intimidad personal y subjetiva del sentenciador, y por lo mismo fuera del control

de la casación. Luis Claro Solar dice que "corresponde a los jueces del pleito decidir soberanamente si los hechos que les son sometidos presentan los caracteres de la fuerza y pueden acarrear la nulidad de la declaración de voluntad. Su decisión sobre este punto no está sujeta a casación, como quiera que se refiere únicamente a la apreciación de los hechos de la causa". "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Tº Nº 11 Nº 819). Se desprende de esta cita muy autorizada que la casación no puede revaluar el concepto de los jueces de instancia sobre si los hechos probados constituyen o no la violencia, con virtud suficiente para viciar el consentimiento, o en otras palabras, si tales hechos reúnen los requisitos exigidos en abstracto por la ley, pero condicionados a las circunstancias propias del caso y en especial a las condiciones personales de quien sufrió la fuerza. Es precisamente lo que sucede, pues el Tribunal, al dar por establecidos los hechos, les niega la virtud de acreditar la violencia, en consideración a los factores del caso y a la personalidad del demandante. La Corte no puede invadir ese fuero.

7.—No ve la Sala error alguno en la falta de apreciación de los fallos dictados por los jueces del crimen en el proceso por estafa promovido injustamente contra Juan de Dios Trujillo, por María Josefa Losada de Icopo, su suegra, ni tampoco respecto de las posiciones absueltas por los demandados, por la razón —entre otras— de que el recurrente no señala cuáles son las respuestas que, consideradas como confesiones acreditan los hechos básicos de la acción.

Ni lo ve tampoco en lo referente a la declaración del testigo Manuel Losada y a los documentos de crédito citados en la demanda.

No se acoge, en consecuencia el cargo.

Resolución

Por 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 siete (7) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio ordinario de Juan de Dios Trujillo contra María Josefa Losada de Icopo y otro.

Sin costas. (art. 585 C. J.).

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

Darío Echandía.—Manuel Barera Parra.—José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PARA QUE LA VENTA SEA JUSTO TITULO, NO ES NECESARIO QUE EL VENDEDOR SEA DUEÑO DE LA COSA VENDIDA. — NO SE REQUIERE DE NUEVA TRANSMISION PARA QUE LA PROPIEDAD PASE AL TERCERO, AUNQUE ESTE SEA MENOR CUANDO SE CELEBRA CONTRATO DE COMPRA PARA OTRO

1—En la causal sexta del artículo 520 del C. J., no juega la violación de la ley, de modo que es inútil tratar de especificar diciendo que se debe a infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación.

2—Un mismo precepto legal no puede ser quebrantado a un tiempo DIRECTAMENTE (o sea, dejando de aplicarlo cuando es el caso), y por INTERPRETACION ERRONEA, o por INDEBIDA APLICACION (que tiene lugar cuando se aplica un texto extraño al problema controvertido).

3—Respecto de unas mismas disposiciones legales no pueden concurrir la violacin DIRECTA y la INDIRECTA, porque la primera quebranta la ley sin rodeos, derechamente; la segunda por intermedio de errores de hecho o de derecho.

4—La expresión "error de derecho" se reserva en casación para designar las equivocaciones que el sentenciador sufre en la apreciación de una prueba, consistentes en darle un valor distinto del que le da la ley o en atribuírle o negarle el que le niega o señala la ley.

5—La falta de citación de todos los antecesores del vendedor a quienes el demandado denunció el pleito, no perjudica a los no citados sino al denunciante, porque no podrá ejercer contra ellos la acción de saneamiento. Por consiguiente, esa falta de citación no acarrea nulidad alguna del juicio y no puede referirse a este caso el ordinal 3º del artículo 448 del C. J.

6—Para que en casación prospere el cargo de error de derecho en la valoración de una prueba, es requisito indispensable señalar los textos de derecho probatorio, pues precisamente el error resulta de comparar el valor negado o atribuído por el sentenciador a la prueba, y el que le fija o le niega la ley.

7—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, si la compra de una finca raíz se estipula a favor de un tercero, aun cuando sea menor de edad, no se necesitan dos transmisiones, una del proponente al estipulante y otra del estipulante al tercero, sino que el solo contrato pactado entre el estipulante y el proponente surte sus efectos a favor del tercero mediante la aceptación de éste, la cual puede ser expresa o tácita; y no es preciso que tal aceptación conste en el contrato.

8—La falta de propiedad en el vendedor no trae como consecuencia que la venta no sea justo título y que el comprador pueda adquirir el dominio de la cosa adquirida por medio de la prescripción ordinaria; porque en derecho colombiano el contrato sólo es fuente de obligaciones (arts. 1494 C. C., y 34 de la Ley 57 de 1887) y la venta de cosa ajena vale (art. 1871 C. C.)ª y porque con la tesis de que la venta de cosa ajena no es título justo, quedaría eliminada de un tajo la prescripción adquisitiva ordinaria, pues no podría operar sino la extraordinaria, que no demanda otro título que la ley, con la consecuencia aberrante de que la usucapión perdería así el campo más propicio a sus fines de consolidación de la propiedad en el patrimonio del poseedor, de saneamiento de las titulaciones del dominio y de estabilización de las relaciones patrimoniales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B).— Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, fechada el 4 de diciembre de 1952 y proferida en juicio ordinario

de la señora Gabriela Chiriví de Salvatier contra el señor Adolfo Medina.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Con fecha 31 de julio de 1922, ante el Notario del Circuito de Toca y bajo el número 224, Adolfo Moreno vendió a Gabrielina Chiriví, entonces menor de edad, el dominio de un inmueble situado en el Municipio de Siachoque, en el Departamento de Boyacá, por los linderos determinados en dicho instrumento. Aceptó la escritura por la menor el señor Manuel J. Jiménez.

2.—En el contrato a que se refiere el punto anterior consta que el vendedor se reservó el usufructo de la finca.

3.—Adolfo Moreno, vendedor de la propiedad sobre el referido fundo, la vendió de nuevo mediante la escritura Nº 361, de 23 de mayo de 1929, de la Notaría 2ª del Circuito de Tunja.

4.—Consta en la cláusula cuarta de esta escritura que el vendedor hizo al comprador entrega real del inmueble.

5.—Consta igualmente que el instrumento Nº 224 de 1922 fue registrado el 8 de agosto de 1922, en el Libro Nº 1º, partida 224 y folio 133 y vto.; y la escritura Nº 361 de 1929, el 1º de junio de 1929, en el mismo Libro Nº 1º, partida 134 y página 98 v.

6.—Gabrielina Chiriví de Salvatier demanda en reivindicación a Adolfo Medina, para que se le condene a restituír la finca de que se trata y a pagar los frutos producidos desde la muerte de Adolfo Moreno o desde la iniciación del juicio; se declare la nulidad del contrato contenido en la escritura Nº 361, de 23 de mayo de 1929, de la Notaría 2ª de Tunja, y ordene la cancelación de este instrumento tanto en la Notaría como en la Oficina de Registro correspondiente.

7.—El demandado se opuso a las peticiones de la demanda y formuló las excepciones de carencia de acción y de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio.

8.—La sentencia de la primera instancia, dictada por el Juez 1º Civil del Circuito de Tunja con fecha febrero 25 de 1952 y confirmada el 4 de diciembre del mismo año por el Tribunal Superior del Disrtito Judicial del mismo nombre, resolvió:

"**Primero.**—Declárense infundadas las excepciones perentorias formuladas por el demandado Adolfo Medina.

"**Segundo.** — Ordénase al demandado Adolfo Medina mayor de edad y vecino de Siachoque, en su carácter de actual poseedor, restituír a la señora Gabrielina Chiriví de Salvatier el inmueble objeto de la acción reivindicatoria, ubicado en la vereda de Siachoque abajo, jurisdicción de Siachoque y comprendido dentro de la siguiente alinderación: "Por un costado con terrenos de Hipólito Valenzuela y Salvador Parada; por otro, linda con el río de Comichoque y terreno del señor Joaquín Flórez; por otro costado, linda con terrenos de Matías Quemba, Abdón Moreno e Isidora Jiménez y por último, con el camino que conduce de Siachoque a la vereda de el "Turmal" y encierra": entrega que deberá verificarse en el término de seis días, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

"**Tercero.**— Condénase al demandado Adolfo Medina, de anotaciones civiles ya conocidas, al pago de los frutos civiles y naturales, producidos o que se hubieran podido producir, contados a partir de la contestación de la demanda de acuerdo con el inciso 3º del artículo 964 del C. C., debiendo regularse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 553 del C. de P. C.

"**Cuarto.**—No es el caso de decretar la nulidad del instrumento número 361 de 23 de mayo de 1929.

"**Quinto.**—Ordénase la cancelación del registro de la escritura pública número 361 de 23 de mayo de 1929 de la Notaría Segunda de esta ciudad de Tunja.

"**Sexto.**—No hay lugar a condenación en costas por no ser temeraria la oposición".

9.—De la sentencia de segunda instancia recurrió en casación la parte demandada; el recurso fue admitido, la demanda formulada y el opositor alegó. La Corte procede a resolver.

CAPITULO SEGUNDO

La casación. Causales y cargos

Invoca el recurrente las causales primera y sexta (artículo 520 C. J.) y con base en cada una formula dos cargos. La Sala se refiere primeramente a la acusación basada en la causal sexta.

Causal sexta

I

Dice así el recurrente:

"En el fallo acusado el Honorable Tribunal de Tunja violó el Nº 3 del artículo 448, inciso tercero del artículo 238 del C. J., y artículo 1899 y 1901 del C. C., por infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación, infracción indirecta de los mandatos contenidos en las normas citadas, porque lo que el setenciador estima con error de derecho al fallar la articulación sobre Nulidad por falta de citación de una de las partes a quien se le denunció el pleito conforme al fallo de 25 de junio de 1952 cuaderno Nº 4, incurre en violación de la causal sexta del artículo 520 del C. J., por error de derecho en la interpretación errada de las normas, adjetivas, e indirectamente de las normas sustantivas".

Se considera:

Esta formulación, con apoyo en la causal sexta, peca contra la técnica de la casación, por diferentes motivos:

a) En esta causal no juega la violación de la ley, de modo que es inútil tratar de especificarla diciendo que se debe a **infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación**;

b) En el campo propio de la violación; de la ley (causal 1ª), un mismo precepto legal no puede ser quebrantado a un tiempo **directamente** (o sea dejando de aplicarlo cuando es el caso de aplicarlo), o por **interpretación errónea, o por indebida aplicación** (que tiene lugar cuando se aplica un texto extraño al problema controvertido).

c) Una cosa es la violación **directa** y otra la **indirecta** de la ley, de modo que ambas especies no pueden concurrir respecto de unas mismas disposiciones. La primera la quebranta sin rodeos, derechamente; la segunda por intermedio de errores de hecho o de derecho sufridos por el fallador en la estimación de las pruebas. La falta de técnica que implica la invocación de textos legales como infringidos, cuando se alega la causal sexta, sube de punto al alegarse a la vez violación directa e indirecta de la ley.

d) La expresión "error de derecho" que menciona —indirectamente— el recurrente, se reserva en casación para designar las equivocaciones que el sentenciador sufre en la apreciación de una prueba, consistentes en darle un valor distinto del que le da la ley o en atribuírle o negarle el que le niega o señala la ley.

Dejando la técnica del recurso —que no toca con un alto porcentaje de los abogados que ejercen en casación y cuyo desconocimiento lleva al fracaso un porcentaje también alto de los recursos— no procede el cargo, porque si no fueron citados todos los antecesores del vendedor, a quienes el demandado denunció el pleito, ello no perjudica a los no citados sino al denunciante porque no podrá ejercer contra ellos la acción de saneamiento. El artículo 238 del C. J., dispone que el juicio no se suspenda más de tres meses, a causa de las denuncias a que haya lugar, sin perjuicio de que se lleve después a efecto la citación o las citaciones pendientes, lo cual significa que la falta de éstas no acarrea nulidad alguna del juicio y no puede referirse a este caso el ordinal 3º del artículo 448 del C. J., y de consiguiente tampoco la causal sexta de casación. Los interesados en las citaciones por concepto de denuncia del pleito, son: el demandado, en primer lugar, que lo denuncia a su vendedor o a cualquiera de sus antecesores, si es de su conveniencia y se ajusta a las obligaciones nacidas de los distintos contratos, a cargo de los vendedores, en lo que respecta al saneamiento; y en segundo lugar, los denunciados, quienes a su turno pueden denunciarlo a sus causantes comprendidos en la causa de la evicción alegada. De donde se sigue que es el comprador y demás antecesores denunciados, quienes deben gestionar la pronta citación dentro del lapso señalado en el citado artículo 238 del C. J., y aún después de vencido.

No procede, por tanto, el cargo.

II

La formulación del segundo cargo, con fundamento en la causal sexta, es ésta y nada más: "Indirectamente viola los artículos 1899 y 1901 del C. C. Como consecuencia de falta de comparecencia al juicio del denunciado". La enunciación basta para ver su improcedencia.

CAUSAL PRIMERA

Primer cargo

1.—Está formulado así:

"En el fallo acusado el Honorable Tribunal Superior de Tunja, violó los artículos 673, 741 —segundo inciso,— 744, 745, 750, 756, 946; 1468; —

primer inciso— 1530, 1536 y 1863 del C. C., por infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación de los mandatos contenidos en dichas normas, porque lo que el sentenciador estima con error de derecho y de hecho como contrato perfecto de compraventa de bienes raíces, que recoge la escritura Nº 224 de 31 de julio de 1922 de la Notaría de Toca (Boyacá), no presta mérito jurídico en favor de Gabrielina Chiriví --demandante—, porque no reúne lo que la ley exige en los mandatos acusados, ya que el derecho de dominio no se ha radicado en favor de la Chiriví, por falta de haber ésta firmado el título y el aceptante en su nombre no ser su representante legal. Al propio tiempo, no haber cumplido hasta hoy la condición suspensiva a que las partes sometieron el contrato que en el momento de firmar la escritura sometieron sus voluntades.

"Las partes contratantes en el título que sirve de base para el presente juicio, al estampar su voluntad en él, dejaron consignada expresamente la condición suspensiva que todavía no se ha cumplido y a la letra dice: "... comparece el señor Manuel J. Jiménez varón, soltero, mayor de edad vecino de Toca y para aceptar este contrato en nombre y representación de la citada menor, esto es, que al cumplir ésta la mayor edad, no solamente queda desde ahora dueña de la finca materia de este contrato, sino que su representante señor Jiménez le **otorgará el título respectivo del terreno aludido...**". Más adelante los pactantes reafirman su voluntad expresa en el mismo instrumento, de que el título se hará oportunamente a la Chiriví a quien se creyó vender, cuando por segunda vez dice: "... quedando obligado el exponente a cumplir estrictamete así como una vez que acepte este instrumento en la forma dicha, a otorgarle oportunamente el título correspondiente...".

"Las partes al contratar sometieron la efectividad de su voluntad, expresamente en el contrato, a una condición suspensiva con plazo cierto y determinado, cual era la de otorgarle la escritura, Jiménez a la Chiriví o una vez que ésta cumpliera veintiún años.

"El Tribunal sentenciador violó la ley, porque creyó e interpretó erróneamente, con error de derecho, que la escritura base de la acción, por el solo hecho de demandar la Chiriví se había radicado en su cabeza el derecho de dominio, sin cumplirse la condición o sea la de otorgarle el título".

Se considera:

2.—Se alcanza a percibir en medio de tan confusos términos que el cargo que se formula es por error de derecho en la apreciación del contrato contenido en la escritura Nº 224, de 31 de julio de 1922.

La errónea apreciación consiste en haber admitido el sentenciador que el referido contrato radicó desde un principio la propiedad del inmueble en la demandante sin que se requiriera una nueva escritura por medio de la cual Manuel J. Jiménez se la traspasara a ella al llegar a la mayor edad.

3.—Dice la sentencia:

"Se debe precisar ante todo el sentido y el alcance del contrato contenido en la escritura número 224. La venta se hace a la señorita Chiriví; pero como ésta es incapaz, la representa el señor Jiménez, quien queda obligado a otorgarle la correspondiente escritura cuando llegue a la mayor edad, y entonces se considera que adquirió el dominio desde el otorgamiento de la citada escritura. Hay, pues, contradicción en estas cláusulas: porque al mismo tiempo que se le considera como adquirente del dominio del bien, se estipula que es necesaria otra escritura lo que supone que en realidad quien lo adquirió fue el señor Jiménez, con la obligación de otorgarle escritura cuando llegue a la mayor edad.

"Cualquiera que sea la caracterización que se dé a la intervención del señor Jiménez, en realidad por medio de ese contrato se quiso vender a la señorita Chiriví determinado inmueble puesto que el vendedor y quien firmó representándola lo hicieron con esa intención. En nada se modifican los resultados, se le tenga al señor Jiménez como agente oficioso que contrató en favor de la señorita o como un estipulante en favor de la misma. En estas dos situaciones siempre la señorita adquiría el inmueble, si cuando llegara a la mayor edad aceptaba el contrato pactado en su favor.

"No aparece justificada la exigencia de que el señor Jiménez debe otorgar el contrato a que se comprometió, porque aunque en la citada escritura se exige esta formalidad, en realidad el señor Jiménez no adquirió para sí, de modo que en él no se radicó el dominio, sino en la menor. El señor apoderado sostiene la necesidad de este contrato para que la señorita Chiriví pueda reclamar el bien. Con esto sólo se reconoce que el dominio ya no estaba en cabeza del vendedor

cuando otorgó la segunda escritura, pues si con ese título sí puede presentarse a reivindicar es porque se considera que el dominio radicaba ya en el señor Jiménez cuando el señor Medina compró.

"No es cierto, com lo afirma el apoderado del demandado, que el título no esté en nombre de la Chiriví, como se demuestra con lo ya transcrito de la citada escritura, pero que se repite para mayor claridad: 'Adolfo Moreno otorgó y dijo: Doy en venta a título de transferir la propiedad y dominio, a la señorita Gabrielina Chiriví". No se dice que el dominio se trasmite al señor Manuel Jiménez. Para qué pues, nuevo título, si la demandante aparece como dueña?"

4.—No se ve cuál pueda ser el error de derecho cometido por el sentenciador, en la interpretación del contrato, ya que el recurrente se abstuvo de señalar las disposiciones infringidas en razón del error de derecho, tocantes al valor legal de las pruebas. El requisito de señalar los textos del derecho probatorio, quebrantados en virtud del error, es indispensable para que prospere el cargo de error de derecho en la valoración de una prueba, pues precisamente el error resulta de comparar el valor negado o atribuído por el sentenciador a la prueba, y el que le fija o le niega la ley.

Si la acusación envuelve cargo de violación directa de la ley sustantiva, lejos está la sentencia de violar ninguno de los artículos citados, porque como se verá al tratar del segundo cargo, lo que hay en la expresada escritura es una estipulación para otro y el fallo se acomoda a la naturaleza y a los caràcteres de esta figura.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Segundo cargo

1.—Se acusa la sentencia de violar directamente, por aplicación indebida, el Artículo 1506 del C. C.

Está motivado así:

"Estima el fallo acusado, que el contrato recogido por la escritura Nº 224 de 31 de julio de 1922, es de estipulación para otro y que por esto bastaba por parte de la beneficiaria la aceptación tácita que ha hecho.

"El Tribunal viola la norma citada, al interpretarla erróneamente, ya que los contratantes en el título citado, celebraron un contrato de compraventa, sujeto a una condición suspensiva, pues de él aparece que Adolfo Moreno vendía, por un precio que confiesa en el título recibió, y quien aceptaba la escritura, o sea Jiménez, se comprometía para con el vendedor a cumplir la condición atrás mencionada, hacerle la escritura a la Chiriví cuando tuviera la mayor edad".

Se considera:

2.—Ante todo, sea el caso de observar que en la enunciación del cargo, éste consiste en infracción directa de la ley "por aplicación indebida"; pero, al motivarlo se trata de infracción "por interpretación errónea", lo cual acusa confusión respecto de las normas que rigen el recurso y vacilación en el planteo del cargo.

Descontado esto, para el recurrente la sentencia viola el artículo 1506 del C. C., por haber considerado que la convención de que da cuenta la escritura Nº 224, contiene la figura jurídica de la "estipulación para otro", consagrada en dicho texto.

La sentencia dice:

"Cualquiera que sea la caracterización que se dé a la intervención del señor Jiménez, en realidad por medio de ese contrato se quiso vender a la señorita Chiriví determinado inmueble puesto que el vendedor y quien firmó representándola lo hicieron con esa intención. En nada se modifican los resultados, se le tenga al Sr. Jiménez como agente oficioso que contrató en favor de la señorita o como un estipulante en favor de la misma. En estas dos situaciones siempre la señorita adquiría el inmueble, si cuando llegara a la mayor edad aceptaba el contrato pactado en su favor.

"No aparece justificada la exigencia de que el señor Jiménez debe otorgar el contrato a que se comprometió, porque aunque en la citada escritura se exige esta formalidad, en realidad el señor Jiménez no adquirió para sí, de modo que en él no se radicó el dominio, sino en la menor. El señor apoderado sostiene la necesidad de este contrato para que la señorita Chiriví pueda reclamar el bien. Con esto sólo se reconoce que el dominio ya no estaba en cabeza del vendedor cuando otorgó la segunda escritura, pues si con ese título sí puede presentarse a reivindicar es porque se considera que el dominio radicaba ya en el señor Jiménez cuando el señor Medina compró.

"No es cierto, como lo afirma el apoderado del demandado, que el título no esté en nombre de la Chiriví, como se demuestra con lo ya transcri-

to de la citada escritura, pero que se repite para mayor claridad: 'Adolfo Moreno otorgó y dijo: doy en venta a título de trasferir la propiedad y dominio, a la señorita Gabrielina Chiriví'. No se dice que el dominio se transmite al señor Manuel Jiménez. Para qué, pues, nuevo título, si la demandante aparece como dueña?".

Como se ve, la sentencia llega a un mismo resultado "cualquiera que sea la caracterización que se dé a la intervención delseñor Jiménez", esto es, de agencia oficiosa o de estipulación para otro: "En èstas dos situaciones siempre la señorita adquiría el inmueble, si cuando llegada a la mayor edad aceptaba el contrato pactado en su favor".

Si se mira por el aspecto de la estipulación para otro —que es por donde el recurrente ataca la sentencia en este cargo— la acusación de violar el citado artículo 1506 carece de todo fundamento.

4.—Sobre convenciones de semejante naturaleza a la contenida en la escritura Nº 224, la Corte se ha pronunciado muchas veces, con motivo de acusación parecida a la presente. La Sala cita algunos de sus fallos:

"En el contrato de compraventa de bienes raíces cuando el comprador estipula a favor de una tercera persona menor de edad, no es preciso que lo haga en calidad de representante legal de ella; la estipulación es válida aunque el contratante no sea representante del menor a cuyo favor estipula la compra de la finca. (Casación 14 de mayo de 1895. XI. p. 244).

"La estipulación para un tercero autorizada por el artículo 1506 del Código Civil, no exige para su validez el consentimiento de la persona para quien se estipula, manifestado en el mismo contrato. Tal consentimiento ha de ser posterior al contrato, y puede ser tácito". (Casación de 14 de diciembre de 1895. XI. 244).

"Si el comprador de una finca raíz hace constar en la escritura que el precio lo paga con dinero de otro (de quien no es representante legal) para que el tercero entre en pleno dominio de ella cuando cumpla veintiún años, advirtiendo que mientras tanto se reserva el usufructo, sin poderla vender ni gravar, el tercero adquiere la propiedad del inmueble mediante la ratificación del contrato (la cual puede ser manifestada por el hecho de hipotecarla o venderla cuando llegue a la mayor edad), aun cuando ello ocurra después de que el comprador hubiese vendido la finca. En tal caso, el tercero en cuyo favor se hizo la compra o sus sucesores, tiene derecho de reivindicarla. (Casación 27 de abril 1916. T. XXV. página 222).

"El tercero a cuyo favor se hace una estipulación por el solo hecho de aceptarla fija en su cabeza el derecho estipulado. Por consiguiente, si la compra de una finca raíz se estipula a favor de un tercero, aun cuando sea menor de edad, no se necesitan dos transmisiones, una del proponete al estipulante y otra del estipulante al tercero sino que el solo contrato pactado entre el estipulante y el proponente surte sus efectos a favor del tercero mediante la aceptación de éste, la cual puede ser expresa o tácita; y no es preciso que tal aceptación conste en el contrato (Casación. 31 de mayo de 1922 T. XXIX. 163).

Pueden consultarse igualmente las sentencias de 7 de septiembre de 1918. (XXVII. 68) 31 de mayo de 1922. (XXIX. 163), 31 de mayo de 1927 (XXXIV, 117), 27 de septiembre de 1929 (G. J. 1950 964), y 28 de agosto de 1942. (LIV Bis. 34).

Ante esta reiterada doctrina, que la Corte considera del caso mantener, se comprende que carece de todo valor el cargo de infracción directa del artículo 1506 del C. C.).

CAPITULO TERCERO

El título justo en la venta de cosa ajena

Al tratar la sentencia de la prescripción adquisitiva ordinaria, excepción propuesta por el demandado, afirma:

"Por lo que se vió al tratar del último requisito de la acción reivindicatoria, aparece que cuando Adolfo Moreno vendió a Adolfo Medina el inmueble que constituye el objeto de la acción, ya no era dueño porque había transmitido el dominio a la señorita Gabrielina Chiriví; es decir que vendió cosa ajena. Falta por tanto uno de los elementos constitutivos del justo título y por lo mismo la posesión que sostiene el demandado no puede ser regular ni conduce a la prescripción ordinaria".

La Corte rectifica por vía de doctrina la afirmación del Tribunal, de que faltando la propiedad de la cosa en el vendedor, la venta no es justo título.

I

La ley no define el título; tampoco el título justo. Viene desde Heinecio la definición de que "es la causa remota de la adquisición del derecho",

así como **modo** es "la causa próxima de la adquisición del derecho". Han sido criticados estos conceptos. Porque el título es la causa remota, no del derecho patrimonial en general, sino del derecho real, y la causa próxima y única del derecho personal. Al paso que el modo es la causa próxima del derecho real; mas, del personal no es ni remota ni próxima, porque el modo no juega en el origen del derecho personal.

Pero, de la norma del artículo 765 del C. C., se infiere que la función del título es generar los derechos patrimoniales, de los cuales unos sujetan a las personas entre sí y otros las cosas a las personas. Son, pues, los medios jurídicos establecidos por el derecho objetivo para crear los elementos del patrimonio, primeramente los derechos personales u obligaciones —cuando la voluntad humana actúa sobre cualquiera de sus fuentes, v. gr., el contrato, el delito—, y después los reales, cuando la voluntad humana ejerce simples facultades para adquirir el derecho real directamente.

Los Códigos modernos se han ido desprendiendo de los términos título y modo, pero no de las nociones, no de las ideas que representan, las cuales siguen señalando a los seres humanos el camino jurídico que conduce a su señorío sobre las cosas.

El título es, pues, la base necesaria de todo derecho patrimonial; éste no puede existir sin un título; la adquisición no es más que la norma legal abstracta en materia patrimonial, conjugada concretamente por el hombre. Unos títulos proceden —se repite— de la actividad del sujeto sobre las llamadas fuentes de las obligaciones; esos títulos producen los derechos de crédito u obligaciones, de los cuales unos engendran los derechos reales, con el auxilio de los modos. Otros títulos no crean derechos personales porque no son sino la aptitud para adquirir el derecho real; tal ocurre en la ocupación, la accesión y la prescripción, figuras en las cuales el título es la ley que faculta al hombre para adquirir el derecho real, sin que éste se vea precedido de un derecho personal u obligación.

En consecuencia, de los títulos, unos se estructuran sobre las fuentes (según el derecho clásico: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley; según la doctrina contemporánea: acto jurídico, acto ilícito, enriquecimiento sin causa y ley) para producir obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa, pero sólo las de dar se realizan mediante el modo —la tradición— para transferir la propiedad y demás derechos reales.

Los modos son formas jurídicas objetivas a las cuales asigna la ley la importante función de constituír, transferir o transmitir el derecho real. Cada cual tiene su campo de acción. V. gr., la ocupación, el de las **res nullius**; la sucesión por causa de muerte, los derechos del sujeto que fallece; la tradición, los que deben traspasarse para cumplir las obligaciones de dar; la usucapión, que crea y sanea la propiedad en favor de quien posee la cosa por el tiempo y con los requisitos legales.

La posesión —que es la vía forzosa para llegar a la usucapión— puede comenzar normal o anormalmente; comienza normalmente cuando el poseedor se provee de un **título justo** y obra de buena fe; anormalmente, cuando le falta cualquiera de estos elementos. A la primera situación la califica la ley de **posesión regular**, y a la última de posesión irregular (arts. 764 y 770 C. C.). A estas especies distintas de posesión corresponden distintas especies de usucapión que la ley denomina **ordinaria** y **extraordinaria**: la primera se cumple en diez años para los derechos reales inmuebles y en tres años para los muebles (art. 2529 C. C.); la segunda, en veinte años para unos y otros (art. 2531 C. C., y 1° Ley 50 de 1936); la ordinaria se suspende, la extraordinaria, no (art. 2530); en aquélla se duplica el tiempo por ausencia; en ésta, no (art. 2529), etc.

Requiere, pues la prescripción ordinaria título justo. El título, en tratándose de esta usucapión, ha de ser generador de la transferencia del derecho real (llamado traslaticio art. 765 C. C.), o lo que es lo mismo, de él ha de originarse una obligación de dar, cuyo cumplimiento depende de la tradición. El título traslaticio se configura en cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

II

Se pregunta ahora:

Cuándo el deudor no es titular del derecho que dice transferir, el acto jurídico es un título justo? O en otras palabras: cuando el vendedor no es dueño de la propiedad de la cosa, la venta es justo título? En caso afirmativo, el comprador podrá usucapir **ordinariamente** (siempre que además sea de buena fe y se le haya hecho entrega de la cosa); en caso negativo, sólo extraordinariamente.

La venta de cosa ajena no es título injusto, de

acuerdo con los principios que informan nuestra legislación:

a) El contrato entre nosotros es sólo fuente de obligaciones, según la enseñanza romana, que el mundo sigue aún, a excepción de unos pocos países. (art. 1494 C. C. y 34 Ley 57 de 1887). No siendo menester ser dueño para obligarse, no lo es para celebrar la venta, que no es sino fuente de obligaciones; y si el título no genera sino nexos personales, mal puede exigirse a quien se obliga que sea dueño para que aquél sea justo.

El artículo 1871 dice que la venta de cosa ajena vale, precisamente porque de la venta no nacen sino obligaciones; y si vale es porque es título justo, ya que la ley no pronunciaría la validez de un título que no se ajustase a ella.

b) El artículo 1502 del C. C.. señala los elementos del acto jurídico y entre ellos no menciona la calidad de dueño en quien se obliga a dar una cosa; y en relación con la venta, ningún precepto legal la exige en el vendedor.

La ley no pide a quien se obliga sino capacidad y consentimiento; así ejerce su libertad en el campo patrimonial. Si no cumple, el acreedor está dotado de medios legales para demandar la tutela del Estado. Pero, por el hecho de no cumplir —por no ser dueño, entre otras cosas— no se sigue que el título no esté en armonía con la ley, esto es, que no sea justo. Lo que no está de acuerdo con ella, es la falta de ejecución del título, por parte del deudor.

c) El artículo 766 del C. C., sustenta la construcción doctrinaria del título injusto: no da asidero para incluír en él la venta de cosa de otro.

d) Otro asunto es la calidad de dueño en el tradente. La tradición es modo de adquirir, forma de ejecutar el título y eslabón en que culmina el ansia del hombre a poseer y disfrutar de las cosas. Para entonces el tradente ha de ser propietario. Porque la función de la tradición es transferir (arts. 740 y 752 C. C.), de manera que si no se tiene el derecho, nada se podrá transferir, y la tradición no valdrá como tal sino como comienzo en el comprador, de una posesión generalmente regular, para todos los efectos legales. No es, pues, necesario ser propietario para obligarse, pero sí para transferir, o en otras palabras: no se requiere ser dueño para celebrar una venta válida, pero sí para hacer una tradición válida.

e) Con la tesis de que la venta de cosa ajena no es título justo, quedaría eliminada de un tajo la prescripción adquisitiva ordinaria, pues no podría operar sino la extraordinaria, que no demanda otro título que la ley, con la consecuencia aberrante de que la usucapión perdería así el campo más propicio a sus fines de consolidación de la propiedad en el patrimonio del poseedor, de saneamiento de las titulaciones del dominio y estabilización de las relaciones patrimoniales.

f) En el llamado derecho moderno, el vendedor sí debe ser propietario, porque el contrato, además de crear obligaciones, transfiere el derecho real, por su propia virtud es decir, el contrato es título y modo a la vez, y el consentimiento, que entre los romanos no era sino fuente de derechos de crédito, ha asumido la función de modo traslaticio de la propiedad. Por eso en el derecho moderno el vendedor debe ser propietario, y cuando no lo es la venta es nula.

Por estas razones el Tribunal erró al afirmar que en nuestro Derecho la venta de cosa ajena no es título justo, rechazando, en consecuencia, la excepción de prescripción ordinaria, por ese solo motivo, materia que por otra parte no fue tocada en casación y a la cual se ha referido la Corte solamente por vía de doctrina.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cuatro (4) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrio Judicial de Tunja en el juicio ordinario seguido por Gabrielina Chiriví de Salvatier contra Adolfo Medina.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.— José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME DE LA PARTICION EFECTUADA EN UN JUICIO DE SUCESION

Para verificar si hay lesión en una partición es preciso tener en cuenta el valor total de la respectiva hijuela y no el valor de tal o cual de los bienes en ella comprendidos, ya que un consignatario puede resultar perjudicado en relación con determinada cosa y al propio tiempo beneficiado en relación con otra.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Corresponde a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de **Consolación Castrillón** contra **Miguel Vicente Patiño Saucedo**, personalmente considerado y como heredero de **María Jesús Patiño Saucedo**, sobre rescisión, por lesión enorme, de la partición efectuada en el juicio de sucesión testada de **Mercedes Girón**.

Antecedentes:

En la sentencia acusada se exponen los antecedentes de este juicio, así:

"Por los elementos probatorios acompañados a la demanda y que son los únicos por apreciar ya que en las dos instancias no se aportaron pruebas distintas, se viene en conocimiento de lo siguiente:

"a) Mercedes Girón era dueña de una casa situada en esta ciudad en la esquina suroeste de la plaza de Santa Rosa, intersección de la calle 10 con la carrera 10, que adquirió por medio de la escritura Nº 470 de 3 de julio de 1917 otorgada en la Notaría Primera de Cali y debidamente registrada. Los linderos de este inmueble constan en la copia de esta escritura presentada con la demanda.

"b) Por medio de la escritura Nº 985 de 19 de mayo de 1927 otorgada ante el Notario Segundo de Cali y tres testigos, Mercedes Girón G., consignó su testamento solemne abierto. En esta escritura cuya copia fue también acompañada a la demanda, se encuentran las siguientes disposiciones pertinentes al caso que se estudia:

"Sexto.—Es mi voluntad legar a Consolación Castrillón, a Joaquina Molina R., a Elvira Molina R., a Miguel Vicente Patiño Saucedo, a María Jesús Patiño Saucedo y a Primitiva Perea v. de Patiño, los derechos de usufructo, uso y habitación, sobre la casa de mi propiedad construída sobre paredes de bahareque y adobe y cubierto con techo de tejas de barro, con su terreno correspondiente, inmueble situado en la esquina suroeste de la plaza de Santa Rosa de esta ciudad, esquina en donde se cortan la carrera décima (10ª) con la calle diez (10), casa marcada en su puerta de entrada con el número ciento veintiseis (126) y que se halla delimitada así: por el oriente, calle diez (10) al medio, con casa de la viuda del señor Sixto L. Cuevas; por el occidente, con casa del señor Marcos Valencia M.; por el norte, carrera diez (10), al medio, con casa del señor Francisco A. Fernández M.; y por el sur, con casa del señor Aquilino Sánchez. Los legatarios de esta propiedad tendrán derecho al usufructo, uso y habitación durante la vida de todos, pero impongo al último que sobreviva la de vender dicha propiedad en remate voluntario y su producto destinarlo en misas y responsos por el sufragio de mi alma y la de mis benefactores".

"Noveno.—En lo demás que resultare o por cualquier motivo llegare a acrecer el monto de mis bienes, instituyo como mis herederos a Consolación Castrillón, a Joaquina Molina R., a Elvira Molina R., a Miguel Vicente Patiño Saucedo y a Primitiva Perea viuda de Patiño, por partes iguales".

"c)—Ocurrido el fallecimiento de Mercedes Girón en fecha que no es posible precisar con los elementos probatorios que obran en este juicio, su sucesión testada cursó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, y dentro de este jui-

cio se designó como partidor de los bienes al Dr. Francisco Daza, quien por las voces del trabajo de partición y de la sentencia aprobatoria del mismo, era al mismo tiempo apoderado de todos los interesados. Designado el Dr. Francisco Daza como partidor desde el 22 de febrero de 1944 demoró de acuerdo con los interesados, según su propia afirmación, la presentación de la partición hasta el 28 de febrero de 1948. Presentada ésta, correspondió el conocimiento del juicio sucesorio al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali en virtud de nuevo repartimiento, y este despacho en sentencia de fecha 2 de junio de 1948, atendiendo a la solicitud del Dr. Daza como apoderado de todos los interesados, le impartió aprobación de plano. Interpretó el Juzgado que si el Dr. Daza como apoderado de todos los interesados pedía la aprobación de plano, ello equivalía a que todos se lo pedían unánimemente por estar de acuerdo con la forma como se hizo este trabajo, y así procedió con arreglo a lo previsto por el primer inciso del artículo 964 del Código Judicial.

"d)—Como contra la sentencia aprobatoria de la partición no se interpuso recurso alguno, el Juzgado la declaró ejecutoriada en providencia del 15 de junio de 1948. Las hijuelas formadas y la sentencia aprobatoria se registraron oportunamente en la Oficina de Registro de Cali. Finalmente la sucesión se protocolizó por medio de la escritura Nº 882 de 1º de septiembre de 1948, otorgada en la Notaría Cuarta de esta ciudad.

"e)—Como es fácil comprobarlo con la sola lectura de las consideraciones preliminares consignadas en el trabajo de partición, el Dr. Francisco Daza quien, como ya se dijo, actuó como partido en su calidad de apoderado de todos los interesados, no atemperó su trabajo a las voces del testamento otorgado por Mercedes Girón. Al liquidar el activo de la sucesión que según las diligencias de inventario ascendía a la cantidad de $ 112.935.00, se encontró que por distintos conceptos debían restarse bienes por valor de $ 61.600.00, lo que dejó reducido el activo a la cantidad de $ 51.335.00 con un pasivo pendiente por valor de $ 600.00 moneda corriente, representado éste por dos créditos a cargo de la sucesión de valor de $ 300.00 cada uno.

"f.)—Interpretando arbitrariamente las disposiciones legales que rigen el derecho de acrecer, el partidor teniendo en cuenta que en el tiempo intermedio entre la delación de la herencia y el momento de efectuar su trabajo de partición, habían fallecido los herederos Primitiva Perea de Patiño, Elvira Molina y Joaquina Molina resolvió excluir a éstos de toda participación herencial y circunscribir la partición a los tres herederos sobrevivientes, Consolación Castrillón, María Jesús Patiño Saucedo y Miguel Vicente Patiño Saucedo, entre quienes dividió por partes iguales numéricamente todo el acervo hereditario y a quienes impuso, también por partes iguales la obligación de atender al pago del pasivo pendiente. De esta manera obtuvo para cada uno una hijuela por concepto de herencia y provisión para el pago de deudas montante a la cantidad de $ 17.111.66 moneda corriente.

"g)—Para pagar a los tres citados herederos el valor de sus hijuelas, se adjudicó en común los bienes existentes por el sistema de acciones de dominio proindiviso sobre los inmuebles. A la demandante Consolación Castrillón le adjudicó lo siguiente:

"1) Un derecho de dominio equivalente a la mitad de una casa situada en esta ciudad en la carrerá 9ª entre calles 12 y 13, inmueble que tiene un avalúo de $ 28.000.00 moneda corriente, ...$ 14.000.00

"2) Un crédito a cargo de la sucesión del Dr. Joaquín A. Collazos, proveniente de un depósito .... $ 435.00.

"3) Un derecho de dominio por valor de $ 2.476.66 sobre la casa situada en el cruce de la carrera 10 con la calle 10 de esta ciudad, sobre un derecho total primitivo de $ 22.000.-00 que es el avalúo del inmueble..$ 2.476.66

"4) Otro derecho por valor de $ 200 sobre el mismo inmueble relacionado en el numeral anterior ....$ 200.00

"Estas adjudicaciones totalizan la cantidad de $ 17.111.66 moneda corriente igual al valor atribuído a la hijuela de esta heredera, según la liquidación que hizo el partidor como queda dicho en el aparte (f) de esta exposición.

"h) A los otros dos herederos se les hicieron adjudicaciones más o menos semejantes para pagarles las hijuelas por $ 17.111.66 que a cada uno de ellos correspondía. Según se vio antes, esta partición fue aprobada de plano a solicitud del Dr. Francisco Daza quien actuó como partidor y como apoderado de todos los interesados. Después se protocolizó por medio de la escritura Nº 882 también mencionada.

"i) Es evidente porque así resulta de lo que se deja expuesto que el partidor se apartó de los términos del testamento que en la cláusula

sexta aparte (b) de esta relación, atribuía a seis personas el usufructo de la casa situada en el cruce de la calle 10 con la carrera 10, plaza de Santa Rosa. Hizo operante, en cambio, lo dispuesto en la cláusula novena del mismo testamento sobre institución de herederos a favor de las mismas seis personas, pero éstas en razón de los fallecimientos ocurridos antes de la partición y en gracia del irregular acrecimiento que el partidor consideró verificado, quedaron reducidas a tres, las mismas entre quienes se hizo la partición. Este procedimiento lo explicó el partidor en los siguientes términos: "Se ha prescindido en esta partición, de disposiciones que aparecen expresadas en el testamento, porque careciendo ellas de eficacia probatoria legal (artículos 2652, 2665 y 2673 del Código Civil) no pueden influir en la distribución de la herencia habida cuenta así mismo, los herederos, a quienes he hecho la distribución pura y simple de bienes, fueron declarados herederos de la señora Mercedes Girón, en auto proferido por el Señor Juez 2º Civil del Circuito de fecha 11 de octubre de 1927".

"j) No es materia sometida a la decisión de la justicia en este juicio examinar si las bases sobre las cuales edificó el partidor su trabajo de partición en el juicio de sucesión de Mercedes Girón, resultan ajustadas a los preceptos legales. En este juicio se parte de la validez de esa partición cuya eficacia todos los interesados aceptan, y precisamente considerándola firme se pretenden modificaciones de las adjudicaciones hechas en esa partición".

La demanda

En demanda presentada al señor Juez del Circuito de Cali, **Consolación Castrillón** pide que, con audiencia de **Miguel Vicente Patiño Saucedo**, considerado personalmente y como representante de la herencia de **María Jesús Patiño Saucedo**, se decrete la rescisión por lesión enorme de la partición efectuada en el juicio de sucesión de **Mercedes Girón** "respecto de la casa aludida en la cláusula sexta del testamento contenido en la escritura 985 de fecha 19 de mayo de 1927 de la Notaría Segunda de este Circuito"; que como consecuencia de tal rescisión, se distribuya de nuevo dicha casa en partes iguales entre la demandante y Miguel Vicente Patiño Saucedo; en subsidio, que se distribuya tal casa por terceras partes y que, por último, como consecuencia también de la rescisión, se rectifiquen los registros de la partición y de la sentencia aprobatoria de la misma en el correspondiente libro de registro de causas mortuorias.

Entre los hechos fundamentales se encuentran los siguientes:

"7º. En forma errada se le adjudicó (a la demandante) un derecho proindiviso de tan sólo dos mil cuatrocientos setenta y seis pesos con setenta y seis centavos (2.476.76), y además otro derecho menor por un importe de doscientos pesos (200.00), o sea un total, en derechos, de dos mil seiscientos setenta y seis pesos con setenta y seis centavos ($ 2.676,76), sobre un avalúo básico de veintidos mil pesos ($ 22.000.00).

"8º El resto de la unidad, con base en el avalúo de los inventarios, de diez y nueve mil trescientos veintitres pesos con veinticuatro centavos ($ 19.323.24), se destinó a la distribución entre otros dos copartícipes señores Miguel Vicente Patiño Saucedo y María Jesús Patiño Saucedo.

"9º De esta manera, por tener la señorita Consolación Castrillón derecho a una cuota de siete mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 7.333.33), o sea la tercera parte del avalúo de veintidos mil pesos ($ 22.000.00), su cuota propia y debida ha sido mermada en más de su mitad; es decir, que mi mandante ha sido perjudicada en más del cincuenta por ciento de su verdadero derecho; porque un derecho proindiviso sobre tal inmueble, con base en el avalúo de los inventarios, adjudicado en sólo dos mil seiscientos setenta y seis pesos con setenta y seis centavos ($ 2.676.76), es menor que la mitad de un derecho de siete mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 7.333.33), o sea la cantidad de tres mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 3.666.66).

"10º **Ha habido lesión en la partición en lo to cante a este elemento de ella y debe rescindirse para corregir dicha irregularidad.**

"11º Los beneficiarios y copartícipes favorecidos con esa lesión han sido los señores Miguel Vicente Patiño Saucedo y María Jesús Patiño Saucedo".

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali resolvió declarar probada la excepción de "carencia de derecho para demandar" y absolvió, en consecuencia, a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

Apelado este fallo por la parte demandante, el Tribunal Superior de Cali, surtida la tramitación correspondiente a la segunda instancia, decidió:

"Primero. Se revoca la sentencia de primera instancia de fecha 31 de mayo de 1952 dictada por el Juzgado Cuarto Civil de Cali, en cuanto declaró probada la excepción de "carencia de acción para demandar" alegada por el demandado.

"Segundo. Se declaran no probadas en este juicio las excepciones de "Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora" y "Carencia de acción para demandar", propuestas por el demandado.

"Tercero. Se declara que no es del caso hacer ninguna de las declaraciones principales o subsidiarias pedidas en el libelo de demanda de fecha 5 de noviembre de 1951, por cuanto la parte actora no comprobó derecho para obtenerlas. En consecuencia, se absuelve al demandado en el doble carácter que se le atribuye de los cargos contenidos en la demanda.

"Cuarto. La parte actora pagará las costas de este juicio en las dos instancias del mismo. REVALIDESE el papel común empleado".

La sentencia acusada

Expone, en resumen, el sentenciador:

Que si las pretensiones de la demandante prosperaran, sería necesario aumentar la hijuela de ésta y disminuir las hijuelas de los otros adjudicatarios, así: la demandante quedaría con $ 21.768,43 y cada uno de los otros adjudicatarios con $ 14.783,27;

Que la partición constituye un solo acto indivisible y que el partidor, en el desempeño de sus funciones, obró de conformidad con lo dispuesto en la regla 7ª del artículo 1394 del Código Civil, esto es, trató de guardar la posible igualdad y de adjudicar a cada asignatario bienes de la misma naturaleza y calidad que a los otros. "Así como Consolación Castrillón llevó en la casa de la carrera 9, entre calles 12 y 13 la mitad de ese inmueble —cuando según ella misma sostiene debió llevar la tercera parte—, así también los otros herederos a quienes se les restó derechos sobre esa casa, recibieron en cambio mayores adjudicaciones en la casa de la calle 10 buscando en todo caso la igualdad y semejanza de naturaleza entre las cosas adjudicadas a los distintos asignatarios. La partición por este aspecto resulta inobjetable, máxime cuando no hay constancia de que ninguno de los coasignatarios hubiera reclamado a tiempo, en ejercicio de la facultad que le concede la regla 9ª del mismo artículo 1394 citado";

Que, en lo tocante a la forma como se integraron las hijuelas, ninguno de los coasignatarios hizo uso del derecho consagrado en la regla novena del artículo 1394 del Código Civil, dentro del término señalado en el artículo 964 del Código Judicial. Por el contrario: todos los interesados, por medio de su apoderado, pidieron la aprobación de la partición;

Que, no habiéndose hecho reclamación ninguna en lo que respecta al modo de composición de los lotes, la partición no puede atacarse sino de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1405 del Código Civil;

Que la acción ejercitada en este juicio es la de rescisión por lesión enorme de que trata la última parte de la disposición legal citada, con prescindencia de otros motivos o causales de nulidad previstos en la primera parte de tal disposición;

Que la acción rescisoria por lesión de que trata este juicio, no puede prosperar porque la demandante no ha comprobado haber sido perjudicada en más de la mitad de su cuota: "Según las cuentas del partidor a ella le correspondía una hijuela por valor de $ 17.111.66 y a ese valor justo ascienden los bienes que se le adjudicaron en la partición. Luego no sólo no ha sido perjudicada en más de la mitad de su cuota, sino que no ha sido perjudicada en ninguna forma, porque recibió lo que le correspondía. Y sobre la composición o integración de su hijuela tan de acuerdo estuvo que, por medio de su apoderado que era el mismo partidor, pidió la aprobación de plano de la partición, según se desprende de los términos de la sentencia aprobatoria de la partición". A lo que se añade que no aparece demostrado, ni siquiera alegado, que los bienes adjudicados a la demandante tuvieron precios inferiores a los reales. "De lo anterior, hay que concluir que Consolación Castrillón no ha insinuado y menos demostrado que los bienes que se le adjudicaron en su hijuela tengan valores inferiores a los señalados en su adjudicación. Entonces no ha demostrado que hubiera sido perjudicada en más de la mitad de su cuota, y por cuota hay que entender la totalidad de lo que le cabía en la sucesión y no el eventual derecho proporcional sobre determinado bien relicto, y faltando esta demostración básica y esencial, su acción resulta improcedente a todas luces".

La Casación

Con base en la causal primera, el recurrente acusa la sentencia por varios extremos que la Corte pasa a examinar

Primero.—Según el recurrente, "la sentencia ha incurrido en manifiesto error de hecho al haber prescindido de apreciar con la partición el testamento de la señora Mercedes Girón constante en la escritura número 985 de 19 de mayo de 1927 otorgada en la Notaría Segunda de Cali, y por eso violó los artículos 793, 794, 796, 809, 813, 823, 825, 829, 839, 849, 852, 870 a 878, 1127, 1162 y 1376 del Código Civil", o sea "las regulaciones legales que instituyen la propiedad fiduciaria, los derechos de usufructo, uso y habitación, las disposiciones testamentarias y el régimen de los legados. Apreció la partición como elemento autónomo para regir distribución de herencias entre herederos. Prácticamente violó también, por indebida aplicación, los artículos 1155 a 1161 del C. Civil. Violó, igualmente, por no haberlos aplicado, los artículos 1375 y 1376 del C. Civil".

Sobre lo cual se observa:

Que, en realidad, el partidor, en la ejecución de su trabajo, se apartó de las disposiciones testamentarias; así lo anota, el sentenciador en la parte del fallo, transcrita en éste, que contiene una pormenorizada relación de todos los antecedentes del presente juicio; esto significa que el mencionado fallo, al apreciar la partición, aprecia también el testamento;

Que la partición no ha sido atacada, en el juicio de que se trata, con fundamento en el hecho de haber prescindido el partidor de lo dispuesto en las cláusulas testamentarias sobre los legados y haber adjudicado los bienes a que tales cláusulas se refieren, en propiedad, a los legatarios, considerándolos no como tales sino como herederos; a este respecto asienta el sentenciador que "no es materia sometida a la decisión de la justicia en este juicio examinar si las bases sobre las cuales edificó el partidor su trabajo de partición en el juicio de sucesión de Mercedes Girón resultan ajustadas a los preceptos legales", concepto fundamental del fallo no atacado por el recurrente y que en consecuencia subsiste en casación;

Que en la demanda sólo se promueve contra la partición la acción rescisoria por lesión, con base en el hecho, alegado por la demandante, de haber sido perjudicada en tal partición en más de la mitad de su cuota; esta es la cuestión que a la luz del artículo 1405 del Código Civil se examina y decide en el fallo acusado;

Que, por lo expuesto, no existe error de hecho proveniente de falta de apreciación del testamento; y

Que, por otra parte, el recurrente no explica, como ha debido hacerlo, por qué resultan violados, en el fallo, los veintisiete artículos del Código Civil que aparecen citados en el cargo de que se trata.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo.—Incurre el sentenciador, en concepto del recurrente, en **errores de hecho y de derecho** en la apreciación de la demanda, a consecuencia de los cuales quebranta los artículos 1127, 1176, 1741 y 1405 del Código Civil, aunque no explica el concepto de la violación. "Esa demanda —expone el recurrente— no aparece pidiendo una rescisión de la partición tendiente únicamente a modificar la distribución de la casa de la calle 10 con carrera 10 de Cali y dejar intocado el trabajo del partidor en lo concerniente a la casa de la carrera 9ª frente a la antigua estación del tranvía".

Acerca de lo cual se anota:

Que, en efecto, la sentencia recurrida expone: "esta lesión es la que ella (la demandante) quiere que se corrija mediante sentencia en el sentido de modificar la partición para elevar su cuota en el inmueble a $ 7.333.33 pero sin tocar las otras adjudicaciones hechas en la misma partición".

Que esta interpretación de las pretensiones de la demandante no es desacertada, puesto que en la demanda, según se ha visto, se pide: "la rescisión, por lesión, del acto de la partición verificada de la herencia de la señorita Mercedes Girón, con fecha 29 de febrero de 1948, proferida por el señor Juez 2º de este Circuito Civil, en lo tocante a la herencia de la señorita Mercedes Girón, **respecto de la casa aludida en la cláusula sexta del testamento contenido** en la escritura 985, de fecha 19 de mayo de 1927, de la Notaría 2ª de este Circuito...." que como consecuencia de esa rescisión se distribuye de **nuevo dicha casa** del modo en partes iguales entre el señor Miguel Vicente Patiño Saucedo y la señorita Consolación Castrillón ateniéndose a la carta testamentaria de la señorita Mercedes Girón; que en subsidio se distribuya por terceras partes, el derecho o cuotas de magnitudes iguales". Estas peticiones corresponden a lo expresado en hechos, ya transcritos de la demanda.

Que es, por consiguiente, infundado el cargo.

Tercero.—Expone el recurrente que el sentenciador, al decidir que no hay lesión en la distribución de los legados de las casas, quebranta los artículos 1176 y 1394 del Código Civil. Según el primero, el legado se debe en su totalidad, y aquí no se ha cumplido esto; según el segundo, las facultades del partidor no llegan hasta "excluir legatarios, de un lado; ensanchar los legados de otro, mermar partes o aumentar las. La ley allí acepta lo razonable. No autoriza lo arbitrario".

A este respecto se considera:

Que en la partición, como ya se ha visto, se prescinde de las cláusulas testamentarias que establecen los legados y se adjudican los bienes de que tratan tales cláusulas a los mismos legatarios pero considerándolos como herederos, y que, como también se ha visto, la legalidad de la partición, por este aspecto, no es lo que en el presente juicio se discute; no es pertinente, por tanto, la cita del artículo 1176 del Código Civil como violado por el Tribunal; y

Que el Tribunal no interpreta la disposición del artículo 1394 del Código Civil en el sentido de que autoriza al partidor para obrar con arbitrariedad; simplemente expresa que tal disposición le permite obrar con amplitud en la formación de los lotes tratando de guardar la posible igualdad y de adjudicar a cada asignatario bienes de la misma naturaleza y calidad que a los otros; a lo que agrega que, en el caso de que se trata, todos los interesados aceptaron la distribución hecha y así lo manifestaron al Juez. Sabido es que en las particiones ha de atenderse, en lo que concierne a la formación de los lotes, a la voluntad de todos los interesados, si son capaces (artículos 1382, 1391, 1392 del Código Civil).

Visto lo anterior ,se rechaza el cargo.

Cuarto.—"Dado que la sentencia sostiene —dice el recurrente —que la acción rescisoria no procede cuando los copartícipes no han objetado antes la partición, desaplica, por una interpretación errada, los artículos 1405 y 1741 del Código Civil".

Sobre este cargo se observa que la sentencia acusada no expone el concepto que el recurrente le atribuye. En partes ya transcritas de dicha sentencia se expresa: primero, que contra el modo de composición de los lotes los interesados pueden reclamar dentro del término señalado en el artículo 964 del Código Judicial; y segundo, que cuando la partición no se objeta en la oportunidad correspondiente, cualquiera de los interesados puede promover, contra ella, las acciones de que tratan los artículos 1405 y siguientes del Código Civil, sobre estos puntos es muy claro el fallo recurrido.

No hay, por tanto, violación de las citadas disposiciones legales. Por lo dicho no se acoge el cargo.

Quinto.—Dice el recurrente que "la sentencia incurre en error de hecho manifiesto y en error de derecho al no haber dado eficacia legal al testamento, a los inventarios y avalúos y a la partición, piezas integrantes del juicio de sucesión de Mercedes Girón y por tal motivo viola los artículos 1375, 1376, 1392 y 1394 del Código Civil. La distribución hecha en la partición, agrega el recurrente, pugna con todo lo que debió servirle de fundamento antecedente, desconoce la sustancia y naturaleza de los legados con menoscabo de todo el sistema legal de la propiedad fiduciaria, del usufructo, del uso y habitación, del respeto a la voluntad de la testadora y de la intangibilidad de los legados o sea los artículos 794 a 878, 1127, 1176 y 1376 del Código Civil".

En relación con este cargo, que no es en realidad sino una repetición del primero, se considera que, como ya se ha expresado, la circunstancia de haberse apartado la partición de los términos del testamento no es cuestión planteada en el juicio. En éste se trata únicamente de decidir si en la partición que, como lo dice el fallo acusado, ha de considerarse como acto indivisible, la demandante sufrió lesión por haber sido perjudicada en más de de la mitad de su cuota, cuestión resuelta en el sentido de que no sufrió perjuicio alguno, con base en la incontestable consideración de que para verificar si hay lesión en una partición es preciso tener en cuenta el valor total de la respectiva hijuela y no el valor de tal o cual de los bienes en ella comprendidos, ya que un coasignatario puede resultar perjudicado en relación con determinada cosa y al propio tiempo beneficiado en relación con otra. Los considerandos del fallo sobre este punto, que es el fundamental en la controversia, no aparecen atacados en la demanda de casación.

En atención a lo expuesto, se desecha el cargo.

Sexto.—Incurre la sentencia, en concepto del recurrente, en manifiesto error de hecho y en error de derecho al apreciar la petición subsidiaria de la demanda. La demandante ha perseguido que se le respete íntegramente su cuota

de usufructuaria, usuaria y habitadora, en la casa de la calle 10 con carrera 10ª, dentro del actual grupo de los demás titulares de igual derecho en cada uno de los legados. Como consecuencia de tales errores, resultan violados los artículo 840 y 878 del Código Civil".

Se considera:

Que en la petición subsidiaria no solicita la demandante que se le respeten sus derechos de usufructuaria, usuaria y habitadora de la casa a que se refiere la cláusula sexta del testamento. Las peticiones se dirigen a obtener, en primer término, que "se distribuya de nuevo dicha casa en partes iguales entre la demandante y Miguel Vicente Patiño Saucedo"; y en subsidio, que tal casa se distribuya por terceras partes. No se pide que en lugar de la adjudicación en propiedad que se hizo en la partición, se rehaga ésta en el sentido de hacer la adjudicación limitada a los derechos de usufructo, uso y habitación, de acuerdo con lo que al respecto dispone el testamento;

Que en el supuesto de que la petición subsidiaria tuviera el alcance señalado por el recurrente, es lo cierto que a tal petición, consecuencial de la de rescisión, no podía acceder el sentenciador habiendo denegado ésta; y

Que, en consecuencia, no existen los errores de hecho y de derecho de que habla el recurrente, ni quebranto de las disposiciones legales citadas en este cargo.

La Corte observa que del expediente aparece que las partes se distribuyeron todo el patrimonio de la testadora, sin tomar en cuenta la asignación hecha por ésta para que parte de sus bienes se aplicara a misas y responsos por su alma; pero que a la Corporación no le ha sido dado corregir esa falta por carecer de potestad para ello, ya que no ha sido ésta la cuestión planteada en el presente juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Cali.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres. — Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

PREVARICATO. — IDENTIDAD JURIDI CA DE PERSONAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL

Cuando el opositor a la entrega del inmueble sobre el cual versa la ejecución de la sentencia, es causahabiente de la parte condenada en el juicio, no tiene calidad de tercero por una parte, y por otra, no puede oponerse por aquella identidad jurídica de personas de que habla la ley, pues, la favorable o desfavorable en las consecuencias del juicio le aprovechan o le perjudican.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En escrito de treinta y uno (31) de enero de mil novecientos cincuenta y uno (1.951), Rosalbina Leyton formula denuncia criminal contra el doctor Manuel Jesús Lucio, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, porque "de manera categórica y reiterada se ha obstinado en su negativa de hacer justicia y con un fallo absurdo, ilegal, injusto y arbitrario, ha patrocinado el despojo.... "de un inmueble de propiedad de la denunciante, infringiendo los artículos 168, 170, 171, 172 y 173 del Código Penal, delitos por los cuales lo acusa criminalmente.

Antecedentes:

El día diez de enero de mil novecientos treinta y siete, Rosa Elena Figueroa celebró con el Municipio de Cali un contrato de arrendamiento sobre un lote de terreno —egido— en el barrio de "El Porvenir", por el término de cinco años. Sobre es lote construyó —como mejoras— una casa, mejoras que fueron protocolizadas en la Notaría 2ª de Cali por escritura pública Nº 518 de veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

Entre Rosa Elena Figuerca, por una parte y Rosalbina Leyton, por otra, celebraron una promesa de venta sobre las mejoras construídas en el mencionado lote, contrato que no pudo llevarse a efecto porque el Personero Municipal no lo autorizó. Sin embargo, la Leyton ocupó la casa por haber celebrado un contrato de arrendamiento. Posteriormente, Rosa Elena Figueroa vende a Elena Ramos la mencionada casa por escritura pública Nº 284 de ocho de abril de mil novecientos cuarenta, otorgada en la Notaría 2ª de Cali. A su vez, Rosalbina Leytón vende la misma casa a Rosa Amelia Ibáñez de Viveros, por escritura Nº 1915 de veintitrés de diciembre de mil novecientos cuarenta de la Notaría 2ª de Cali.

Elena Ramos, persona distinta de Rosa Elena Figueroa, promueve juicio reivindicatorio contra Rosa Amelia de Viveros de quien es tradente la Leyton, representando, por consiguiente, dentro del juicio un mismo interés jurídico. La demandante obtiene sentencia en su favor, en la cual, se hace entre otras, estas declaraciones: Que Elena Ramos es dueña del inmueble determinado en el punto primero de la demanda; Que la demandada debe restituír a la demandante, una vez ejecutoriado el fallo, el inmueble determinado en el punto primero de la demanda; Que la demandada debe pagar a la actora, los frutos civiles y naturales percibidos a partir de la contestación de la demanda, y que; La demandante debe pagar a la demandada la cantidad de seiscientos treinta y tres pesos con veinte centavos ($ 633.20), como valor de las mejoras hechas en el inmueble objeto de la acción reivindicatoria.

Verificado el depósito se procedió a la entrega; Rosa Amelia Ibáñez de Viveros no recibió la cantidad depositada; manifestó que las mejoras las vendió a Rosalbina Leyton. Al verificar la entrega, se encontró en dicha casa a Rosalbina Leyton quien se opuso a la entrega, oposición que fué aceptada por el Inspector comisionado para cumplir el fallo. Pero el Juzgado en providencia de diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, revocó el auto del Inspector y ordenó proceder a la entrega. De

esta providencia se apeló ante el Tribunal, y esta Entidad, por conducto del Magistrado doctor Manuel Jesús Lucio, ponente en dicho negocio, confirmó el auto apelado en providencia de seis de diciembre de mil novecientos cincuenta.

La no revocatoria del auto —estima la denunciante— implica una denegación de justicia y por este motivo se formuló la denuncia criminal.

Investigación

En la diligencia de ratificación de la denuncia Rosalbina Leyton manifestó lo siguiente:

"Yo no le hago cargos al Magistrado del Tribunal doctor Manuel de Jesús Lucio, a quien no conozco, pues yo lo que quiero es que llamen a declarar a Rosa Elena Figueroa quien fué la que me vendió las mejoras y yo insisto en sostener que soy la dueña de tales mejoras. Yo no le hago cargos repito, a ese Magistrado ni a ningún otro empleado y aclaro que yo no se leer y apenas se escribir mi nombre y apellido".

Sin embargo, a pesar de esta declaración terminante que destruye las afirmaciones anteriores, motivo más que suficiente para finalizar la actuación, el Magistrado que conocía de este negocio ordenó adelantar la investigación. Cumplidas las formalidades atinentes a la fase del sumario; practicadas las pruebas tendientes a esclarecer los hechos; determinada la calidad del funcionario de la Rama Jurisdiccional como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la persona del denunciado y recibida la correspondiente declaración indagatoria, fué cerada la presente investigación y se ordenó dar traslado del negocio al Agente del Ministerio Público.

Concepto del Procurador

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal después de analizar los hechos resume su pensamiento así:

"En síntesis, lo resuelto por el Tribunal en las providencias que se tachan de delictuosas, estuvo en un todo conforme a los artículos 474, 551, 552 y 882 del Código de Procedimiento Civil. No hubo, pues, ilicitud alguna en la conducta del Magistrado doctor Lucio.

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que dicte sobreseimiento definitivo en favor del doctor Manuel Jesús Lucio, por inexistencia de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad que le imputó la señora Rosalbina Leyton".

Se considera:

Una de las cosnecuencias del fallo —en los juicios reivindicatorios— es la entrega del inmueble reclamado dentro del juicio. Es el cumplimiento de la sentencia, como síntesis lógica de los derechos controvertidos y reconocidos a la parte demandante a quien debe ponerse en posesión del mismo, sin necesidad de nuevo juicio (Art. 551 del C. de P. P.). Pero si al tiempo de hacerle la entrega de la cosa se opone un tercero que la tiene en su poder, se le deja en calidad de secuestro mientras se adelanta el correspondiente incidente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 882 y 883, de la obra citada.

Pero la oposición, por una parte, y la denominación de terceros de que habla la ley, por otra, es para aquellas personas que perjudica el fallo y que no han tenido vinculación alguna dentro del pleito por no existir identidad jurídica entre ellas. Pero cuando existe identidad jurídica de personas, la oposición y el título o denominación de terceros puede ser una cosa aparente pero no real, sin ningún efecto dentro del juicio.

Hay identidad jurídica de personas —dice el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil— siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posteridad al registro de la demanda, si se trata de inmueble, o a la notificación de ésta si se trata de muebles. De manera que, cuando el opositor a la entrega del inmueble sobre el cual versa la ejecución de la sentencia, es causahabiente de la parte condenada en el juicio, no tiene calidad de tercero por una parte, y por otra, no puede oponerse por aquela identidad jurídica de personas de que habla la ley, pues lo favorable o desfavorable en las consecuencias del juicio le aprovechan o le perjudican.

En otros términos, si entre Rosalbina Leyton y Rosa Amelia Ibáñez de Viveros hay identidad jurídica de personas, y si la segunda es causahabiente de la primera a título singular por enajenación —compraventa— es natural que la oposición y el título de tercero no cabe alegarlo porque la misma ley lo impide, es decir, las consecuencias jurídicas del fallo perjudican tanto

al vendedor como al comprador por los vínculos de identidad jurídica entre las dos partes, y la providencia que niega la oposición está respaldada en la ley, y por consiguiente, no existe comisión de delito alguno.

Así lo expresó el Tribunal cuando dice:

1º—"Qué vínculo jurídico se crea entre una persona que vende una cosa y el comprador de la misma? Este vínculo se indica diciendo que el comprador es sucesor a título singular del vendedor en el dominio de la cosa vendida, y de aquí resultan consecuencias jurídicas algunas de las cuales se indican así: si el comprador se le promueve pleito por el dominio de la cosa, y por causa anterior a la venta, debe citar al vendedor, para que salga a defenderlo, y si llamándolo la pierde, puede exigir de aquél que le devuelva el precio dado y le indemnice los perjuicios recibidos, además de otras consecuencias que no es del caso indicar. Y si al comprador se le condena a entregar la cosa comprada, el vendedor concurra o nó al juicio, no tiene derecho a oponerse a dicha entrega, por la vinculación jurídica que la compraventa referida ha establecido entre vendedor y comprador, vinculación que quita al vendedor el carácter de tercera persona en el negocio.

2º—"La noción jurídica de tercero es diferente a la noción común. No es tercero jurídicamente hablando el tradente a título singular, ni el causante a título universal en el dominio de una cosa; no es tercero el vendedor en pleito que se promueva al comprador sobre el dominio de la cosa vendida, como pasa al presente, y si el vendedor no es tercero, pues tiene una vinculación jurídica con el comprador, clara y evidente, no tiene derecho a hacer oposición en la entrega en que se ha condenado a su comprador a restituir a otra persona el inmueble que de aquél adquirió.

3º—"La vinculación jurídica en el presente caso, entre Rosalbina Leyton y Rosa Amelia Ibáñez de Viveros, la hace derivar el Tribunal de la venta que aquélla hizo a ésta de la casa materia del juicio reivindicatorio llevado entre Elena Ramos y la Ibáñez de Viveros, y no de la denuncia del pleito que ésta hizo a la Leyton, como lo entiende erróneamente el recurrente.

4º—"La petición de entrega del bien reivindicado, es consecuencia del fallo del Tribunal citado que así lo ordena y se funda en los artículos 550 inciso 2º y 551 inciso 1º del C. J.".

De manera que al interpretar la ley y ceñirse expresamente a los textos de ella para negar la oposición, el Magistrado ponente doctor Manuel de Jesús Lucio, no violó la ley ni cometió delito alguno, pues la entrega del inmueble reclamado era consecuencia lógica de las sentencias del Juzgado y Tribunal, la cual no fue invalidada por la Corte, y como, por otra parte la opositora era causahabiente a título singular por enajenación —compraventa— el fenómeno jurídico de la identidad de personas era evidente, y el incidente de oposición inoperante en dicho caso.

En mérito de los expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, SOBRESEE definitivamente en favor del doctor Manuel de Jesús Lucio, mayor de edad, vecino de la ciudad de Cali, por los cargos materia de la presente investigación, por no ser ellos constitutivos de delito.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Jorge E. Gutiérrez Anzola, Conjuez.—**Julio E. Argüello**, Secretario

INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR PARA CONOCER DE PROCESOS CONTRA LOS ANTES DETECTIVES Y ACTUALES AGENTES SECRETOS DE LA POLICIA JUDICIAL

La Policía Judicial ha sido y es hoy una institución particular al servicio le la justicia, y nó de las Fuerzas de Policía general o administrativa.

Y en tales condiciones, los antes DETECTIVES y los actuales AGENTES SECRETOS no son juzgables por la justicia castrense, ya que el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 1426 de 1954, que desarrolló el 1814 de 1953, exige perentoriamente, para los efectos de la competencia de aquella justicia que los delitos allí determinados sean cometidos por "civiles al servicio de las Fuerzas de Policía".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra)

VISTOS:

Ni el Juez Penal del Circuito de Honda, ni el Comando del Destacamento de Orden Público del Tolima aceptaron tener competencia para conocer del presente negocio adelantado contra Gil Roberto Téllez y José Manuel Bonilla, ex-agentes de la Seguridad Nacional, por el delito de lesiones personales.

El primer funcionario sostiene que los sindicados realizaron el ilícito en el ejercicio de las funciones de detectives y por razón de ellas, y entonces les son aplicables los artículos 2º y 12 del Decreto Legislativo Nº 1426 de 1954, que atribuyen la compentencia a la Justicia Penal Miiltar, por tratarse de personas civiles al servicio de las Fuerzas de Policía.

El Comandante replica que, conforme a las disposiciones vigentes sobre la materia; "no aparece que los hechos de que tratan las diligencias referidas, sean de competencia de la justicia penal militar, ya que, en ningún caso, se ha atribuído a la justicia castrense que los delitos cometidos por los miembros del Servicio de Inteligencia Colombiano, (anteriormente Departamento Nacional de Seguridad), aún de los cometidos en el ejercicio de las funciones a ellos atribuídas, estén amparados de fuero especial, cuyo juzgamiento corresponde a las autoridades militares".

Debe la Corte decidir ese incidente de colisión negativa de competencias, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto Extraordinario Nº 2900 de

Se considera:

A los procesados Téllez y Bonilla se les hace el cargo de que, en la noche del tres de noviembre de 1952, sacaron de la cárcel de Honda a Vicente Gutiérrez, detenido por el hurto de un radio, con el fin de conducirlo a La Dorada para practicar con él diligencias investigativas; y que al llegar a una curva de la carretera, cerca al caserío de Caracolí, maltrataron al preso y lo hicieron rodar por un despeñadero. Gutiérrez, a consecuencia de ello, sufrió la fractura del fémur izquierdo y quedó con ua perturbación funcional permanente.

A los sindicados no se les encontró para recibirles indagatoria y fueron declarados reos ausentes y dados después de baja del detectivismo.

Se pregunta: Téllez y Bonilla, por el hecho de haber delinquido en el ejercicio de sus funciones de agentes de la Seguridad, tienen fuero especial para ser juzgados por las autoridades militares? Al respecto, hay que definir si esos auxiliares de la justicia son civiles al servicio de las Fuerzas de Policía.

La policía es una institución encaminada esencialmente a mantener el orden público y la seguridad social. Su misión típica es de carácter preventivo y coercitivo, y por eso se le denomina policía administrativa. Pero al lado de ella, hay otra policía llamada Judicial, cuyo objeto es servir de colaboradora de la justicia represiva. Es un grupo específico de funcionarios preparados en la técnica investigativa para suministrar pruebas a los Jueces y lograr el descubrimiento y la captura de los delincuentes. En este orden de ideas la Policía Judicial o científica constituye un cuerpo autónomo, independiente de la organización general de la policía administrativa, y que no está por lo tanto, al servicio de ésta, sino de la rama jurisdiccional.

Tal es el criterio seguido por nuestra legislación, si se examina especialmente la Ley 41 de 1915, que fue la que con más cuidado organizó la Policía Nacional y le señaló sus atribuciones. Dicha ley clasificó la Policía Nacional en tres grupos, según las necesidades del servicio: uno, destinado a la vigilancia y seguridad; otro, a una Guardia Civil de Gendarmería (custodia de oficinas, colonias penales. conducción de reos, etc.); y otro representativo de la Policía Judicial (artículos 4º y 5º), cuyo Jefe era el Prefecto de Policía.

La Policía Judicial fue ulteriormente adscrita al Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno (Decreto Extraordinario Nº 650 de 1943), y luego quedó a cargo del Ministerio de Justicia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 68 de 1945. Finalmente, por Decreto Legislativo Nº 2872, de 31 de octubre de 1953, se reorganizó la mencionada Policía como un Departamento Administrativo autónomo; denominado "Servicio de Inteligencia Colombiano (S. I. C.)", que vele constantemente por el mantenimiento de la seguridad interior y exterior del Estado y que así mismo preste su colaboración a los Jueces y Tribunales del país para la buena marcha de la administración de justicia." A los agentes del Servicio de Inteligencia se les denominó "Agentes Secretos".

Queda, pues, en claro que la Policía Judicial ha sido y es hoy una institución particular al servicio de la justicia, y nó de las Fuerzas de la Policía general o administrativa.

Y en tales condiciones, los antes detectives y los actuales agentes secretos no son juzgables por la justicia castrense, ya que el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 1426 de 1954 —que desarrolló el 1814 de 1953— exige perentoriamente, para los efectos de la competencia de aquella justicia, que los delitos allí determinados sean cometidos por "civiles al servicio de las Fuerzas de Policía", requisito que no se cumple aquí, mayormente cuando los sindicados realizaron la infracción con anterioridad a la vigencia de los dos Decretos antes citados.

Por lo tanto, el conocimiento de este proceso corresponde a la jurisdicción ordinaria.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve que es el Juez Penal del Circuito de Honda quien debe conocer del proceso contra Gil Roberto Téllez y José Manuel Bonilla, por el delito de lesiones personales en Vicente Gutiérrez.

Dése cuenta de esta decisión al señor Comandante del Destacamento de Orden Público del Tolima, con sede en Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

ES CAUSA DE NULIDAD CONSTITUCIONAL EL OMITIR DAR TRASLADO AL PROCURADOR CUANDO EL RECURRENTE ES EL FISCAL DEL TRIBUNAL

Aunque el Decreto 1154 de 1954 no señala término dentro del cual deba darse el traslado al Procurador que la misma norma ordena para que amplíe, si lo considera conveniente, la demanda de casación presentada por el Fiscal del Tribunal cuando éste es recurrente; y aunque la omisión de ese traslado no está prevista como causal de nulidad en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., debe declararse la nulidad de lo actuado cuando ocurra tal hecho, porque ello conduciría a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, o sea la tramitación del recurso sin el cumplimiento de la "plenitud de las formas propias del juicio", hecho que incide en una nulidad de origen constitucional, lo cual debe declararse al tenor de lo dispuesto por el artículo 200 del C. de P. P. Su reconocimiento da oportunidad a la parte no recurrente para iniciar un nuevo traslado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre tres de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El Agente del Ministerio Público al correr el traslado ordenado por auto de agosto del presente año, dice:

"En la presente actuación se omitió dar traslado a la Procuraduría para que esta entidad tuviera la oportunidad de manifestar si amplía o nó la demanda que presentó el señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga".

"Como esta omisión puede generar en una nulidad por haberse alterado el orden procedimental correspondiente, considera este Despacho que debe retrotraerse la actuación al estado de correr a la Procuraduría el traslado de que habla la norma legal transcrita arriba, para luego entregar los autos a la parte no recurrente y dar en esta forma estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 564 del C. de P. P."

Se considera:

Dispone el Decreto Nº 1154 de 1954 en su artículo 3º:

"El Fiscal del Tribunal Superior que interpusiere recurso de casación en materia penal debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, demanda que podrá ampliar el Procurador General de la Nación".

Es evidente que en este negocio no se corrió el traslado ordenado por el artículo 3º del mencionado Decreto, al Procurador General de la Nación, omisión que privó a dicho funcionario de la facultad concedida por la ley para ampliar la demanda.

El Decreto no señala términos dentro de los cuales se debe correr el traslado, pero esta irregularidad puede y debe ser subsanada en virtud del mandato contenido en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, que confiere facultad al juzgador para señalar términos cuando la ley no lo haya hecho, y ese término, no puede ser otro, sino el previsto en el artículo 563 inciso 2º del estatuto procedimental.

Es verdad que la omisión —traslado al Procurador General de la Nación— no está prevista como causal de nulidad en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero ello conduciría al quebrantamiento de normas superiores a la ley como sería la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, o sea la tramitación del recurso sin el cumplimiento de la "plenitud de las formas propias del juicio" hecho que incide en una nulidad de origen constitucional, lo cual debe declararse al tenor de lo dispuesto por el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal. Su reconocimiento da opurtunidad a la parte no recurrente para iniciar un nuevo traslado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador, de acuerdo con él, declara nulo lo actuado a partir del auto de veintiuno de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro inclusive en adelante. En consecuencia, dése traslado al Procurador General de la Nación (Artículo 3º Decreto 1154 de 1954), por el término de quince días, para que manifieste si amplía o nó la demanda suscrita por el Fiscal del Tribunal Superior de Buga.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO, LA IMPREVISION DE LA RIÑA DEBE SER DECLARADA EXPRESAMENTE POR ESTE, PARA QUE EL JUEZ DE DERECHO PUEDA DAR APLICACION A LAS NORMAS PENALES QUE REGULAN EL CASO EN QUE UN HOMICIDIO SE HAYA REALIZADO EN RIÑA IMPREVISTA. — NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

1—El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal hace imperativa sólo la notificación personal al DEFENSOR, entre otros autos, del que "señala día para la celebración del juicio", porque en verdad es el defensor, y no el acusado, la persona que, por tener preparación en las disciplinas jurídicas, está capacitada para destruir o aminorar los cargos en ese acto trascendental del juzgamiento. El procesado, generalmente, asume en la audiencia pública un papel meramente pasivo, correspondiendo al defensor la ardua tarea de hablar por su representado en el campo del derecho.

2—La provocación suele ser un elemento de la riña imprevista, pero no constituye de por sí aisladamente todo el fenómeno delictuoso contemplado en el artículo 384 del Código Penal. La provocación es una parte de él, nada más. Quien acude a un lance personal solicitado por otro, demuestra poca capacidad de gobierno de sus pasiones o instintos. Lo imprevisto es aquello en que no se ha pensado, que sorprende, que no se espera y en que el individuo se ve envuelto contra toda su previsión. Por eso se ha dicho que la riña imprevista equivale a la casual, porque se desarrolla en el sitio o local menos apropiado o bien surge en los momentos más inoportunos.

Una cantina, lugar de frecuentes disputas, recinto en donde se expenden bebidas embriagantes que exaltan las pasiones y estimulan los ardores combativos, no es por cierto el ambiente en donde pueda sorprender una riña, ni al sucederse ella en el acto de ingerir licor los contendientes, puede afirmarse con verdad que se desarrolló en el instante más inesperado.

3—Cuando el jurado no expresa con entera claridad la imprevisión de la riña y sólo habla de riña provocada por el occiso, esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad, que el Juez de derecho puede tener en cuenta al proferir su fallo. Desde luego, cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista, figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del jurado gran claridad en su respuesta y en razón precisamente de que aquella entidad no es técnica, corresponde a las partes durante la audiencia, ilustrarla sobre la importancia y consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Tiene a su estudio esta Sala de la Corte la demanda de casación presentada por el doctor Rómulo Villamizar Betancourt para sustentar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior de Pamplona, en la que se condenó a Evelio Contreras Moncada a ocho años de presidio, como autor intencional de la muerte de Benigno Becerra, causada con arma corto-punzante el nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, en Arboledas, según lo declaró el Jurado en la audiencia pública el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, al contestar —como se verá en seguida— a la única pregunta formulada por el Juez del conocimiento (Segundo Superior de Cúcuta): "Sí es responsable pero en riña provocada por el muerto".

La demanda

Dos son las causales invocadas por el recurrente, quien —no sobra advertirlo— asistió en las instancias al procesado. Ellas son las 4ª y la 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la que se ha citado en primer término y que por referirse a un problema que, como el de la nulidad, afecta más radicalmente el juicio, habrá que estudiar de preferencia, enumera los siguientes cargos: a) Que se omitió el traslado legal de que tratan los artículos 459 y 460 de la Ley 94 de 1938, con lo cual se violó, además, el artículo 26 de la Constitución; b) Que tanto al acusado como a su defensor se les dejaron de notificar varios autos, especialmente el que aplazaba la fecha señalada para la audiencia, vicio que afecta de nulidad el proceso, según lo establece el numeral 5º del artículo 198 del ya citado Código; y c) Que no obstante no ser allanables los impedimentos en materia penal, según doctrina que cita, el Juez aceptó la manifestación hecha por el defensor de allanar el expresado por el Fiscal, quien había declarado enemistad entre él y el abogado que actuaba en la defensa. Todo lo cual alega como tercer motivo de nulidad.

Réplica del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuyos conceptos acerca de los puntos que son materia de impugnación con respecto a la causal 4ª comparte la Sala, por estar amplia y laboriosamente expuestos y en la misma forma rebatidos, contesta así a los cargos que acaban de expresarse:

"Traslado al defensor

"En auto de fecha 15 de septiembre de 1952, el Juez Segundo Superior de Cúcuta señaló "el próximo veinticuatro de los corrientes, y a las nueve de la mañana, para dar comienzo a la audiencia". (fs. 50)

"Al día siguiente, el señor Fiscal se declaró impedido, alegando una enemistad del defensor para con él (el Agente del Ministerio Público); pero el Juez no aceptó la causal invocada, en providencia de 18 del mismo septiembre, contra la cual interpuso apelación el señor Fiscal. En vista de este incidente, el Juzgado dispuso no realizar la audiencia en el día prefijado y concedió el recurso en el efecto suspensivo (fs. 51, 53 v., y 54).

"Conocida esta decisión por el defensor, doctor Jacinto Rómulo Villamizar, o sea el mismo que hoy es demandante, se apresuró a manifestar su sorpresa por la afirmación del señor Fiscal, ya que no era cierto que fuese su enemigo gratuito, "y menos, mucho menos, que tenga con él enemistad grave". "Creo tener el sagrado derecho de brindarle mi amistad a quien libremente desea y tengo elevado concepto para el Fiscal, quien no merece ser mi enemigo... Pero si tal enemistad nace de parte del señor Fiscal para con el suscrito, de antemano manifiesto que ALLANO todo impedimento".

"Y termina así el escrito del señor defensor:

"**Pido a Ud., señor Juez, se digne revocar el auto que se me notifica** (el de suspensión de la audiencia, aclara este Despacho) y al poner en conocimiento el presente memorial al señor Fiscal, exigirle el cumplimiento de sus deberes que juró cumplir **para que la audiencia señalada para el martes 24 pueda realizarse**, porque de lo contrario el Fiscal incurre en el delito de denegación de justicia que pido se investigue para que la impunidad no impere". (fs. 55 y 56). Ha subrayado la Procuraduría.

"Enterado el señor Fiscal de la anterior petición, expresó:

"Como el suscrito **no tiene o no guarda enemistad grave** para el Dr. Villamizar Betancourt, pide al señor Juez que se le dé curso a la audiencia en el día señalado y en consecuencia desisto del recurso de apelación interpuesto contra el auto que denegó mi solicitud de impedimento". (fs. 56 v.).

"El Juez accedió a ello y revocó la providencia en que concedió al señor Fiscal la apelación, y dispuso llevar a efecto la audiencia pública el día veinticuatro de los corrientes (septiembre de 1952), para lo cual la Secretaría correrá el traslado al defensor". (fs. 56 v., y 57).

"En cumplimiento de ese auto, el 22 de septiembre, a las once da la mañana, se le entregó el expediente al señor defensor para su estudio, sin señalarle término alguno (fl. 57), y la audiencia pública se realizó en la fecha primitivamente fijada, o sea el 24 del nombrado mes, a las nueve de la mañana (fl. 58).

"Las partes concurrieron al acto y desarrollaron normalmente, con la amplitud debida, sus respectivos puntos de vista sobre la situación jurídica del procesado (fs. 58 a 60).

"Las actuaciones que se dejan relatadas ponen

de manifiesto la sinrazón de la nulidad que se analiza.

"En efecto, fue el propio defensor y demandante en casación quien apremió al Juez y al Agente del Ministerio Público para que la audiencia se llevara a término en el día señalado (24 de septiembre de 1952), a tal punto que pidió revocatoria del auto que la había suspendido e hizo la amenaza de denunciar criminalmente al señor Fiscal, si se oponía a dicha determinación. Y uno y otro funcionarios aceptaron lo pedido por la defensa. Es más: ésta ejerció su ministerio de manera completa, pues analizó con detenimiento las pruebas del proceso e hizo citas de tratadistas de derecho penal para sustentar adecuadamente la tesis de que el acusado no era responsable, "por haber procedido en legítima defensa".

"Y así las cosas, las garantías del juzgamiento se cumplieron a cabalidad, porque al defensor sí se le dio traslado del expediente antes de la audiencia y tuvo tiempo suficiente para estudiar y preparar sus alegatos ante el Jurado, que era lo fundamental y lo que persigue el legislador con sus ordenamientos consignados en los artículos 5º del Decreto Legislativo Nº 1231 de 1951 y 459 del Código de Procedimiento Penal.

Tanto es así, que la cuestionada nulidad sólo vino a invocarla el señor defensor ya cuando el Jurado había pronunciado su veredicto en forma adversa a las aspiraciones de aquél. Es decir, se trata de un recurso de última hora encaminado, como es obvio, a lograr la repetición de la audiencia, pero sin fundamento serio que lo justifique. De admitir tal procedimiento, las actuaciones judiciales en materia penal quedarían a merced de la parte interesada y harían interminables los procesos, con grave perjuicio del interés colectivo.

"No prospera, pues, este primer cargo de la causal cuarta.

"Falta de notificación de algunos autos al procesado y su defensor.

"El auto de fecha 15 de septiembre de 1952 —que señaló fecha para la audiencia— fue notificado personalmente al Fiscal, al procesado y a su defensor (fl. 50); también se les hizo igual notificación del auto de 20 del mismo septiembre, que dispuso suspender la audiencia para el día prefijado (fl. 54 v.); y del auto de 22 de septiembre, en que definitivamente se ordenó celebrar el juicio el 24 de dicho mes, tuvo igualmente conocimiento personal el señor defensor, puesto que se le corrió traslado del negocio para que lo estudiara y concurriera al debate en la fecha indicada (fl. 57).

"Y obsérvese que el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal sólo hace imperativa la notificación personal al defensor, entre otros autos, del que "señala día para la celebración del juicio", porque en verdad es el defensor, y no el acusado, la persona que, por tener preparación en las disciplinas jurídicas, está capacitada para destruír o aminorar los cargos en ese acto trascendental del juzgamiento. El procesado, generalmente, asume en la audiencia pública un papel meramente pasivo, correspondiéndole al defensor la ardua tarea de hablar por su representado en el campo del derecho. Y así lo hizo el abogado Villamizar Betancourt a nombre de Contreras Moncada.

"Respecto al auto de fecha 18 de septiembre de 1952, en que el Juzgado no aceptó el impedimento del señor Fiscal, es verdad que dejó de notificarse al acusado y su defensor. Pero esa fue una irregularidad simplemente formal, porque en el fondo, la defensa tuvo conocimiento de tal providencia, al notificársele personalmente el recurso de apelación concedido contra ella (fl. 54 v.). Lo demuestra así el siguiente aserto que hace el señor defensor en su escrito del 20 de septiembre:

"Me acabo de sorprender al notificárseme el auto de fecha de hoy, septiembre 20, por el cual el Despacho a su digno cargo concede recurso de apelación invocado por el señor Fiscal colaborador, **de su providencia del 18 de los corrientes, en la cual resolvió no aceptar el impedimento que alega el señor Fiscal por falta de causa legal".** (fl. 55).

"Por eso resulta sencillamente falto de seriedad este último aspecto del segundo cargo, ya que el defensor demandante estaba al tanto, en su debida oportunidad, de la existencia del auto de 18 de septiembre, que resolvió el impedimento del Fiscal.

"Finalmente, se anota que en este capítulo de su demanda, el recurrente invoca la causal de nulidad prevista por el numeral 5º del artículo 198 de la ley procesal, que dice:

"No haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio; **pero no se declarará la nulidad si el interesado no notificado concurre a la audiencia.** Sólo éste podrá solicitar la anulación del proceso por esta causal". (Ha subrayado la Procuraduría).

"Como se ve, la aludida nulidad es una de las llamadas relativas, porque se subsana ante el silencio o la aquiescencia del interesado. En el supuesto, pues, de que faltase la notificación —que no falta— del auto que señaló fecha para la audiencia, el hecho de haber concurrido a ésta el señor defensor y llenado su misión satisfactoriamente, borró cualquier anomalía que pudiese invalidar el acto.

"Por lo tanto, debe desecharse el segundo cargo.

"Impedimento allanado

"Este tercer cargo es el menos consistente. En verdad, el Fiscal continuó interviniendo en el proceso, no en vista de que el defensor le hubiera allanado el impedimento, sino porque el Juez rechazó la causal de recusación alegada, en providencia de 18 de septiembre de 1952, auto que quedó ejecutoriado al desistir el Fiscal del recurso de apelación que interpuso contra él. Es más: el tal impedimento quedó en el vacío con las manifestaciones expresas que hicieron tanto el defensor como el Fiscal, de no tener enemistad grave entre sí. Por lo tanto, era obligada la presencia en este negocio del doctor Edilberto Monsalvo como representante del Ministerio Público.

"Por lo visto, es el caso de rechazar la causal cuarta de casación".

Vale agregar a la exposición precedente, tan ordenada como inobjetable, que sólo las irregularidades previstas en el Capítulo VI, Título IV del Código de Procedimiento Penal como generadoras de nulidad pueden reconocerse, bien sea en las instancias o en casación, puesto que los artículos 198 y 199 de dicho estatuto no las enumeran por vía de ejemplo, sino en forma taxativa. Claro es que por encima de las normas procesales están los preceptos de la Constitución, entre ellos el 26 citado en la demanda, que ordena observar en el acto del juzgamiento la plenitud de las formas propias de cada juicio". De ese mandato se ha partido para en algunos especiales casos examinar deficiencias que no quedaron comprendidas en las causales de invalidez que fijan aquellas disposiciones, pero que por tocar aspectos fundamentales del proceso no pueden pasar inadvertidas. Tal sería, por ejemplo, la de celebrar la audiencia pública sin estar presente el defensor del encausado. Esto quiere decir que cada vez que se hable de la falta de garantías que establece la ley fundamental, es preciso estudiar si en efecto el juicio se adelantó a sus espaldas y hasta dónde quedó, por lo mismo, afectado de tan grave irregularidad que la justicia no pudo cumplir sus altos fines.

"Pero habrá de convenirse en que aquí no se está en presencia de ninguna omisión de ese orden ni de ninguna anomalía susceptible de menoscabar los intereses del acusado. Porque aún admitiendo que el Juez no debió aceptar la manifestación del doctor Rómulo Villamizar Betancourt en la que se allanaba el impedimento expresado por el Fiscal, doctor Edilberto Monsalvo (que aquél se había "declarado su enemigo gratuito", aserción que negó el Dr. Villamizar), no resulta perjuicio real ni aparente para la parte que representaba la defensa, pues ya se vio en qué forma le propuso el personero de la sociedad al Jurado que tomara su decisión. Esto, fuera de que el impedimento estuvo mal planteado, puesto que no es cualquier clase de enemistad la que la ley reconoce como motivo para separar a un funcionario del conocimiento de un asunto penal, sino la que tiene el carácter de grave, la que proviene de un hecho que ha ocasionado hondas repercusiones afectivas (cosa que no puede predicarse de la gratuita) y, en fin, la que consiste en "un deseo incontenible y vivo de que el sér odiado sufra daño considerable, o el querer permanente de causárselo".

Causal tercera

Esta causal contiene dos partes: la primera se refiere a la falta de consonancia entre el fallo y los cargos formulados en el auto de proceder; versa la segunda —que es la acogida en la demanda— acerca del desacuerdo entre aquél (el fallo) y el veredicto.

Toda la argumentación del recurrente gira al rededor de esta tesis: que cuando el Jurado dijo que Evelio Contreras Moncada era responsable de la muerte de Benigno Herrera durante una riña provocada por éste, quiso significar que para aquél el lance tuvo los caracteres de imprevisto. Apoya su razonamiento en varias consideraciones que en su sentir son definitivas. Una de ellas, respecto de la cual hace mayor hincapié, estriba en que no habiendo en el derecho moderno fórmulas sacramentales, mal puede exigirse a los jueces de conciencia, a quienes hay que suponer que cumplen su misión sin hallarse constreñidos por barreras legalistas, conocimientos técnicos y apego decidido a una terminología preceptiva y contraria a la naturaleza de sus funciones. De

donde concluye que por el hecho de que el tribunal popular hubiera omitido en su veredicto la palabra "imprevista", al referirse a la riña, no puede en buena lógica, si no es ya acudiendo a 'elucubraciones"" (sic) injurídicas, entenderse que esa omisión sitúa el delito en un terreno desfavorable al acusado.

También llama la atención hacia la actitud de la víctima, que provocó repetidamente a su defendido, quien para evitar el encuentro hizo todo lo posible, saliendo del lugar en donde se hallaba Becerra (tienda de Eladio Gálvez) e introduciéndose en otra (tienda de Ana Joaquina Silva), adonde lo siguió el mismo provocador, y, por último, observa que el Fiscal pidió al Jurado que contestara diciendo que Contreras era responsable de homicidio cometido en riña imprevista para él. Conclusión a que llegó el representante del Ministerio Público en el debate oral después de leer la parte pertinente del auto de proceder. que dice:

"... De las pruebas que aparecen en el expediente se deduce claramente que entre Evelio Contreras y Benigno Becerra Villamizar hubo una riña que fue provocada insistentemente por el último, en estado de embriaguez, y aceptada por el primero, habiendo tenido suficiente tiempo para medir sus consecuencias y en la cual Becerra Villamizar le infirió a Contreras unas leves lesiones que lo tuvieron incapacitado para trabajar durante diez días...".

La riña imprevista

La provocación suele ser un elemento de la riña imprevista, pero no constituye de por sí ni aisladamente todo el fenómeno delictuoso contemplado en el artículo 384 del Código Penal. La provocación es una parte de él, nada más. Quien acuda a un lance personal solicitado por otro, demuestra poca capacidad de gobierno de sus pasiones o instintos. Lo imprevisto es aquello en que no se ha pensado, que sorprende, que no se espera y en que el individuo se ve envuelto contra toda su previsión. Por eso se ha dicho que la riña imprevista equivale a la causal, porque se desarrolla en el sitio o local menos apropiado o bien surge en los momentos más inoportunos.

Una cantina, lugar de frecuentes disputas, recinto en donde se expenden bebidas embriagantes que exaltan las pasiones y estimulan los ardores combativos, no es por cierto el ambiente en donde pueda sorprender una riña, ni al sucederse ella en el acto de ingerir licor los contendientes, puede afirmarse con verdad que se desarrolló en el instante más inesperado.

En el mismo auto de proceder el Juez anoto que Contreras había aceptado la riña "habiendo tenido tiempo para medir sus consecuencias" Observación muy atinada y que corresponde a la realidad, porque si bien es cierto que él eludió en un principio la provocación, continuó libando licor, y en estas condiciones no cabría afirmar que se vió comprometido en una riña cuasal e inopinada.

El Código de las Penas, no por mero capricho, sino atendiendo a consideraciones muy fundadas que atañen a la modalidad del delito y a aspectos psicológicos del delincuente, quiso establecer una diferencia bien notable entre la riña que se traba con la voluntad de ambas partes —la que también requiere por lo general que alguien la provoque— y aquella otra que por tener un carácter especial disminuye en forma considerable para una de ellas la gravedad del acto; y por eso le agregó la palabra "imprevista", sin que al hacerlo sea aceptable decir que se recurrió a una expresión de imposible entendimiento para el común de las gentes.

Es verdad que la ley —dijo la Corte en sentencia del 22 de junio de 1947— no exige a los miembros del Jurado que en sus respuestas usen fórmulas sacramentales, pero cuando esas palabras o expresiones legales hacen parte integrante de una circunstancia modificadora de la responsabilidad, el Júri debe pronunciarse sobre ellas en los términos consagrados por la misma ley. No se peca de formulismo —continúa el mismo fallo— cuando se inquiere por los motivos que el delincuente tuvo en cuenta en su obrar criminoso o por las condiciones en las cuales se realizó el hecho, porque esas cuestiones inciden en el problema de la responsabilidad y no será tarea difícil para los jueces de conciencia afirmar en cada caso concreto si la riña se suscitó de un modo imprevisto.

Asímismo, en sentencia del 28 de marzo del año citado, al tratar de la cuestión que aquí se estudia, dejó claramente expuesto su criterio sobre la manera de interpretar el veredicto cuando en él se prescinde de un factor que es la base de su estructura. Dijo entonces:

"... En consecuencia, cuando el jurado no expresa con entera claridad la imprevisión de la riña y sólo, como en el caso que ocupa a la Corte, habla de riña provocada por el occiso, esta últi-

ma situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad, que el Juez de derecho puede tener en cuenta al proferir su fallo. Desde luego, cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista, figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del Jurado gran claridad en su respuesta y en razón precisamente de que aquella entidad no es técnica, coresponde a las partes durante la audiencia ilustrarla sobre la importancia y consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad..." (casación de Carlos José Espinal).

Si, pues, el Jurado, a pesar de la petición del Fiscal, prescindió en su respuesta del vocablo "imprevista", no fue por falta de ilustración ni por desconocimiento del tema, sino porque así lo estimó de acuerdo con los hechos. Y entonces mal puede fundarse el cargo en las razones que el demandante exhibe como buenas para sostener que el veredicto tuvo una desacertada traducción legal.

El colaborador de la Sala (Procurador Primero Delegado en lo Penal), para quien tampoco prospera la causal tercera, dice a este propósito:

"Tratándose de juicios con intervención del Jurado, la riña imprevista debe ser materia de la decisión de ese tribunal de conciencia. Claro está que éste no tiene por qué consignar en su veredicto los términos jurídicos o legales que se usan en el campo del derecho; pero sí debe expresar en su respuesta hechos claros y precisos que individualicen la cuestionada atenuante. Y la frase empleada aquí por el Jurado ("Sí es responsable pero en riña provocada por el muerto") no es siempre equivalente a la riña suscitada "de un modo imprevisto", porque bien puede acaecer, y la realidad así lo enseña cotidianamente, que una pelea incitada por el que murió no sea imprevista para el acusado, ya porque éste busque, deliberadamente, la oportunidad de que la víctima le promueva el lance para aparecer como provocado, ya porque concurra a lugares donde se encienden ordinariamente los choques personales, o ya, en fin, por cualquier otra circunstancia que haga previsible la contienda entre dos o más personas".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, no invalida la sentencia del cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, del Tribunal Superior de Pamplona, en la que se condenó a Evelio Contreras Moncada a ocho años de presidio, como autor intencional de la muerte de Benigno Becerra.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro. — Carlos Arango Vélez, Conjuez.—Julio E. Argüello R. Secretario.

PARA LLEVAR AL PROCESO PRUEBAS RELACIONADAS CON LOS ANTECEDENTES DEL SINDICADO, NO ES NECESARIO QUE PREVIAMENTE SE ORDENE TAL COSA POR AUTO DEL JUEZ O DEL FUNCIONARIO DE INSTRUCCION

1.—Todo lo que tienda a conseguir datos sobre la personalidad del delincuente es función propia del Ministerio Público y del Juez, sin necesidad de que, para llevar estos antecedentes al proceso, haya que conseguir previo permiso del Juez, el que se explica y tiene su justificación cuando la prueba que se solicita se endereza a acreditar situaciones relativas al hecho mismo que se está ventilando y que es objeto del proceso en curso.

2.—La contraevidencia de un veredicto corresponde declararla sólo a los juzgadores de instancia, pues es materia sobre la cual nada puede remediarse en casación, porque la libertad del juzgador para declarar o nó contraevidente la determinación del Juri, no está sometida a crítica o enmienda sino en las etapas ordinarias del proceso y es función que se extingue con ellas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

"Sí, en estado de embriaguez" fue la respuesta que en la audiencia pública del dieciseis de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos dio el Jurado a la pregunta destinada a inquirir si Pastor Porras García era responsable del homicidio de propósito en la persona de Resurrección García (varón), ejecutado con arma cortopunzante (cuchillo), en las primeras horas de la noche del veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta, en el sitio conocido con el nombre de "Los Helechales", de la jurisdicción municipal de Floridablanca.

Le quedaba al Juez de la causa (Primero Superior de Bucaramanga) al aceptar —como aceptó— el veredicto, acomodarlo a la ley, y así lo hizo en sentencia del catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, en la que condenó al mencionado Porras a la sanción principal de ocho años y seis meses de presidio, por concurrir una circunstancia de mayor peligrosidad (numeral 2º del artículo 37 del Código Penal), relativa a los antecedentes personales del infractor. A ésta agregó otra (la 4ª del mismo artículo) el Tribunal Superior de Bucaramanga en el fallo de segunda instancia, del nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, y de ahí que elevara la pena a nueve años, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

"....Pero, en cambio, dejó de reconocer otra circunstancia de mayor peligrosidad en relación con los deberes especiales que las relaciones de parentesco imponían al delincuente con el ofendido, pues auncuando no aparecen las partidas de estado civil que establezcan esas relaciones, sí está demostrado en autos por medio del testimonio de varias personas, que el occiso era primo del ofensor. Entiende la Sala que como no se trata de la demostración de un elemento del cuerpo del delito o de algo esencial que tipifique el delito, sino simplemente de establecer la personalidad del procesado, que, por lo mismo, dice relación a su mayor o menor peligrosidad, basta con que el sujeto activo del delito haya conocido ese estado o relación para que se le considere en la calificación de la pena..".

Asistió a Porras en el proceso penal el doctor Alberto García Herreros, quien, animado del propósito de sustentar el recurso de casación que él y su defendido interpusieron oportunamente, ha presentado con el carácter de demanda un extenso memorial dedicado en su tres cuartas partes o algo más a hacer extemporánea referencia al veredicto, no para tacharlo de contradictorio, que sería lo indicado en casación, sino para quejarse de su contraevidencia, todo ello con el deseo de que aquí se invalide el fallo que él acusa con apoyo en la causal primera, por el doble motivo de que los sentenciadores interpretaron erróneamente algo así como diecisiete artículos de los Códigos Penal y de Procedimiento al individualizar la pena y otros tantos al no

haber declarado la contestación de los jueces de conciencia contraria a la realidad de los hechos.

Ostensible como es en su mayor parte la improcedencia del libelo acusatorio, pues se desvía en su forma y ordenamiento de la técnica que reclama esta clase de actuaciones forenses, dirigidas a sostener jurídicamente un recurso cuyo carácter de extraordinario pregona de por sí sus exigencias, ofrece, sin embargo, un punto concreto que debe ser estudiado y en auxilio del cual sale el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para pedir que se reconozca a medias.

La condena

Tanto el Juez de la causa como el Tribunal le dieron a la expresión 'en estado de embriaguez' el valor apropiado, o sea el de constituír una circunstancia de menor peligrosidad. Y no podía ser de otro modo, porque ese aditamento no equivale a una pecularidad del delito, sino a una simple condición subjetiva del agente. Así se halla establecida en el Código Penal, no obstante que pueda ser —y ha sido —objeto de críticas muy fundadas (Ferri la llama escandalosa), puesto que la ebriedad de quien delinque es cuando menos un factor equívoco y como tal sería más aconsejado conservarle su calidad de indiferente.

En cambio, no hubo el mismo acuerdo en cuanto al cómputo de las circunstancias agravadoras del delito, pues mientras el funcionario de primera instancia tan sólo dedujo la del numeral 2º del artículo 37, en la segunda se encontró que también había concurrido la 4ª del mismo artículo, y ya se han visto los argumentos que le sirvieron de apoyo.

De la primera de estas circunstancias (la del numeral 2) afirma el demandante que carece de índice de valoración, porque la prueba que la sustenta fue llevada al debate oral en forma secreta y contrariando lo preceptuado en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto es como sigue:

"No se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario de instrucción, ya de oficio, ya a petición del procesado, o del Agente del Ministerio Público, o de la parte civil".

Se contesta:

No es fundada la objeción. Porque si es verdad que el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior le pidió el día de la audiencia a un Juez del Circuito de Bucaramanga los antecedentes de Pastor Porras García, de los cuales resulta que el nombrado Porras había sido condenado con anterioridad a seis y a nueve meses de prisión, por delitos contra la integridad personal (lesiones), tales informes son elementos de obligado registro en los procesos ,como que equivalen a los antecedentes del sindicado, indispensables para su juzgamiento (artículos 271 y 375, Código de Procedimiento Penal).

Si, pues, la acción penal corresponde al Ministerio Público, al funcionario de instrucción y al Juez competente (artículo 95 ibidem), todo lo que tienda a conseguir datos sobre la personalidad del delincuente es función propia del Ministerio Público y del Juez, sin necesidad de que, para llevar estos antecedentes al proceso, haya que conseguir previo permiso del Juez, el que se explica y tiene su justificación cuando la prueba que se solicita se endereza a acreditar situaciones relativas al hecho mismo que se está ventilando y que es objeto del proceso en curso.

Además, el defensor tuvo oportunidad en la audiencia de combatir esa "prueba" y a ella, en efecto, se refirió, tratando de restarle mérito, no objetiva, sino subjetivamente. Y en este último sentido fue apreciada por el Juez, porque el conocimiento de la personalidad del encausado llena más su papel en el acto de imponer la sanción que en el de declarar la responsabilidad, la que no depende de que antes se haya o nó delinquido, sino más bien de los medios de convicción de que el juzgador disponga sobre el hecho que se debate.

Refiérese la otra circunstancia de mayor peligrosidad a que el homicida no tuvo en cuenta los deberes especiales que el parentesco con la víctima le imponían. Es aquí en donde el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal acude a mejorar los argumentos del demandante o, por lo menos, a completarlos. Porque éste se limita a decir que si su defendido Pastor Porras (primo hermano de Resurrección García, el muerto, y tío de Jesús María Luna, a quien aquél había atacado), obró en defensa de su sobrino, mal puede afirmarse que le es aplicable la circunstancia ya mencionada, o sea la del numeral 3º del artículo 37, que habla de los deberes especiales que las relaciones sociales o las de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado.

En la Vista de la Procuraduría se desarrolla más jurídicamente el argumento. Dice así:

"....De otra parte, consta en autos que los trágicos acontecimientos en que perdió la vida Resurrección García se iniciaron por un incidente que protagonizó Jesús María Luna, sobrino del procesado, con alguno de los asistentes a la boda de Tobías Porras y Celina Pabón, y que precisamente al ver estropeado a su sobrino fue que" (sic) "Pastor Porras arremetió contra Resurrección García, sin cuidarse de averiguar primero si éste había sido en realidad el que había castigado a Luna. En estas circunstancias resulta lógico suponer que habiendo surgido un conflicto de orden sentimental y afectivo en el ánimo del procesado, prevaleció por último el aprecio hacia su sobrino y que en tal virtud se sintió relevado de los especiales miramientos que los nexos de familia le obligaban para con el occiso, y resulta por consiguiente injusto deducirle el agravante del numeral 4º, que el Tribunal tomó en cuenta en el acto de individualizar la pena....".

Petición del Ministerio Público

Solicita el Ministerio Público que se reconozca comprobado el cargo que con relación a este último punto le hace el demandante al fallo del Tribunal y que, en consecuencia, se invalide en esa parte y, en su lugar, se condene a Pastor Porras García a ocho años y seis meses de presidio, que fue la pena impuesta en la primera instancia.

Decisión

Si la demanda que se ha venido examinando en el curso de este relato no se ajusta exactamente a los requisitos que le son característicos, por lo menos presenta un aspecto que la salva de ser rechazada. Y ya se sabe cuál es ese aspecto y en qué forma puede ser resuelto. Porque en cuanto a los lineamientos principales del escrito, son por completo impertinentes. Y sea del caso advertir algo que es elemental: que la contreavidencia de un veredicto sólo corresponde declararla a los juzgadores de instancia, pues es materia sobre la cual nada puede remediarse en casación, porque la libertad del juzgador para declarar o nó contraevidente la determinación del Juri no está sometida a crítica o enmienda sino en las etapas ordinarias del proceso, y es función que se extingue con ellas.

En virtud de lo expuesto y solicitado, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Falla:

La sanción principal que debe sufrir Pastor Porras García como responsable de la muerte de Resurección García es la impuesta por el Juez de la causa, o sea la de ocho años y seis meses de presidio; y en esa parte, que es la reformada en la segunda instancia, se invalida el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechado el nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES COMETIDOS EN RIÑA QUE SE SUSCITE DE MODO IMPREVISTO, SI SON COMPUTABLES PARA EFECTO DE LA REINCIDENCIA

Los casos contemplados en el artículo 35 del C. P., referentes a la no aplicación del fenómeno de la reincidencia de que trata el artículo 34, no son simplemente enunciativos; ellos son taxativos, porque limitan, reducen y circunscriben a determinados delitos los casos de no aplicación del fenómeno jurídico de la reicindencia y porque el espíritu y contenido del artículo 35 rechaza o niega la posibilidad de extender la norma a otros delitos distintos a los contemplados en el ámbito de dicha disposición.

Si el fenómeno de la reincidencia fuera aplicable al homicidio cometido en riña imprevista (art. 384), es natural que el legislador expresamente lo hubiera consignado en la disposición que se comenta, como lo hizo con los delitos culposos, militares y políticos cometidos sin homicidio, saqueo o robo, homicidio y lesiones cuando haya mediado provocación, exceso en la defensa o en el estado de necesidad y para los delitos cometidos por menores de diez y ocho años.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

ROQUE LOZADA fué condenado a la pena de nueve años cuatro meses de presidio, como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Remigio Ramírez.

La sentencia lleva fecha de veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva; contra ella se interpuso recurso de casación.

Hechos:

El diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta, en el Municipio de Campoalegre, en la vereda de San Isidro callejón de La Esperanza, se suscitó un altercado entre Roque Lozada Escandón por una parte, y Remigio Ramírez, Pedro Pablo Perdomo y Saturnina Huepedo, por otra. Consecuencias de este hecho fueron la muerte de Ramírez y Perdomo y las lesiones sufridas por Saturnina.

Lozada fué llamado a responder en juicio por un doble delito de homicidio intencional y por un delito de lesiones personales. El Tribunal confirmó la imputación, con la modificación de haberse realizado los hechos en riña suscitada de modo imprevisto. El Jurado —en dos audiencias— negó la responsabilidad de Lozada para los delitos de homicidio y lesiones cometidos en contra de Perdomo y Saturnina Huepedo, afirmando la responsabilidad del acusado, únicamente para el homicidio cometido en Ramírez.

Demanda

El apoderado del recurrente invoca como causal de casación la del numeral 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal Primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma.

Dice el demandante, que la sentencia viola las disposiciones de los artículos 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Código Penal, porque hizo una indebida aplicación de la ley, y sostiene los cargos en esta forma:

a)—No es aplicable el aumento de pena por concepto de la reincidencia, porque no está demostrada la identidad de la persona que se condena en la sentencia del Tribunal con aquella a que hacen referencia las sentencias que obran en autos y que se tuvieron en cuenta para hacer el aumento de pena, ya, también, porque aún en el supuesto de ser una misma esa persona, la reincidencia no es computable cuando

los delitos —homicidio o lesiones— se han cometido mediando provocación por expresa determinación del artículo 35 del Código Penal.

b) El Tribunal —en su sentencia— valoró como circunstancias de mayor peligrosidad estos hechos: Primero; la agravante de no haber cumplido Lozada con la obligación de observar buena conducta cuando obtuvo la suspensión de la ejecución de la sentencia; Segundo; la circunstancia de que el delito de lesiones por el cual fué sentenciado fueron causadas a una persona distinta de la víctima; y, Tercero; el de que el acusado "cayó sobre Ramírez cuando éste estaba imposibilitado para defenderse, debido a la borrachera".

Los hechos primero y segundo —sostiene el demandante— no están erigidos en la ley como circunstancia de mayor peligrosidad, ni tienen analogía con las especificadas en el artículo 37; el legislador no concedió facultad a los juzgadores "para inventar circunstancias de mayor peligrosidad", sino únicamente para aplicar por analogía las que encuentre de menor peligrosidad entre las enumeradas en el artículo 38". En relación con el hecho tercero, dice que esa circunstancia fué descartada desde el auto de proceder, por la contradicción de los testimonios y por la duda que ofrecen los deponentes, duda que se resuelve en favor del procesado, y en estas condiciones en la sentencia no se puede valorar esa circunstancia de mayor peligrosidad. Al proceder así el Tribunal viola los artículo 37, 40 y 36 del Código Penal.

Se considera:

I

El cargo de no ser Roque Lozada Escandón el mismo sujeto activo de los delitos a que hacen referencia las sentencias de julio 22 de mil novecientos cincuenta y veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y dos proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, no tiene consistencia. Basta leer la filiación civil de una de ellas y compararla con lo que el mismo acusado sostiene en su indagatoria, para llegar a la conclusión de que no hay la menor duda que Lozada Escandón es el mismo agente activo no sólo de los delitos de lesiones personales cometidos en Remigio Ramírez y Carlos Rojas, sino, también, del homicidio por el cual se halla sentenciado.

En efecto, en sentencia de veintiseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, dice: "Condena a Roque Lozada Escandón, de 36 años, hijo de Ambrosio Lozada y Celia Escandón, natural de Guadalupe y vecino de Campoalegre.... a la pena de ocho meses de prisión.." y el acusado en su indagatoria dice: "Me llamo Roque Lozada Escandón, tengo me parece que treinta y ocho años de edad, natural de Guadalupe Huila, vecino de Campoalegre..... soy hijo legítimo de Ambrosio Lozada quien es muerto y de Celia Escandón quien debe vivir....." Esto unido a las pruebas del proceso es suficiente para hacer la afirmación de que la identidad de la persona se halla demostrada, en consecuencia, el cargo contra la sentencia, por este aspecto, es inoperante y no prospera.

II

Afirma el demandante que el fenómeno de la reincidencia no es aplicable en el presente caso porque el delito fué cometido en riña suscitada de modo imprevistó y que como el "término provocación que se empleó en el art. 35 es genérico, dentro de él quedan comprendidos no sólo los homicidios o lesiones causados en el caso del art. 28 del C. P. sino el de la riña imprevista que no puede suscitarse o verificarse sino mediante provocación".

Es evidente que la riña imprevista —por regla general— supone la provocación de parte de quien la promueve, y que, en los delitos de homicidio y de lesiones realizados dentro de esa modalidad, la provocación es el hecho de incitar, estimular o irritar con palabras a otro para inducirlo que acepte el reto o pelea. La provocación en los delitos de riña, es el estimulante para que se suscite el encuentro, pero la provocación en esta clase de delitos no es un factor aislado o independiente del mismo, sino una circunstancia configurativa, precisamente, de la riña imprevista y la diferencia de los casos comprendidos dentro del artículo 28 del Código Penal. En la ejecución de estos hechos la provocación es un elemento esencial y no un factor aislado, que como tal pudiera valorarse independientemente de ella para efectos de una disminución o atenuación de pena.

Los casos contemplados en el artículo 35, referentes a la no aplicación del fenómeno de la reincidencia de que trata el artículo 34, no son, simplemente enunciativos; ellos son taxativos porque limitan, reducen y circunscriben a determinados delitos los casos de no aplicación del fenómeno

jurídico de la reincidencia y porque el espíritu y contenido del artículo 35, rechaza o niega la posibilidad de extender la norma a otros delitos distintos a los contemplados en el ámbito de dicha disposición.

Si el fenómeno de la reincidencia fuera aplicable al homicidio cometido en riña imprevista Art. 384), es natural que el legislador expresamente lo hubiera consignado en la disposición que se comenta, como lo hizo con los delitos culposos, militares y políticos cometidos sin homicidio, saqueo o robo, homicidio y lesiones cuando haya mediado provocación, exceso en la defensa o en el estado de necesidad y para los delitos cometidos por menores de diez y ocho años.

Por esto es, por lo que, dentro de la escala de los homicidios quedaron exentos entre otros —para efecto de la reincidencia— los delitos de homicidio preterintencional y concausal, de los cuales también puede predicarse la modalidad de la riña. De aceptarse la tesis planteada por el recurrente y compartida por el Procurador, se tendría como conclusión que los delitos atenuados del artículo 384 del Código Penal se equipararían a los cometidos en las condiciones y circunstancias del artículo 28, o sea, los delitos realizados mediante provocación.

El término **provocación empleado** por el artículo 35 del Código Sustantivo, no es genérico sino específico, porque la provocación en relación con los delitos de homicidio o lesiones, está expresamente definida e individualizada por el legislador en el contenido y espíritu del artículo 28 del Código Penal, especificación que distingue y caracteriza unos delitos de otros. Así, pues, si el homicidio cometido en riña imprevista no puede confundirse con el homicidio realizado mediante grave e injusta provocación es natural que para estos últimos el fenómeno de la reincidencia no opera.

III

La libertad del juzgador para individualizar la pena se halla limitada por las disposiciones de los artículos 36, 37, 38 y 40 del estatuto represivo. El primero fija la norma general que debe tenerse en cuenta para imponer la sanción según la gravedad y modalidades del hecho, motivos determinantes y circunstancias de mayor o menor peligrosidad que pueden concurrir en la personalidad del agente del delito. El segundo especifica en forma taxativa las circunstancias de mayor peligrosidad para aplicarlas a cada caso concreto, y el fallador, por analogía, no puede crear o erigir otras para considerarlas en el fallo y tenerlas como agravantes de pena, porque no hay disposición expresa que lo autorice. El tercero concreta las circunstancias de menor peligrosidad que deben valorarse en las respectivas sentencias como atenuantes de la pena y el cuarto autoriza al fallador para deducir —aquí sí—por principio de analogía, circunstancias de menor peligrosidad de aquellas que contempla el artículo 38 del Código Penal.

Las circunstancias de no haber observado buena conducta cuando obtuvo la suspensión de la sentencia (fallo de 22 de julio de 1952), y de que el delito de lesiones a que hace referencia la sentencia anterior se hubiera cometido en persona distinta de la víctima, (Carlos Rojas en vez de Remigio Ramírez), no están erigidas por la ley como de mayor peligrosidad dentro de la disposición del artículo 37 del Código Penal, y el juzgador, fundado en el criterio de simple analogía, no podía deducirlas para hacer más gravosa la situación del acusado, pues carecía de facultades legales y, al hacerlo, incurrió en violación de la ley penal.

El quebrantamiento de los deberes impuestos por el Juzgador al suspender la ejecución de la sentencia, están contemplados en el artículo 82 del Código Sustantivo, sanción que acarrea la pérdida del beneficio de libertad condicional para ser reemplazada por la ejecución efectiva de la sentencia. Sería contrario no sólo al principio de equidad, sino, también, al de justicia, tener en consideración ese mismo hecho para agravar la pena, siendo evidente que el juzgador no tiene facultad legal para hacerlo.

En cuanto a la circunstancia de haber dificultado Lozada la defensa del ofendido, ella no es pertinente aducirla en esta clase de delitos, porque "la noción de abuso o aprovechamiento de estados de inferioridad o indefensión, concretados especialmente en los de quien al final fué vencido, sólo pueden apreciarse como elementos de la serie o conjunto de actos que estructuran la contienda; el último acto, aquel —por consiguiente— con que el vencedor pone fin a aquélla y también a la víctima caída, no es el abuso o aprovechamiento del estado del vencido, sino la consecuencia de una mutua agresión comenzada generalmente en igualdad de actitudes y elementos, pero terminada victoriosamente por aquél cuya creciente e irrefrenable impulsividad se suspendió simultaneamente con la vida de la víctí-

ma. (Casación de Obdulio Espinosa. Sentencia de 17 de junio de 1949. Gaceta Judicial números 2073-2074, página 260)".

Por estos motivos, los cargos formulados contra la sentencia por haberse computado circunstancias de mayor peligrosidad no aplicables a este caso prosperan, quedando en pie la proveniente de la existencia de condenas anteriores.

La norma base para imponer la sanción es el artículo 362 del Código Penal, pero como existe una circunstancia de mayor peligrosidad proveniente de la existencia de dos condenas, una de policía (julio 29 de 1949) y otra judicial (enero 20 de 1951), la pena no puede ser ni el mínimo ni el máximo, sino la de ciento dos meses de presidio; pero como el delito se cometió en riña imprevista, habrá de rebajarse una cuarta parte, lo que da un total de setenta y siete meses. Sobre este cómputo hay que aumentar una tercera parte por la reincidencia (sentencia julio 22 de 1950) que es la única computable en este caso, y la pena imponible será la de ocho años seis meses de presidio.

Debe la Sala advertir que, en sus últimas deliberaciones, ha encontrado como tesis más acorde con el fin de la casación, la que aquí se expone, o sea, no dejar como punto meramente doctrinario el error en que incurran los falladores de instancia al apreciar una o más circunstancias de mayor peligrosidad, sino reconocerlo efectivamente en el cómputo de la pena, en forma proporcional a la gravedad del delito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, en parte de acuerdo con él,

Resuelve:

a) Invalidar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de fecha septiembre 29 de 1952, por el cual se condena a Lozada Escandón a la pena principal de nueve años cuatro meses de presidio;

b) Condenar a Roque Lozada Escandón de notas civiles conocidas, a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Remigio Ramírez; y,

c) En cuanto a las penas accesorias, serán las mismas a que hace referencia el fallo de 27 de junio de 1952.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro. —Octavio Laserna Villegas, Conjuez.—**Julio E. Argüello,** Secretario.

DELITO DE PREVARICATO. — CUANDO ES JURIDICO PROFERIR EN UNA MISMA PROVIDENCIA UN SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y UNA ORDEN DE CESAR EL PROCEDIMIENTO

1—Para poder deducir responsabilidad contra un funcionario o un empleado público por el delito de prevaricato, es necesario que en el proceso aparezca demostrado que el acto oficial de aquél tiene un contenido claro de arbitrariedad e injusticia ,y que el agente obró con dolo específico traducido en el elemento A SABIENDAS y en la intención dañada del sentimiento (afecto o desafecto)

2—No es jurídico, por regla general, proferir en una misma providencia sobreseimiento definitivo en favor de uno de los sindicados porque, por ejemplo, el hecho no tuvo existencia, y orden de cesar el procedimiento contra otro, por la misma razón, esto es, porque ese mismo hecho no tuvo existencia; o también tratándose de un mismo procesado sobreseer definitivamente en su favor porque uno de los hechos no tuvo existencia, y ordenar cesar el procedimiento contra el mismo, porque otro de los hechos imputados no es constitutivo de infracción penal.

Sólo cuando la naturaleza de las cosas no permita sino proferir un fallo mixto, podrá el juez proceder así. Tal, por ejemplo, cuando es el caso de sobreseer definitivamente en favor de uno de los sindicados y, al propio tiempo, debe llamarse a juicio a otro u otros; o cuando tratándose de varios cargos contra un mismo procesado, la acción penal ha prescrito en relación con un motivo por el cual debe ordenarse la cesación del procedimiento, y se impone el llamamiento a juicio por otro de los cargos, o el sobreseimiento definitivo por el mismo.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de lo Penal.— Bogotá, diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

En fallo de fecha doce de mayo de 1953 —sometido a consulta—, el Tribunal Superior de Pamplona definió la situación jurídica del doctor Alfonso Villalobos Serpa, Juez 1º Penal del Circuito de Ocaña, así: declaró que no podía proseguirse la acción penal, y, en consecuencia, ordenó cesar el procedimiento, en lo relativo al abuso de autoridad (ejercicio de la abogacía); y sobreseyó definitivamente en cuanto al delito de prevaricato.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra correcto el sobreseimiento y pide su confirmación. No así en lo concerniente al fallo del artículo 153 de la ley procesal penal, porque —dice— resulta contrario a la técnica que se involucren en una sola providencia dos decisiones "perfectamente diferentes en su alcance y en sus aplicaciones", aparte de que en este caso no opera la excepción de cosa juzgada, puesto que el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal en otro sumario contra el doctor Villalobos Serpa sobre ejercicio de la abogacía —cargo éste que también se investiga en el presente negocio—, se halla en consulta ante la Corte y, por lo mismo, no está ejecutoriado.

Se considera:

El doctor Nicolás Guerrero acusó al citado funcionario por lo siguiente:

a)—Que Villalobos Serpa, siendo Juez, recibía poderes y anticipos de dinero, y luégo sustituía los mandatos, sin pagarles nada a los abogados sustitutos; y

b)—Que con el propósito de favorecer al doctor Alvaro Hernández se dió a la tarea de enemistarse con los abogados del lugar, a quienes les negaba los recursos de ley e iba hasta el extremo de imponer penas severísimas a los clientes de tales profesionales para que les revocaran a éstos los poderes y los sustituyeran en la persona del doctor Hernández.

El primer hecho fue materia de proceso distinto, que terminó con sobreseimiento definitivo, de fecha 12 de noviembre de 1952. Estaba en consul-

ta dicho auto, cuando el Tribunal calificó el mérito del presente sumario y se sirvió de tal antecedente para cortar la acción mediante la sentencia del artículo 153 de la Ley 94 de 1938, en lo que atañe al abuso de autoridad

Salta a la vista lo irregular de ese procedimiento

En efecto, la cosa juzgada, desde el punto de v sta formal, requiere que el fallo anterior esté en firme, bien porque se agotaron los recursos pertinentes, o bien porqué no se ejercitaron en su oportunidad. Pero en el caso de estudio, el sobreseimiento definitivo decretado —que pone fin al proceso— (art. 438, inciso final, C. de P. P.), no había adqu rido la fuerza de resolución intocable, puesto que se hallaba sometido al grado de consulta. Y fue más: la Corte revocó el sobreseimiento y dispuso practicar unas pruebas, en orden al perfeccionamiento del sumario, según auto de fecha 26 de enero del año en curso, que debe estar cumpliéndose ante el Tribunal Superior de Pamplona.

En consecuencia, hay que revocar la cesación del procedimiento, por no llenarse aquí el requis to de la cosa juzgada que, de haber existido, impediría proseguir la acción penal.

Acerca del reparo que hace el colaborador de la Sala sobre el sistema de involucrar en una misma providencia decisiones diferentes, como son el sobreseimiento definit vo y la sentencia del artículo 153, cabe observar que en ello tiene razón, en tesis general. Porque si varias de las causales que prevé la norma citada, las contempla igualmente el legislador como motivos que justifican el sobreseimiento definitivo, entonces lo que aconsejan la unidad del proveído y la economía procesal, es que se califique el mérito del sumario con una resolución homogénea e indivisible que, según las hipótesis concurrentes, podrá ser el sobreseimiento o la sentencia **sui géneris** de que habla aquel precepto.

Con todo, hay que hacer la salvedad de que no siempre ocurrirá así, cuando la naturaleza de las cosas y la situación procesal creada, obliguen al Juez a pronunciar un fallo único con distinto contenido y variado alcance. Ello acaecería, por ejemplo, en un sumario con pluralidad de sindicados, en el cual uno de éstos aparece responsable del delito, otro falleció durante la investigación, y para el tercer procesado no obra la prueba que requiere un llamamiento a juicio. Pues bien: en este evento y concluído el sumario, hay que decidirlo en el fondo con un solo fallo, de carácter mixto, en que se dicta auto de proceder contra el sujeto responsable, se declara la imposibilidad de proseguir la acción en cuanto al que murió, con la consiguiente orden de cesar el procedimiento, y, por último, se sobresée temporalmente en favor del otro sindicado por no existir la prueba semiplena de su participación en el ilícito. El juicio se sigue entonces contra el primer sujeto, y se sacan copias para tramitar lo referente a los dos últimos. (Arts. 153, 428 a 430, 436 y 439 C. de P. P., y 5º, Decreto Legislativo Nº 3347 de 1950).

Aclarado este tema, pasa a examinarse la segunda imputación contra el doctor Villalobos Serpa.

Al respecto, se les recibió testimonio a casi todos los abogados residentes en Ocaña, y ninguno de ellos hizo el menor cargo contra el Juez.

El propio doctor Valentín Piñeres Andrade, cuyas relaciones amistosas con el funcionario están bastante distanciadas, expresa:

"...Sólo puedo decir que casi todos los detenidos a quienes yo atendía como apoderado o defensor me los han revocado (los poderes) y se los han dado al doctor Hernández, de quien se dice generalmente aquí (a mí no me consta) que se vale de expedientes dolosos para obtener ese objeto. Nada más me consta ni sé sobre el particular".

La incriminación, como se ve, pesa sobre el abogado Hernández ,pero no afecta al Juez

Otro profesional —el doctor Santiago Rizo Lobo— declara:

'En mis actuaciones en el Juzgado que desempeñó el doctor Villalobos Serpa procedió siempre de acuerdo con su modo de pensar y las inspiraciones que guían a los jueces a hacer (sic) benignos o severos, lo cual excluye todo cargo de mi parte contra el doctor Villalobos Serpa".

El doctor Ramón Verjel Vaca, citado por el denunciante como sabedor de los hechos, manifiesta:

"Lo demás con respecto a mi clientela en esta población es falsa (sic), pues para ello trabajo con el doctor Rochels".

Y, más o menos de ese tenor, son las afirmaciones de los otros declarantes.

Quien reemplazó al doctor Villalobos Serpa en el Juzgado 1º Penal del Circuito certifica:

"...Que durante el tiempo que tiene de estar ejerciendo dicho cargo, persona alguna ha venido al Despacho a quejarse de actuaciones cumplidas por el ex-Juez Villalobos Serpa; que por el cono-

cimiento personal que de él tiene, puede dar fe de su buena conducta y honorabilidad".

Si prevaricar es administrar justicia de manera parcial, apartarse maliciosamente de la ley para favorecer o perjudicar a alguien, mediante acción u omisión, hay que demostrar que el acto oficial del funcionario o empleado tiene un contenido claro de arbitrariedad e injusticia, y que el agente obró con dolo específico traducido en el elemento a sabiendas y en la inclinación dañada del sentimiento (afecto o desafecto).

Y en el caso sub judice no logró establecerse siquiera la objetividad del hecho punible con una actuación concreta del Juez indicativa de violación del derecho positivo. Y menos se comprobó que él obrara por simpatía o por animadversión hacia alguna de las partes que intervenían en los procesos penales.

Era, pues, de obligada aplicación, para el prevaricato, el artículo 437 del Código de Procedimiento, como lo hizo el Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, resuelve:

Revócase el punto primero del fallo consultado, o sea en cuanto declara que no puede proseguirse la acción penal contra el doctor Alfonso Villalobos Serpa, y ordena cesar el procedimiento por el cargo relativo al ejercicio de la profesión de abogado (abuso de autoridad); y confírmase el sobreseimiento definitivo decretado en la misma providencia

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty M.— Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE DENUNCIAS CONTRA LOS PROCURADORES DELEGADOS

La Corte carece de competencia para conocer de procesos contra los Procuradores Delegados, porque éstos ejercen sus funciones ante la entidad y a ellos cobija ,en consecuencia, al tenor de lo preceptuado por el artículo 142 de la Constitución, el privilegio de que gozan los Magistrados de la Corte de ser juzgados por las Cámaras Legislativas (artículo 102, ord. 5º, y artículo 96 ibídem).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

En memorial de fecha nueve del mes en curso, el doctor Pedro Pérez Sotomayor presenta denuncia contra el doctor Miguel Bernal Medina "por el delito de prevaricato cometido en su carácter de Procurador Segundo Delegado en lo Penal", consistente en "haber emitido un concepto injusto e ilegal en el proceso iniciado contra el denunciante en virtud de denuncia formulada por el señor Ministro de Justicia, y por actuaciones suyas en el proceso radicado en el Juzgado 4º Superior contra el Capitán del Ejército Nacional Israel Hurtado por homicidio".

Son hechos de la denuncia, entre otros:

"Por concepto de 6 de septiembre de 1954 el Procurador Delegado en lo Penal pide la revocatoria del sobreseimiento definitivo, y en su lugar se decrete sobreseimiento temporal, y hace sugestiones ofensivas ,injustas e ilegales, sin base ni fundamento procesal alguno".

En orden a determinar la competencia para conocer del asunto, conviene transcribir lo dicho por la Corte con ocasión de la querella formulada por el doctor Leopoldo Lascarro contra el doctor Luis F. Reyes Llaña, ex-Procurador General de la Nación:

"..El caso de competencia planteado a la Sala por el ilustre Director del Presupuesto Nacional no ofrece, en concepto de la misma, dificulta de ninguna especie, ya que al respecto existen normas claras, categóricas y perfectamente concordantes las unas con las otras, así en la Carta fundamental de la República como en los Códigos Judicial y de Procedimiento Penal. Del conjunto de éllas se desprende que cuando un ciudadano —hállese o nó al servicio del Estado— se considera lesionado en sus derechos por actos cumplidos por determinados altos funcionarios, entre éllos el Procurador General de la Nación, y dèsea instaurar contra el responsable una cualquiera acción penal, el procedimento a que debe ajustarse es el siguiente:

1º Presentación de la denuncia o querella que fuere del caso ante la Cámara de Representantes (art. 579, inc. 2º del C. P. P.), la cual debe estudiarla y, si hallare mérito, formular la correspondiente acusación ante el Senado (artículos 102, ord. 6º C. N. y 582 C. P. P.;

2º Conocimiento de la acusación por parte del Senado (art. 96 C. N., con el inmediato efecto —en caso de ser admitida— de la **suspensión del desempeño del cargo** del funcionario de que se trate (artículos 97, ord. 1º C. N. y 593 C. P. P.);

3º Instruído el sumario en el Senado pueden presentarse cuatro eventualidades: a) el Senado no encuentra que haya mérito para llamar a juicio y, en ese caso, ordene archivar el proceso; b) el Senado sí encuentra mérito para llamar a juicio pero sólo por **delitos comunes.** En ese caso pone proceso y sindicado a la disposición de la Corte; c) El Senado encuentra mérito para llamar a juicio "por **infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas** o so pretexto de ejercerlas". En ese tercer caso se continúa el juicio dentro del Senado, hasta su culminación en sentencia de condena o absolutoria (el art. 594 C. P. P. contempla estos tres casos); y d) el Senado encuentra mérito para llamar a juicio, conjuntamente, por infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas y, además, por **delitos comunes.** Y, en este último caso, el Senado debe continuar el juicio hasta su terminación, no pudiendo "imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación tem-

poral o pérdida absoluta de los derechos políticos", y enviar en seguida reo y proceso a la Corte Suprema, para los efectos del juicio y sanción de los delitos comunes en que el inculpado hubiere incurrido o podido incurrir (art. 97, ord. 2º C. N.).

"De suerte que la Corte Suprema no tiene facultad para intervenir en los sumarios o procesos que se adelanten contra el Procurador General de la Nación, y en general, contra los funcionarios de que tratan los artículos 102, ord. 5º, de la Constitución Nacional, y 29, ord. 1º del Código Judicial, sino cuando —previa acusación de la Cámara de Representantes, aceptada por el Senado— esta última corporación encontrare que hay lugar a juicio por delitos comunes y remitiere proceso y acusado al conocimiento de la Corte, o cuando, además de infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas, hallare que también hay delitos comunes por investigar y, eventualmente, sancionar, y —una vez concluído el proceso judicial ante el Senado— hiciere lo mismo. En todo caso, la Corte Suprema está inhabilitada para conocer de sumarios o juicios de la índole del que desea instaurar el doctor Lascarro contra el señor Procurador General de la Nación mientras ellos no sean pasados a su consideración por el Senado de la República, en las condiciones y circunstancias que se acaban de mencionar. El artículo 151, ord. 1º, de la Carta Fundamental, es preciso al respecto: "Art. 151. Son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia: 1ª Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que les corresponda cuando haya lugar, conforme al artículo 97." El cual artículo 97 reza, a su vez, así, en lo pertinente: "Art. 97. En los juicios que se sigan ante el Senado se observarán estas reglas: 2ª. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá (en futuro) juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena".

Tampoco aceptó entonces la Sala, para dar curso a la denuncia contra el doctor Reyes Llaña, la razón de no hallarse reunido el Congreso debido a la actual situación de emergencia —como determinante de la competencia de la Corte— por considerar que, para los efectos de la sustitución de un órgano constitucional a otro en sus funciones jurisccionales, no es la causa sino el hecho mismo de estar suspendido el parlamento lo que debe mirarse, ya que "el receso en vigencia del Congreso es igual, como hecho, a los recesos ordinarios de nuestras Cámaras", y nadie podría pensar que, durante éstos, la función jurisdiccional de la Corte se halla radicada en aquéllas.

Iguales o semejantes razonamientos procede hacer en el caso de la denuncia que formula el doctor Pérez Sotomayor contra el doctor Bernal Medina. Porque es evidente que entre los "privilegios" de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia está el de ser juzgados por las Cámaras Legislativas (artículo 102, ord. 5º, y artículo 96 de la Constitución Nacional), y como ante tal entidad ejercen su cargo los Procuradores Delegados, a éstos cobija dicho fuero, al tenor de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 142 ibidem. De donde se infiere, por otra parte, que si la Sala le diera curso a la denuncia de que se hace mérito, incurriría en violación de lo prescrito en el artículo 26 de la Carta.

Al decidir lo relativo a la denuncia del doctor Leopoldo Lascarro contra el ex-Procurador General de la Nación, doctor Reyes Llaña, la Sala incurrió en la inadvertencia de no darle aplicación a lo ordenado en el inciso 2º del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, disposición que ha de obedecerse mediante el envío del memorial de que se ha hecho mención a la autoridad competente.

En virtud de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia SE INHIBE de conocer de la denuncia en referencia, y DISPONE pasar el memorial en que en ella se contiene a la Secretaría de la Honorable Cámara de Representantes, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello. Secretario.

CUAL ES EL MAXIMO DE PENA QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DECIDIR DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION, CUANDO DEL PROCESO CONOCIO EN PRIMERA INSTANCIA UN JUEZ DE CIRCUITO

El máximo de cinco o más años a que alude el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal y a que debe atenerse la Corte para admitir o desechar el recurso de casación, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos IN GENERE, sino el imponible en el caso SUB JUDICE. Otra cosa es que, admitido el recurso con base en ese máximo, la pena deducida en la sentencia que se ha recurrido aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia .— Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Leopoldo Castro González a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales en Emilio V. Pardo, por sentencia de fecha 29 de noviembre de 1952, contra la cual ha recurrido en casación el defensor del procesado, doctor Daniel Brandford Herrera, con base en las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala procede a resolver lo conducente, previa la tramitación legal del recurso.

Hechos y actuación procesal

Ante la Inspección Segunda Municipal de Bogotá y con fecha catorce de marzo de mil novecientos cincuenta, Emilio Vicente Pardo denunció a Leopoldo Castro por las lesiones que éste le causara a eso de las cinco de la tarde del día anterior, de las cuales resultó al denunciante una incapacidad de veinticinco días y una perturbación funcional permanente en el ojo derecho, de origen traumático, sobre la cual se expresan así los expertos del Instituto de Medicina Legal, en lo pertinente: "...En nuestro reconocimiento del 14 de marzo de 1950, distinguido con el número 3358, se dijo de una manera clara y precisa que en dicha fecha Pardo tenía los párpados del ojo derecho dematosos, equimóticos, con equimosis subconjuntival y quemosis, lo que quiere decir que el globo ocular fue seriamente afectado por el golpe...; y estas lesiones explican suficientemente la éstasis pupilar, luxación del cristalino, desprendimiento de la retina alrededor del nervio óptico y desprendimiento de la retina en la mácula..." (f. 142 del Cuaderno principal).

El hecho ocurrió en el Teatro de Colón de esta ciudad, al final del intercambio de palabras ofensivas que se suscitó entre los protagonistas, miembros ambos de la llamada "Sociedad de Maquinistas Teatrales", cuando Emilio Vicente Pardo le preguntó a Leopoldo Castro, presidente de aquélla, si había confeccionado la lista de turnos de trabajo, a lo cual respondió Castro "de mala manera".

El Juzgado Cuarto del Circuito en lo Penal, por auto de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta, llamó a responder a Castro González por el delito de lesiones personales de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo 11, y con fecha tres de abril del mismo año lo condenó a la pena principal de ocho meses de presidio y a pagar a favor del Tesoro Nacional la suma de sesenta y seis pesos moneda legal; a pagarle al señor Emilio V. Pardo la suma de cuatro mil doscientos veintitrés pesos, "valor de los perjuicios ocasionados por el mismo delito", y a las correspondientes sanciones accesorias Consideró el Juez sentenciador que Leopoldo Castro había obrado "en estado anormal de ira explicable por los ultrajes de Pardo", que colocaron al procesado "dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 28 del Código Penal", y desechó la tesis de la legítima defensa subjetiva, que el doctor Brandfor Herrera sustentó en pro de su patrocinado.

El sentenciado y su defensor apelaron del refe-

rido fallo, que el Tribunal reformó, confirmándolo en todo lo demás, para sustituír la referida pena principal de ocho meses de presidio, impuesta por el juzgador de primer grado, por la de un año de prisión. Al efecto, el Tribunal dijo:

"...f). El inciso 2° del artículo 374 del C. P., contempla concretamente la especie de delito materia de este proceso. Allí se señala para su autor, la pena mínima de dos años de presidio y multa de doscientos pesos. Este mínimo es el que al transgresor Castro González corresponde, dada la ausencia de circunstancias que en él revelan mayor peligrosidad. Rebajada tal pena a la tercera parte, de acuerdo con la especifica atenuante en que consumó el hecho, contemplada en el artículo 28 ibidem, se reduce a ocho meses. Pero como la duración mínima del presidio es la de un año, aquellos ocho meses han de sustituirse en doce de prisión, de acuerdo con lo dispuesto en los los artículos 45 y 60 del mismo C. P.".

La demanda

Dice el apoderado del recurrente que son dos las causales que "operan como justificativas de la casación del fallo: la primera y la segunda de las señaladas por el artículo 567 del estatuto procesal penal"; pero que las analiza en orden inverso, porque "sólo tratando en primer plano la causal segunda de casación es como se tornaría comprensible la ocurrencia de la primera"

Con relación a la CAUSAL SEGUNDA, se afirma en la demanda que a la prueba testimonial y a la confesión del sindicado no se les dió, en la sentencia, su verdadero valor probatorio, como elementos de convicción capaces de llevar al ánimo el convencimiento de que Castro González actuó en legítima defensa de su integridad personal y que si la situación jurídico-penal del procesado se hubiera apreciado en debida forma por la entidad falladora, aquél no habría sido condenado a pagar perjuicios, pues habría sido absuelto. Y agrega el demandante: "Pero algo más: si no obstante considerarlo pasible de pena, no le hubiera atribuído (el Tribunal) al dictamen pericial sobre perjuicios el valor probatorio que le atribuyó —pese a lo conceptuado por el señor Fiscal de la Corporación— habría tenido necesariamente que fijarle a tales perjuicios un monto inferior al que se dignó fijarles".

Se alega la CAUSAL PRIMERA como una consecuencia del primero de los cargos formulados contra la sentencia por el concepto de la CAUSAL SEGUNDA, por cuanto se condenó al señor Castro González con base en lo dispuesto en los artículos 28 y 374, inciso 2º, del Código Penal, en vez de habérsele absuelto con fundamento en lo preceptuado en el artículo 25, ordinal 2º, ibidem, o sea por haber actuado el recurrente al defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona, errada aplicación de la ley —agrega el demandante— a que llegó el Tribunal sentenciador por no haber apreciado como convenía a las circunstancias del proceso la confesión de Castro González, confirmada en el informativo, especialmente, con las declaraciones de Francisco Beltrán, Jesús María Trujillo y José Eduardo Guzmán.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal descorrió el traslado del presente negocio solicitando de la Sala se inhiba de conocer del recurso y, en subsidio, no infirme la sentencia impugnada, por tratarse de una de aquéllas que no da lugar a casación.

Son apartes de la Vista Fiscal los que a continuación se transcriben:

"... al acusado Castro González se le imputó en el auto de proceder el delito de lesiones personales en Emilio Vicente Pardo, las cuales le causaron una incapacidad de 25 días y le produjeron una perturbación funcional permanente del órgano de la visión, según los reconocimientos médicos. En la misma providencia, se aceptó que el ilícito fue consumado por Leopoldo mediante la excusa de provocación de que trata el artículo 28 del Código Penal...

"El delito de lesiones personales materia del debate está reprimido con dos a seis años de presidio, conforme al inciso segundo del artículo 374 del Código Penal. Pero como, según lo visto el hecho hay que relacionarlo con la disposición especial del artículo 28 ibidem (estado de ira e intenso dolor) entonces las escalas mínima y máxima de la infracción cuestionada quedan reducidas a estos términos: de ocho meses a tres años de presidio máximo que no reúne las condiciones del artículo 557 en cita para conceder el recurso de casación.

"Cuando esta última norma exige que la sentencia del Tribunal recaiga sobre delitos cuya sanción máxima señalada en la ley sea de cinco años o más está aludiendo precisamente a una infracción concreta determinada y específica o

sea a aquella que el fallo ha calificado en sus elementos constitutivos y en sus circunstancias modificadoras según el caso. Y esto es así necesariamente porque de lo contrario habría imposibilidad jurídica de fijar los cinco años o más que requiere el Código cuando, como sucede generalmente en la parte especial del estatuto represivo, cada Capítulo de éste contiene distintas especies delictuosas con sanciones diferentes, de las cuales unas llegan a ese máximo y otras nó.

"Porque es bueno recalcar que la sanción principal que un delito merece no es solamente la prevista en la norma básica del respectivo artículo, sino ésta relacionada con las otras sanciones específicas que la complementan por razón de las modalidades particulares, objetivas y subjetivas, que concurran en el caso **sub judice**. Así, quien cometa lesiones en estado de provocación o en riña imprevista, por ejemplo, no será reprimido por el simple delito genérico contra la integridad personal, sino por unas lesiones privilegiadamente atenuadas, en que la disposición base hay que enlazarla, de modo necesario, con los artículos 28 o 384 de la ley penal sustantiva. Y si en tal evento, para dictar la sentencia definitiva no se puede romper la unidad del fenómeno, aislando el precepto básico del otro que le es conexo, de igual manera tampoco se puede dislocar la unidad del ilícito, ni de la pena en tratándose de conceder el recurso de casación.

"Esa individualidad del delito y de sus circunstancias modificadoras frente a las sanciones que le corresponden, es lo que recoge el artículo 557 de la ley procesal para otorgar el dicho recurso extraordinario.

"Enfocando el asunto por otro aspecto, hay que observar que si se tomara como guía para admitir la casación únicamente la pena base, sin vincularla con las otras normas que la modifican especialmente, entonces se incurriría en el manifiesto error de negar el recurso en las hipótesis en que el delito objeto del proceso tuviera señalada una sanción máxima de cinco años o más, resultante de la aplicación de las distintas disposiciones pertinentes, aunque el artículo básico no llegara a ese máximo...

"No sobra anotar que esta interpretación del artículo 557 del Código de Procedimiento Penal consulta la naturaleza del recurso extraordinario de casación y evita que la H. Corte emprenda estudios dilatados y a veces arduos en procesos por delitos leves, que sólo deben culminar con la segunda instancia.

"Si, pues, en el presente negocio el delito por el cual ha respondido Leopoldo Castro sólo tiene una pena máxima de tres años de presidio, debe concluírse que es improcedente el recurso extraordinario interpuesto...".

Consideraciones de la Sala

La cuestión planteada en el referido concepto del señor Ex-Procurador Delegado en lo Penal, doctor Luis Zafra —hoy miembro de la Sala— ha tenido ya, como éste lo recuerda ,sus antecedentes jurisprudenciales en el fallo dictado por la Corte el 6 de julio de 1948, en el recurso de hecho promovido por el defensor de Fidel Enrique Jaramillo (G. J. 2064 y 2065, pág. 860) y en el proveído de 22 de septiembre de 1952, por el cual se negó la admisibilidad del recurso de casación en el proceso contra Gilberto Moreno y otro, en atención "a la calificación específica del delito y no a su figura genérica".

Oportuno es traer también a la memoria lo dicho por la Sala en sentencia de 26 de enero de 1944 (LVII, 171), ratificado luégo en la de 14 de marzo de 1950 (LXVII, 207), a saber:

"La anterior legislación disponía que el recurso extraordinario de casación se otorgara, en los negocios de que conocen los Jueces de Circuito, cuando la pena impuesta por la sentencia fuese de seis años o más; y el nuevo Código de Procedimiento varió de criterio sobre el particular en forma fundamental, pues la posibilidad del recurso no se funda ya en la pena **impuesta** por la sentencia sino en la **imponible** según la ley".

Hay ambigüedad en el pasaje transcrito, pues la locución pena 'imponible según la ley' podría entenderse con relación a las disposiciones que fijan las penas básicas, y no con referencia a las que señalan la sanción condicionándola a las modalidades de la infracción.

Porque bien puede suceder —y a ello se provée mediante la casación— que una sea la pena impuesta en el fallo y otra la que ha debido imponerse **de conformidad con la ley y con la realidad procesal.**

Entonces el máximo de cinco años o más años a que alude el artículo 557 del estatuto procesal y a que debe atenerse la Sala para admitir o desechar el recurso, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos **in genere** sino el imponible en el caso **sub-judice**. Otra cosa es que, admitido el recurso con base en ese máximo, la pena deducida en la sentencia que se ha recurri-

do aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo acusado.

Es ésta la interpretación que consulta mejor, por lo demás, la naturaleza del recurso, que no fue instituído en defensa de la ley considerada en abstracto, sino de la ley en el momento de ser aplicada al caso concreto, que es cuando pueden ocurrir las circunstancias previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dan lugar a la casación.

Tres son los máximos que ofrece a la consideración de la Sala el caso de Leopoldo Castro González: el de la pena impuesta en la sentencia (un año de prisión); el señalado en la ley para el delito de lesiones personales con perturbación funcional permanente (seis años de presidio inciso 2º del artículo 374 del Código Penal), y el que resulta de la disminución determinada por la modalidad reconocida en el fallo de instancia, de haber obrado el sujeto activo en estado de "ira motivada por provocación injusta de Pardo" (tres años de presidio: artículo 28 de la misma obra).

No se tiene en cuenta para la admisibilidad del recurso, el primero, por voluntad de legislador de 1936, que cambió el de la pena impuesta por el de la imponible según la ley, y no se tiene en cuenta el segundo, para el mismo efecto, porque la "sanción privativa de la libertad personal **cuyo máximo sea o exceda de cinco años**" —que se exige en el artículo 557 del estatuto procesal, como requisito para que prospere el recurso de casación contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en las causas de que conocen los Jueces de Circuito— no es, según la jurisprudencia que por el presente fallo se reitera y aclara, la establecida para el delito —base: habrá entonces de atenderse al máximo de tres años, o sea la mayor sanción señalada para el delito— base disminuída en la mitad (artículos 374, inciso 2º, y 28 del Código Penal).

Para no invalidar la sentencia recurrida con fundamento en los anteriores considerandos, no es óbice el haberse admitido el recurso, porque, como lo expresó la Sala en caso similar al aquí examinado, "Cuando se le da entrada al recurso con el auto de admisibilidad, la Corte no adquiere un compromiso indesatable" y "Así como ese auto inicial del recurso no está indicando su prosperidad, tampoco él vincula a la Corte hasta el punto de que tenga que sostener un yerro manifiesto ,si al entrar en el estudio de fondo del negocio —y este estudio meditado y prolijo sólo se hace en la sentencia de casación— advierte que incurrió en él al facilitar el trámite indispensable para llegar, una vez agotado, a una u otra decisión" (Casación de Alejandro Sánchez, junio 21 de 1944 — Ponencia del doctor Jordán Jiménez).

Menos aún se halla ligada la Corte a la providencia admisoria del recurso en este negocio, si se anota que en ella nada se dijo sobre el máximo de la pena como requisito esencial para la prosperidad de aquél, pues la Sala de entonces se limitó a considerar solamente el término en que fue interpuesto y el haberse dictado el fallo de segunda instancia por el Tribunal Superior en proceso de que conocen los Jueces de Circuito (F 3 Cuaderno Tercero).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la petición subsidiaria de su Colaborador Fiscal, NO INFIRMA la sentencia materia del recurso, de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro.— Rafael Quiñones Neira, Conjuez. — Julio E. Argüello, Secretario.

LA INJUSTICIA DE LA VIOLENCIA Y LA DE LA PROVOCACION PARA QUE PUEDA TENERSE COMO REALIZADO EL HECHO EN LEGITIMA DEFENSA O EN ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR, SEGUN EL CASO

Tanto para que el hecho se justifique por haber obrado el procesado en legítima defensa, como para que opere la excusa por ira o intenso dolor, es necesario que la violencia o la provocación, en su caso, sean injustas; y ni la justificación del hecho ni la atenuante de responsabilidad se configuran por el ataque o por la ofensa injustos que a su vez, han sido injustamente provocados por quien resulta víctima de la reacción investigada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El defensor de Víctor Gil Mateus recurrió en casación contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 1952, por la cual el Tribunal Superior de Tunja le impuso a su poderdante la pena principal de quince años y seis meses de presidio, como responsable de la muerte de su hermano Floriano Gil, con fundamento en las causales 3ª, 1ª y 4ª que consagra el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cumplida la tramitación legal correspondiente la Sala entra a calificar el mérito del recurso, previo análisis de las razones en que él se sustenta.

Hechos y actuación procesal

Versión aceptada por todos los funcionarios que han intervenido en el proceso es la de que, en la tarde del primero de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en el expendio de bebidas fermentadas de "El Playón", situado en la vereda de "El Salitre" de la jurisdicción de Sotaquirá, se encontraban los hermanos Víctor, Floriano y Belarmino Gil en compañía de Leandra Moreno, esposa de Víctor, y de sus hijos Severo y Abdénago, cuando se suscitó un altercado entre aquélla y Pablo Iguavita, allí presente, que degeneró en la reyerta o pendencia colectiva de que resultaron heridos, con arma contundente, Víctor, Belarmino, Leandra y Severo; y con arma de fuego de pequeño calibre (revólver) Floriano Gil, quien presentó una herida penetrante del pómulo derecho, con orificio de salida en la región mastoidiana, y otra perforante de los pulmones y la aorta, al nivel de la articulación externo-clavicular izquierda, que le causó la muerte.

Por auto de diecisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, el Juzgado Segundo Superior de Tunja llamó a responder en juicio a Víctor Gil Mateus, por el delito de homicidio de que trata el Código Penal en el Capítulo I. Título XV del Libro II, perpetrado en la persona de su hermano Floriano, y al mismo individuo y a su hijo Severo por el de lesiones personales de que fue víctima Belarmino, a la vez que se resolvió sobreseer definitivamente en favor de otros sindicados y no declarar extinguida la acción penal que pudiera adelantarse contra Floriano Gil, de conformidad con el artículo 100 del Código Penal "porque con ello se significaría que la muerte lo liberó de la definitiva sanción penal y no el haber obrado en legítima defensa" (fls. 120 y 121 Cuaderno 1º). El Tribunal Superior del mismo Distrito, que conoció de la referida providencia por consulta de los sobreseimientos decretados y por apelación que contra ella interpuso el procesado, la confirmó en todas su partes (fl. 15 Cuaderno 3º).

Con fechas doce y veintidos de junio de mil novecientos cincuenta, se efectuó la correspondiente audiencia pública, y el Jurado respondió de la siguiente manera las cuestiones relacionadas con la responsabilidad del recurrente, que son las que interesa destacar:

"Serie primera — Cuestión primera"

"El acusado Víctor Gil Mateus, mayor de edad, natural de Sotaquirá, casado con Leandra Moreno, agricultor de profesión, es responsable SI o NO de haber ocasionado la muerte, con intención de matar, a Floriano Gil, quien falleció a consecuencia de un disparo de arma de fuego de pequeño calibre (revólver); hecho que tuvo lugar

a eso de las cuatro y media de la tarde del día primero de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en el establecimiento de fermentadas denominado "El Playón", de propiedad de Melquicedec Albarracín, vereda de "El Salitre" de la comprensión municipal de Sotaquirá?

"Respuesta: Sí mató en defensa de su esposa, pero excediéndose en élla.

Cuestión Segunda

"El acusado Víctor Gil Mateus, al cometer el hecho a que se refiere la pregunta anterior lo hizo a sabiendas de que la víctima era su hermano legítimo?

"Respuesta: Sí.

"Serie segunda — Cuestión única"

"El acusado Víctor Gil Mateus, de las condiciones civiles ya expresadas, es responsable SI o NO de haber tomado parte en la perpetración de lesiones personales, determinantes de una incapacidad de cinco días, en la persona de Belarmino Gil; hecho ocurrido a eso de las cuatro y media de la tarde del día primero de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en el establecimiento de fermentadas denominado "El Playón", de propiedad de Melquicedec Albarracín, situado en la vereda de "El Salitre" de la comprensión municipal de Sotaquirá?

"Respuesta: Si en riña.

.... (fls. 79 y v. Cuaderno 3º).

En proveído de trece dejulio del mismo año, el Juzgado del conocimiento declaró injusto el veredicto, "pero solamente en la contestación dada sobre el homicidio en la persona de Floriano Gil que dice: "Sí mató en defensa de su esposa, pero excediéndose en élla" (fls. 98 y 99 Cuaderno 3º).

Consultada tal decisión, y apelada por el defensor del procesado, se confirmó por el Tribunal en providencia de cuatro de octubre siguiente (fl. 17 Cuaderno 4º), en cuya virtud se celebró la nueva audiencia pública, al término de la cual el Juri contestó así las dos únicas preguntas que le fueron formuladas: Sí, bajo la tremenda impresión (sic) de ver atacada a su esposa", la CUESTION PRIMERA (relativa a la responsabilidad de Gil Mateus en el homicidio de Floriano Gil; y "Sí", la CUESTION SEGUNDA (referente a la circunstancia de haberlo cometido "a sabiendas de que la víctima era su hermano legítimo") fls. 37 a 41 Cuaderno 4º.

En consecuencia, el Juzgado condenó a Gil Mateus a la pena principal de quince años y seis meses de presidio, "como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, perpetrado el primero en la persona de Floriano Gil y causadas las segundas a Belarmino Gil", en fallo de primero de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (f. 52 Cuaderno 4º), que el Tribunal revisó, también en consulta y por apelación del defensor del procesado, con la reforma —en lo pertinente— de declarar que la referida sanción "es la que corresponde por el delito de homicidio en la persona de su hermano Floriano Gil únicamente" (f. 49 Cuaderno 5º).

La demanda

Se aduce la CAUSAL TERCERA —en el sentido de no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del Jurado—, por cuanto habiendo éste respondido que el procesado dio muerte a Floriano Gil "bajo la tremenda impresión de ver atacada a su esposa" reconoció la circunstancia justificativa a que se refiere el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal "porque el vocablo atacada supone siempre un acometimiento, una agresión contra un derecho", y el Tribunal, no obstante, desestimando el veredicto, condenó a Gil Mateus como responsable de homicidio. Y agrega el apoderado del actor que "....si por los señores Jueces de Derecho se cree que es necesario que los Jueces de Hecho, ajenos como son a las Ciencias Jurídicas, empleen las fórmulas sacramentales consignadas en la ley, para reconocer la existencia de la causal de irresponsabilidad que vengo alegando, **han debido aceptar siquiera que la respuesta del Jurado recõnoce que el homicidio fue ejecutado en estado de intenso dolor determinado por una grave e injusta provocación".**

Para invocar la CAUSAL PRIMERA —ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma—, se alegan análogas razones que para sustentar la CAUSAL TERCERA. Sólo que la interpretación del veredicto no se encamine ya a impugnar la sentencia por desacuerdo entre ambas piezas del proceso, sino por haberse sancionado a Gil Mateus de conformidad con lo dispuesto en el artículo 363 del Código Penal y no con fundamento en los artículos 362 y 28 de la misma Obra, toda vez que, en opinión del demandante, el Jurado admitió en su respuesta la modalidad contenida en esta última disposición legal.

Finalmente, se motiva la CAUSAL CUARTA —violación de la ley procedimiental por haberse pronunciado el fallo en un juicio viciado de nu-

lidad— en que los Jueces de derecho (Juzgado Primero Superior y Tribunal de Tunja) abusaron de la facultad a ellos conferida por el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal al desconocer el veredicto del primer Jurado convocado en la causa, que "estaba fundado en las constancias procesales".

Crítica a los cargos

Como se vé, el razonamiento relativo a las causales primera y tercera gira en torno del segundo veredicto; y el referente a la causal cuarta, alrededor del primero. La Sala examina a continuación la validez de los motivos.

A) — CARGO COMUN A LAS CAUSALES TERCERA Y PRIMERA

Mala interpretación del segundo veredicto, que condujo al Tribunal a desechar, de acuerdo con el juzgador de primera instancia, las dos tesis, principal y subsidiaria, que plantea el actor: justificación del hecho y excusa de inteso dolor.

Procede analizar, primeramente, si habiendo afirmado el Juri la responsabilidad del recurrente con la adición "bajo la tremenda impresión de ver atacada a su esposa", el Tribunal se hallaba en la posibilidad de reconocer la justificación del hecho, como cometido en legítima defensa de Leandra Moreno de Gil.

Para que la necesidad de defender la propia persona o la de otro, contra la violencia de un tercero, excluya la culpabilidad, la ley exige estos tres elementos esenciales: **actualidad e injusticia** del acto que pone en peligro el bien tutelado (en casos como el presente la integridad personal o más propiamente la vida) y **proporcionalidad** entre la acción y la reacción. **Actualidad**, de la agresión, porque si el ataque y el contra-ataque no se realizan dentro de una misma unidad de tiempo, de manera que el peligro del daño inmediato no pueda conjurarse con la intervención de la autoridad o el empleo de otros medios moralmente adecuados, la defensa no es necesaria; **injusticia de la agresión,** porque si ésta fue, a su vez, determinada por el que se defiende o por aquel a quien se defiende, no puede hablarse ya, en principio, de la reacción del inocente o en pro del inocente contra la acción del culpable, del derecho contra la violación del derecho, sino de actos injurídicos sucesivos, que sólo excepcionalmente admiten la figura estudiada (manifiesta desproporción entre una injuria verbal y el ataque que se rechaza con la muerte, caso en que, según Ferri, no podría negarse la facultad de repeler la reacción desmedida; y el peligro sobreviniente" por cambio sustancial en la posición de los contendores, de que habla Carrara); y **proporcionalidad,** porque si la reacción con que la propia vida o la ajena se defienden contra el acto violento rebasa los límites de la necesidad, deja de ser legítima, no obstante la actualidad e injusticia de aquél, y la responsabilidad reaparece por el tanto de exceso en la defensa alegada.

En cuanto a la excusa de provocación, como determinante del "estado de ira o intenso dolor", caben consideraciones semejantes, pues para que estas alteraciones del ánimo —demostradas en la secuela del juicio— atenúen la responsabilidad en el sujeto activo del delito, han de relacionarse con la provocación del sujeto pasivo, la cual, para tenerse en cuenta, debe ser **"grave e injusta"**. No se trata ya, como en la legítima defensa, del ataque físico a la existencia misma del bien tutelado (la integridad personal, el honor o la hacienda, sino de la ofensa moral, que suscita en el que reacciona, la ira, si va dirigida contra su propia persona, o el intenso dolor, si se refiere a sujetos u objeto de su "legítima afección", como dice Carrara. Bien entendido que los dos fenómenos anímicos pueden alternar en el sujeto activo, ya que —como observa Altavilla— "el estado de ira puede no ser inmediato, sino subsiguiente a una faz de depresión psíquica (intenso dolor) que puede también perdurar por algún tiempo".

En el caso **sub-judice** podrían aceptarse por la Sala la **gravedad** y la **actualidad** del ataque sufrido por Leandra Moreno de Gil, aunque el veredicto no las afirma literalmente, pero de ningún modo su **injusticia.** Sobre este tercer elemento esencial, todo lo que el apoderado del actor alega es que la expresión del Jurado **al ver atacada** (a Leandra) "me parece que contiene y envuelve la idea de injusticia, porque el ataque es siempre la violación de un derecho y toda violación de derecho constituye una injusticia." Pero, es oportuno advertir que, si es verdad que toda violación de un derecho entraña injusticia, también lo es que, en derecho penal, ni la justificación del hecho ni la atenuante de responsabilidad se configuran por el ataque o por la ofensa injusta que, a su vez, han sido injustamente provocados por quien resulta víctima de la reacción investigada.

Sobre el particular, oportuno es transcribir los siguientes apartes de la sentencia recurrida y de la vista fiscal:

Dice el Tribunal:

"....Este ataque de que habla el Jurado, que tal Tribunal no calificó expresamente de injusto, tampoco lo fue ni para Leandra Moreno, pero ni aún para su marido, el procesado Víctor Gil, puesto que éste, al acometer inicialmente a su hermano, sin que Floriano hubiera pronunciado palabra, y aquélla, al gritarle incesantemente toda clase de insultos y al acuellarlo o prenderlo, se colocaron contra derecho y en la inminencia de ser víctimas de una reacción defensiva autorizada por la ley positiva".

Conceptúa el señor Procurador Delegado:

....Pues bien: en el presente asunto, el veredicto admitió el hecho escueto de que la esposa del acusado era víctima de un ataque en los momentos en que Víctor dio muerte a Floriano, sin predicar que aquél acometimiento a la mujer fuese injusto. Y como en el caso de autosno lo fue realmente, por la sencilla razón de que el homicida y su mujer atacaron primero, sin razón ni derecho, a Floriano y pusieron a éste en el obligado trance de reaccionar legítimamente contra sus agresores (Víctor y Leandra), dicha provocación grave y suficiente descarta entonces la causal de justificación tanto en lo que atañe a los términos del veredicto, como a la verdad de los acontecimientos, por faltar el requisito de ilegitimidad en la violencia emprendida por Floriano. Tan jurídica fue la actuación de éste y de su hermano Belarmino al rechazar la agresividad de Víctor y su esposa, que los juzgadores de instancia sobreseyeron definitivamente en su favor por las lesiones que les causaron al procesado, a Leandra y a su hijo Severo, en vista de haber obrado en legítima defensa.."

Carece, pues, de fundamento el cargo común relacionado con las causales Tercera y Primera, y debe, en consecuencia, desecharse.

B) — CARGO RELATIVO A LA CAUSAL CUARTA.

Haberse dictado la sentencia "en un juicio que está viciado de nulidad, desde la providencia por medio de la cual se declaró, ilegal e injustamente, que el veredicto era contrario a la evidencia de los hechos, desconociendo de esa manera el derecho que la Ley reconoce a todo procesado de que se le juzgue de acuerdo con el veredicto del Jurado".

Anuncia el señor apoderado del recurrente que alega esta causal "no sin temor", por cuanto la nulidad en referencia no se halla prevista en ninguno de los artículos del Estatuto Procesal, razón suficiente para que el cargo sea desestimado por la Sala, pues las nulidades han de ser taxativas para que puedan prosperar, ya que hacen relación a la regularidad de los procedimientos, que son materia de orden público.

Se arguye que la respuesta del primer Jurado convocado en la causa ("Sí mató en defensa de su esposa, pero excediéndose en élla") tenía como respaldo en los autos la declaración del señor Ramón Soto; la confesión de Víctor Gil Mateus; los testimonios de Severo, Gil y de Leandra Moreno de Gil, y los conceptos de la pericia médico-legal. No obstante ello —agrega el demandante— el Tribunal de Tunja conformó el proveído "notoriamente injusto" del señor Juez Primero Superior, mediante el cual declaró contrario a la evidencia el mencionado veredicto, con lo cual se pretermitió, en el juzgamiento de su defendido, la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la Carta que, en lo conducente, dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

El señor Procurador Delegado replica aludiendo a un fallo reciente de la Sala, que la providencia en que se declara contraevidente un veredicto es un auto interlocutorio, sólo susceptible de los recursos ordinarios de las instancias; y que, siendo lo demandado en casación la sentencia de segundo grado y habiéndose fundado la aquí recurrida en el nuevo veredicto, no en el primero, no es posible revivir ante la Corte una cuestión extraña a su competencia.

Tampoco ha de prosperar, en consecuencia, el cargo en que se apoya la CAUSAL CUARTA.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia de fecha diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y por medio de la cual se condenó a Víctor Gil Mateus a sufrir la pena principal de quince años y seis meses de presidio, como responsable de la muerte de su hermano Floriano Gil a que el proceso se refiere.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. —Domingo Sarasty Montenegro. —Octavio Laserna Villegas, Conjuez.—Julio E. Argüello, Secretario.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION, PORQUE EL ABOGADO QUE PRESENTO LA DEMANDA NO ESTABA INSCRITO EN LA CORTE

Como ya lo ha dicho la Corte, para que un abogado pueda presentar demanda de casación se requiere que esté inscrito en la Secretaría de la misma, y debe declararse desierto el recurso cuando la correspondiente demanda no fue presentada por profesional que estuviera inscrito en la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de lo Penal.—Bogotá, veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Zafra)

Vistos:

En auto de fecha veintitrés de agosto último, la Corte declaró desierto el recurso de casación que interpuso el defensor del procesado Hernando López Garavito contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que lo condenó a una medida de seguridad por el delito de homicidio. Dicha declaratoria obedeció a que el recurrente dejó vencer el término respectivo, sin que presentara la demanda, según informe del señor Secretario de la Sala.

Ese mismo veintitrés de agosto, en las horas de la tarde, el señor defensor introdujo en la Secretaría el libelo; y al otro día pidió reposición de aquella providencia de la Corte, fundándose en que, conforme a lo resuelto por ésta en Sala Plena, los días sábados debían descontarse de los términos judiciales, por ser inhábiles. Y acompañó copia del citado Acuerdo.

Para resolver, se considera:

En el Acta número 40 de la Corte Plena, correspondiente a la sesión ordinaria del cinco de agosto de 1954, se lee:

"Luégo, en atención a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2318 de 31 de julio de 1954 se acordó que en los días sábados no correrán términos ni se fijarán estados en las Secretarías de la Corporación".

Teniendo en cuenta este documento, el señor Secretario informó entonces que "el término que se le corrió a la parte recurrente el tres de agosto próximo pasado para formular la demanda de casación, descontados de él los sábados 14 y 21, vencía el veintitrés a las seis de la tarde, día en que el doctor Garavito Muñoz presentó antes de la hora anotada su anterior demanda"; y, por lo tanto, el libelo llegó a la Corte "dentro del término legal respectivo". Agregó el señor Secretario que su primer informe "fue puesto sin descontar los dos sábados antes expresados, por no haberse tenido noticia oficial en esta Secretaría oportunamente sobre lo dispuesto en Corte Plena, consignado en el acta número 40 expresada".

Así acaecidos los hechos, es indudable que el defensor no incurrió en negligencia al presentar la demanda el 23 de agosto, puesto que ese día terminaba, precisamente, el plazo que tenía para hacerlo, ateniéndose a la decisión de la Corte Plena en la parte que se deja transcrita del Acta número 40.

Sería, pues, el caso de acceder a la reposición solicitada, si no mediara otro factor decisivo que impide revocar el auto reclamado.

En efecto, informa el señor Secretario de la Sala que el defensor doctor Hernando Garavito Muñoz no figura como abogado inscrito en la Corte; y esta grave omisión hace inoperante la demanda presentada, al tenor de los artículos 40 de la Constitución y 1º de la Ley 69 de 1945, pues estas normas estatuyen que nadie puede litigar en causa propia o ajena, "si no es abogado **inscrito**".

Sobre el particular ha sido terminante la doctrina de la Corte, que conviene reproducir. Dice así:

"...Si para poder actuar en la segunda instancia se requiere la inscripción, aunque el poder se haya conferido en la primera, con mayor razón en la Corte, y especialmente si se trata de un recurso extraordinario como el de casación, que —según su naturaleza y objeto— es un juicio sobre la sentencia y no sobre los hechos, sin que valga la tesis de que el haber intervenido en las instancias es prueba de que se posee la capacidad legal para representar en casación, porque —ob-

tenida la matrícula— es la inscripción en la Corte, y no la intervención en el proceso, lo que da la capacidad.

"Con la misma lógica y por la misma razón, el defensor en el proceso no podría demandar su revisión, sin los requisitos de la inscripción y del nuevo poder, por tratarse —como de la casación— de un recurso extraordinario, sometido a normas también extraordinarias.

"No estando inscrito en la Corte, pues, el apoderado del recurrente, no tiene la capacidad legal para formular la demanda y entonces el recurso, por no haber sido sostenido en la forma legal, debe declararse desierto". (Sentencia de 3 de abril de 1948.—Casación de Félix Zambrano Rodríguez.—Gaceta números 2062-2063, páginas 554 y 555).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, no repone su providencia de fecha veintitrés de agosto de este año, que declaró desierto el recurso de casación ameritado.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty M.— Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION REIVINDICATORIA.— VENTA DE UNA MISMA COSA A DOS PERSONAS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Néstor Pineda)

La sociedad anónima "Ciudad Niquia S. A." fue constituida por escritura pública Nº 1.477 de fecha 10 de mayo de 1948, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín. El socio Joaquín Jaramillo Sierra aportó entre otros bienes varios lotes de terreno, ubicados en jurisdicción del distrito de Bello, los cuales hacían parte de la finca conocida con el nombre de 'Niquía", cuyos linderos se indican en la escritura de constitución de la sociedad.

Por medio de la escritura Nº 7.463 de fecha 15 de octubre de 1951 de la Notaría 1ª de Medellín, el mismo señor Jaramillo Sierra vendió a la Nación con destino a la Estación Agrícola Experimental "Tulio Ospina" una finca que también hacía parte de la antigua propiedad conocida con el nombre de "Niquía", y cuyos linderos se indican en la escritura de venta.

En demanda presentada el 13 de septiembre de 1952 ante el Tribunal Superior de Medellín la sociedad "Ciudad Niquía S. A." pidió se hicieran contra la Nación, previos los trámites del juicio ordinario, las siguientes declaraciones:

"a)—Que "Ciudad Niquía S. A." es propietaria del lote de terreno que hace parte integrante del lote N 3 aportado por don Joaquín Jaramillo Sierra a la sociedad indicada, conforme a la escritura Nº 1.477 de 10 de mayo de 1948 de la Notaría 3ª de este Circuito de Medellín, de una área de 38.672 varas cuadradas, y comprendido por estos linderos; "Por el Norte, con terrenos de "Ciudad Niquía"; por el Sur, con propiedad de la Nación; por el Oriente, con la carretera del Norte, que gira de Medellín a Copacabana; y por el Occidente, con el río Medellín".

"b)—Que la República de Colombia está en la obligación de restituir el inmueble determinado en la súplica anterior, por su situación y linderos, dentro del término de ocho días contados desde la ejecutoria de la sentencia.

"c)—Que la República de Colombia se encuentra en la obligación de restituír los frutos naturales y civiles del inmueble, no solamente los percibidos sino los que la sociedad demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la finca en su poder.

"d)—Que la República de Colombia está en la obligación de pagar los deterioros que por su hecho y culpa ha sufrido la cosa, considerándola como poseedora de mala fe, desde la contestación de la demanda en adelante".

Se funda la demanda en que parte de la finca vendida por el señor Jaramillo Sierra a la Nación, o sea el lote de terreno descrito por sus linderos en la súplica marcada con la letra 'a'), estaba incluída o hacía parte de la finca aportada por el vendedor a la sociedad demandante. O en otros términos, que el señor Jaramillo Sierra vendió a la Nación lo que ya no era suyo por haberlo aportado antes a la sociedad "Ciudad Niquía S. A.".

El Fiscal del Tribunal denunció el pleito al señor Jaramillo Sierra, quien manifestó que "si por un error se consignó lindero distinto al que creyó anotar cuando celebró los contratos en que aparece firmando, ya como socio, ora como vendedor, es un error que se subsana de conformidad con las reglas que para el efecto se prescriben y de allí que manifieste claramente que está listo a subsanar su equivocación, en tal forma, que ninguno de los intereses creados se perjudique".

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia de fecha 10 de agosto de 1953, falló el pleito así:

"1º—La sociedad demandante "Ciudad Niquía S. A." es dueña del siguiente inmueble ubicado en jurisdicción del municipio de Bello y comprendido por estos linderos: "Por el Norte, con terrenos de "Ciudad Niquía"; por el Sur, con propiedad de la Nación; por el Oriente, con la carretera del Norte, que gira de Medellín a Copa-

cabana; y por el Occidente, con el río Medellín. Adquirió este inmueble con otros bienes aportados por el socio Jaramillo Sierra, según consta en escritura pública Nº 1.477 de 10 de mayo de 1948, de la Notaría 3ª del Circuito de Medellín.

"2º—Se condena a la Nación colombiana a restituírle a la sociedad "Ciudad Niquía S. A.", ocho días después de la ejecutoria de esta providencia, el inmueble delimitado en el ordinal anterior, no solamente con los frutos naturales y civiles percibidos, sino también con los que la parte demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el bien raíz en su poder, pero sólo a contar desde la contestación de la demanda en adelante.

"3º—No se hace la declaración solicitada en el literal "d)" de la demanda".

Apeló el Fiscal y en la Corte se ha dado al negocio la tramitación que corresponde.

Para resolver se considera:

La escritura Nº 1.477 citada, en la cual el señor Jaramillo Sierra hizo el aporte de los bienes de que se ha hablado, fue registrada debidamente el 21 de junio de 1948. En ella se dice que desde la fecha de su otorgamiento el Sr. Jaramillo Sierra "hace entrega real y material a la Compañía de los inmuebles y aguas de que se trata, y a satisfacción de todos los accionistas fundadores de la Compañía, de lo cual dejan expresa constancia por medio de la presente escritura".

La escritura de venta a la Nación, o sea la Nº 7463 de 15 de octubre de 1951 fue registrada el día 18 del mismo mes y año. En la promesa de contrato que se llevó a efecto por medio de dicha escritura se dice que en la fecha en que la Nación pagara el precio, "el promitente vendedor hará a la Nación entrega material de lo vendido, con todas sus servidumbres activas y pasivas, adquiridas por la ley o por títulos anteriores". Y en la cláusula 4ª de la misma escritura se dice que "el exponente entrega en esta fecha a la Nación el globo de terreno materia de la venta libre de toda obligación en relación con cosecheros de caña u otros cultivos y se obliga a otorgar recibo del pago del precio por escritura pública".

En la inspección ocular practicada el 21 de febrero de 1953, con intervención del señor Fiscal y de los peritos nombrados por las partes "se identificó el lote de terreno denominado "El Raicero', distinguido con el Nº 3, comprendido por la poligonal Nº 3 del plano general del bien aportado por D. Joaquín Jaramillo Sierra a la sociedad "Ciudad Niquía S. A." según la escritura Nº 1477 de mayo 10 de 1948, de la Notaría 3ª de este Circuito: igualmente se hizo la debida identificación del globo de terreno formado por los lotes vendidos por el señor Jaramillo Sierra a la Nación por medio de la escritura Nº 7463 de octubre 15 de 1951 de la Notaría 1ª de Medellín; asímismo se constató la existencia dentro de este último inmueble de un lote de terreno que hace parte del aportado por el socio señor Jaramillo Sierra a la sociedad "Ciudad Niquía S. A." alindado así: "Por el Oriente, con la carretera del Norte, o sea con la que gira de Medellín hacia Copacabana; por el Occidente, con el río Medellín; por el Norte, con terrenos de 'Ciudad Niquía S. A."; y por el Sur, con propiedad de la Nación". El lote alinderado lo está poseyendo en la actualidad la Nación".

El dictamen pericial coincide con la inspección ocular en que el terreno que "Ciudad Niquía S. A." está reivindicando hace parte de la finca aportada por Jaramillo Sierra, y al propio tiempo, hace parte también de la vendida por el mismo Jaramillo Sierra a la Nación para la Granja Experimental "Tulio Ospina".

Tal como lo sostiene el juzgador de primera instancia, el punto se halla resuelto expresamente por el Código Civil en el artículo 1873 que dice: "Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido, al otro; si ha hecho entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; sino se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá".

Como se ha visto antes, en la escritura de constitución de la sociedad demandante aparece que el señor Jaramillo Sierra hizo entrega de los bienes aportados a la sociedad; este instrumento que tiene fecha 10 de mayo de 1948, fue registrado el 21 de junio del mismo año. Es decir, tanto por la fecha de la escritura de enajenación, como por la entrega material de los bienes aportados y por la tradición mediante el registro, el título del demandante es anterior al de la Nación y debe, conforme a la ley, prevalecer sobre éste. Es extraño, sin embargo, que tres años después el mismo señor Jaramillo Sierra, haya podido hacer entrega material del terreno en disputa a la Nación, como parte de mayor extensión que le vendió por medio de la escritura Nº 7.463 de fecha 15 de octubre de 1951, para incorporarlo a la Granja Experimental.

Los presupuestos de la acción reivindicatoria

ejercitada, a saber: derecho de dominio en el actor, actual posesión del demandado y determinación de la cosa singular que se reivindica ,se hallan plenamente acreditados, y por tanto, la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha diez de agosto de mil novecientos cincuenta y tres. Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga, con salvamento de voto.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ROBERTO GOENAGA

Me he separado, muy a mi pesar, de la respetable opinión de mis colegas de la mayoría de la Sala, porque en mi sentir la solución del presente recurso no podía ser otra que declarar la nulidad de todo lo actuado en el juicio , por no ser la Corte competente para conocer de él en segunda instancia, por tratarse de una controversia cobijada por la disposición del Art. 40 del C. Judicial. Estas son las razones que me asisten en el presente caso:

De acuerdo con lo preceptuado en el Art. 76 del C. Judicial, los Tribunales Superiores de Distr to Judicial conocen en primera instancia: "1º De los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado ,salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40". Esta última norma estatuye que "La Sala Civil de Unica Instancia (Sala de Negocios Generales) conoce privamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

Acerca del alcance de este precepto de excepción ha sentado la Corte las siguientes reglas de interpretación que tienen aquí indudable pertinencia:

"Conforme a los términos literales de que se vale el Art. 40 del C. J., que consagra la competencia privativa de la Corte para conocer de los juicios provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido en todo o en parte, su derecho, esa competencia no se encuentra limitada a aquellas controversias que tengan por objeto el contrato mismo (subrayó entonces la Sala) a efecto de establecer la nulidad e invalidez de sus estipulaciones, interpretar el sentido exacto de alguna o algunas de sus cláusulas, etc., sino que comprende en general 'todas las controversias provenientes' de él; es decir, que se originen o produzcan por razón de la estipulación misma, auncuando el pleito pueda no versar sobre el contrato mismo. Una cosa proviene de otra, cuando la segunda se deriva o es consecuencia de la primera, no cuando las dos se confunden, hasta el punto de tener ambas un mismo e idéntico objeto..." (Auto de 12 de julio de 1950. Gaceta Judicial, Tomo LXVII, Nº 2083, página 703).

La anterior doctrina encaja perfectamente en el caso de autos, porque si bien es cierto que aquí no se controvierte la val dez o invalidez del contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 7463 de 15 de octubre de 1951, mediante el cual la Nación compró al señor Joaquín Jaramillo Sierra en mayor extensión el pequeño lote de terreno a que se contrae la demanda, ni se trata tampoco de la interpretación de una o varias de las cláusulas de dicha compraventa, no es menos evidente que, dadas las particularidades de la acción incoada, al juzgador le es imprescindible, al sentar las bases del fallo definitivo, entrar a calificar el mérito probatorio del instrumento público citado, en virtud del cual —como la misma demanda lo expresa— la Nación demandada ha entrado en posesión del lote objeto de la reivindicación. La misma sentencia recurrida reafirma esta apreciación de la Sala

En otros términos. La demanda se funda, entre otros preceptos del C. Civil, en lo prescrito en el Art. 1871, conforme al cual "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida...".

El Artículo 1.873 de la misma obra atiende a un caso especial de venta de cosa ajena, y es aquel en que, como ocurre aquí, el vendedor enajena por segunda vez lo que originariamente sí había estado dentro de su patrimonio. Este último precepto señala el método que ha de seguir el juez para desatar una controversia de tal naturaleza, y reza así: "Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá". Así, pues, la solución de la litis impone el examen previo de los dos títulos de que los litigantes derivan su derecho, y hacer una

especie de cotejo entre ellos para definir cuál es el que prevalece sobre el otro.

El segundo elemento de la acción de dominio es la posesión del demandado. Aquí, esa posesión tiene origen en un contrato celebrado por la Nación que comparece al juicio con aquella calidad. Luego no puede negarse que en razón de aquel principio y de este hecho, la presente controversia proviene de la celebración de tal contrato.

En confirmación de lo que se acaba de exponer, viene esta otra consideración del auto de 12 de julio de 1950 copiado anteriormente:

"No cabe objetar siquiera que siendo la acción reivindicatoria independiente del título a virtud del cual se halla poseyendo el demandado, el hecho de que esa posesión se funde en un contrato con la Nación, no es bastante a determinar la competencia privativa de la Corte para conocer de ella. Porque al reconocer y darse por establecido en la demanda el hecho del contrato a virtud del cual explica esa posesión y el consiguiente derecho para demandar a quien la ejerce, implícitamente se somete al juicio del sentenciador la calificación de los efectos producidos por ese contrato de donde la posesión se deriva; y entonces, auncuando el objeto primordial de la controversia no sea el contrato mismo, **virtualmente implica la calificación sobre el contenido de sus estipulaciones, y determina, en consecuencia, la competencia privativa de la Corte para conocer conforme a la doctrina contenida en el citado artículo 40 del C. J.**". (Subrayo).

De las consideraciones que anteceden resulta incuestionable la incompetencia de esta Sala para conocer del recurso de que aquí se trata y, por consecuencia, la del Tribunal Superior de Medellín como juzgador del primer grado de la controversia misma.

Bogotá, 13 de septiembre de 1954.

Roberto Goenaga

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. —PRUEBAS SUPLETORIAS DEL ESTADO CIVIL

Las declaraciones que un Párroco afirme haber recibido a dos testigos acerca del hecho del matrimonio, no suplen la prueba del estado civil consitente en la partida eclesiástica de matrimonio, aunque el mismo Párroco certifique que no pudo hallarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, septiembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Néstor Pineda)

En demanda presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de septiembre de 1952, José Ramón Castaño, Ester, Libia y Fanny Castaño Salazar pidieron que previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran contra la Nación Colombiana, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, las siguientes declaraciones:

1.—Que la Nación, como propietaria del ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, es civilmente responsable del daño causado a los demandantes por la muerte del señor Alfonso Castaño Salazar, ocurrida a consecuencia de un accidente en la línea del ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, en el municipio del Espinal, Corregimiento de Flandes, Departamento del Tolima, el día 21 de septiembre de 1949.

2.—Que la Nación está obligada a pagar a los actores el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por ellos con motivo de la muerte del señor Alfonso Castaño Salazar, sea que tales perjuicios se deban a hecho o culpa civil de los dependientes del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, sea que se deban a culpa civil cometida por la empresa del Ferrocarril, o bien se deban a estas diversas causas a la vez.

En los hechos 16, 17 y 18 de la demanda se dice:

"16º—El señor Alfonso Castaño Salazar era hijo legítimo de María Luz Salazar y José Ramón Castaño y hermano legítimo de Ester, Libia y Fanny Castaño Salazar.

"17.—El señor Castaño Salazar era magnífico hijo y excelente miembro de familia y su muerte fue causa de honda pena para su padre y hermanas, quienes no han podido consolarse por su fallecimiento, lo cual les ha ocasionado perjuicios morales subjetivos...

"18º—Igualmente la privación del apoyo económico que les prestaba su hijo y hermano Alfonso Castaño Salazar, les ha ocasionado gravísimos perjuicios de orden material".

El Tribunal encontró "que por no haber acreditado José Ramón Castaño en legal forma su matrimonio con María Luz Salazar, dejó sin demostrar su calidad de padre legítimo de Alfonso Castaño Salazar, y consiguientemente, su legitimación para obrar, o personería sustantiva".

Las otras demandantes, "para probar su calidad de hermanas legítimas de Alfonso tenían que presentar la prueba del matrimonio de sus padres, la de nacimiento de Alfonso y de cada una de ellas".

"Según se expresó anteriormente, dice el Tribunal, no se demostró legalmente en el proceso el matrimonio de José Ramón Castaño y María Luz Salazar que, al tenor de los hechos de la demanda, son los padres legítimos de los demandantes, y en consecuencia, su calidad de hermanas legítimas de Alfonso Castaño Salazar ha quedado sin acreditar".

"A lo que se agrega que no se adujo al proceso la partida de nacimiento de Libia, y que las de Ester y Fanny no fueron allegadas en debida forma, toda vez que no habiendo sido acompañadas a la demanda ni a su contestación, sólo podían presentarse en la forma prescrita por el artículo 636 del C. J., y no directamente con el escrito de pruebas como lo hicieron".

Con fundamento en las anteriores conclusiones, el Tribunal dictó la sentencia de fecha 17 de febrero de 1954, en la cual "declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes y se abstiene, consecuencialmente, de decidir en el fondo la demanda incoada, condenando a la parte actora en las costas del juicio".

Apeló el apoderado de los demandantes. En la Corte se ha dado al negocio el curso legal correspondiente. En esta instancia no hubo término probatorio ni las partes presentaron alegatos, y citadas para sentencia, se abstuvieron de concurrir a la audiencia pública señalada para el día diez del presente mes.

La acción entablada se funda, como lo dice expresamente la demanda en los hechos 16, 17 y 18, en que la muerte del señor Alfonso Castaño causó a su padre legítimo José Ramón Castaño y a sus hermanas legítimas Ester, Libia y Fanny Castaño "honda pena que les ha ocasionado perjuicios morales subjetivos" y "la privación del apoyo económico, que les ha ocasionado gravísimos perjuicios de orden material".

El hecho fundamental de la acción, sin cuya demostración no queda acreditado el interés jurídico de los actores, consiste en la relación de parentesco legítimo entre los demandantes y la victima del accidente ferroviario.

El matrimonio de José Ramón Castaño y María Luz Salazar no se probó en forma legal. Se acompañó a la demanda un certificado expedido el 13 de octubre de 1949 por el Párroco de Marinilla en que se dice que examinados cuidadosamente los libros parroquiales "no se pudo hallar la partida de matrimonio del señor José Ramón Castaño con la señora María Luz Salazar pero que se presentaron al despacho parroquial los señores Germán Gómez G., y Martín Gallego quienes juramentados declararon que en el año de mil novecientos catorce el tres de mayo, contrajeron matrimonio en esta parroquia, dichos esposos". Los declarantes firman el certificado con el párroco.

Conforme a la ley, este certificado carece de toda fuerza probatoria. Según el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 sólo son admisibles como pruebas principales del estado civil "respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales". El certificado del Párroco de Marinilla dice que no existe en los libros parroquiales la partida del matrimonio de que se trata, y las declaraciones que aquél dice haber recibido a dos testigos no suplen en esa forma la partida original que falta.

Según el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, la falta de los respectivos documentos del estado civil puede suplirse por otros documentos auténticos, 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 posesión notoria de ese estado civil.

Ni las declaraciones que el Párroco de Marinilla dice haber recibido ni las rendidas extrajudicialmente por Leonidas Arbeláez y María Josefa Salazar (fl. 5 y 6 del C. Nº 1), fueron ratificadas en el juicio y, por tanto, carecen de todo valor probatorio al tenor de lo dispuesto por el artículo 693 del C. J.

Ninguna otra prueba se trajo a los autos para acreditar, con medios supletorios, el estado civil de que se trata. Y no existiendo la prueba del matrimonio de los padres, las de bautismo de los hijos no acreditan por sí solas la calidad de hijos legítimos de las demandantes Ester, Libia y Fanny Castaño ni tampoco la calidad de hermanas legítimas del difunto Alfonso Castaño, aunque las respectivas partidas de bautismo digan que las personas bautizadas son hijas legítimas (artículo 394 C. C.).

De lo dicho hasta aquí resulta que son legales los fundamentos de la sentencia recurrida, la que debe, por tanto, ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Enrique Cuervo.— Aníbal Cardoso Gaitán. — Roberto Goenaga.— Néstor Pineda. — El Secretario, Jorge García Merlano.

DEMANDA INTENTADA POR COMUNERO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD.— LA FALTA DE LEGITIMACION EN EL PROCESO POR PARTE DEL DEMANDANTE, DETERMINA EL INSUCESO DE LA DEMANDA

1—Cuando el actor no ha demostrado su personería sustantiva para demandar, no hay legitimación en el proceso, y por tanto, no es el caso de decretar las peticiones de la demanda.

2—Para que prospere una demanda intentada por una persona en favor de una comunidad, es necesario que si ella alega su carácter de comunero, así lo compruebe en el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

Por medio de apoderado, la señora Ana Dolores Hernández v. de Quintero presentó demanda ordinaria de única instancia ante esta Sala de la Corte, para que por los trámites correspondientes se hagan contra la Nación colombiana estas declaraciones:

"Que la comunidad dueña de los terrenos denominados "Santa Cruz", situados en jurisdicción del Municipio de Río de Oro (Departamento del Magdalena) y comprendido dentro de los linderos que se dejaron determinados en el hecho 2º de la presente demanda, es igualmente propietaria privada del petróleo y demás hidrocarburos, así como de las sustancias similares que puedan hallarse en su subsuelo, por haber salido legítimamente dicho predio del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873 y no haber vuelto al dominio del Estado por ninguno de los medios previstos en las leyes"

Como hechos sustentadores, se expresan en la demanda los siguientes fielmente sintetizados:

a) El Ministerio de Minas y Petróleos admitió por medio de la resolución de 16 de junio de 1944, la propuesta Nº 142 formulada por la Compañía Colombiana de Petróleos El Meta S. A., para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno situado entre los municipios de Aguachica, Gamarra y Río de Oro, departamento del Magdalena, con área de 42.638 hectáreas, 8.360 metros cuadrados.

b) La demandante, señora Ana Dolores Hernández v. de Quintero y otros, en su calidad de condueños en los terrenos denominados "Santa Cruz o Santa Cruz de la Sierra", se opusieron oportunamente a la expresada propuesta. Como linderos de los mencionados predios se indicaron estos: "Por la parte del oriente desde la quebrada de Los Llanos lindando con la posesión de Potrecillo hasta dar con la quebrada de Santa Inés, lindando por esta parte con los terrenos de la Victoria, quedando encerrado el potrero de "Meco"; de aquí siguiendo las lomas de dicho potrero de para abajo mirando al Poniente hasta dar con los linderos de Sabaneta y Cerrezuela, siguiendo de para abajo hasta dar con los terrenos de Mal Paso y Sabana de Santa Cruz y de aquí en línea recta hasta dar con la quebrada de los Llanos, primer lindero".

La oposición de que se habla fue declarada infundada en sentencia de esta Sala de la Corte, fechada el 30 de octubre de 1950.

c) Los terrenos de "Santa Cruz" salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, y por tanto la comunidad de su nombre es dueña de la superficie y del subsuelo petrolífero.

d) Los derechos de que es titular la demandante en la comunidad de que se trata, los adquirió por adjudicación que de ellos se le hizo en el juicio de sucesión de su finado esposo Roberto Quintero R., según reza la escritura Nº 345 de 5 de agosto de 1944, de la Notaría de Ocaña.

e) El causante Quintero R., adquirió los mismos derechos por venta que le hizo Ricardo Pacheco (escritura Nº 116 de 3 de marzo de 1921, de la misma Notaría); Pacheco hubo de Roberto Quintero R., (escritura número 40 de 19 de enero de 1921); Roberto Quintero R., por escritura Nº 6 de 4 de enero de 1918, vendió a Martín Quintero R., Luis Eduardo Quintero R., Manuel Ju-

lián Quintero R., Ana Josefa Quintero R., Teresa de Lobo, Nicolasa Quintero de la Rosa e Isabel María Quintero de Pacheco, la cuarta parte de los predios de "La Cruz".

f) Este derecho lo adquirió el vendedor Quintero R., por compra a Margario Quintero Jácome, según escritura N° 534 de 14 de diciembre de 1914, de aquellos terrenos. Margario Quintero Jácome adquirió por adjudicación que se le hizo en la partición de bienes de la sociedad "Quintero Jácome Hermanos", como se expresa en la escritura fechada el 1º de agosto de 1888. Dicha sociedad fue constituída en la forma que expresa la escritura Nº 53 de 11 de febrero de 1873. La sociedad colectiva "Quintero Jácome Hermanos" hubo por compra a Ramona Rizo los derechos y acciones en los nombrados predios, según consta en la escritura N° 213 de 10 de julio de 1883. En la escritura de 26 de agosto de 1932 consta que la hacienda de Sabanas de Santa Cruz fue adjudicada a los herederos de Antonio Rizo; y por Escritura Nº 31 de 12 de marzo de 1863, Manuel Rizo Quintana transfirió sus derechos a Martín Quintero Copete.

g) Por remate efectuado en el sucesorio de Juan Bautista Noriega, de que da cuenta la escritura de fecha 18 de abril de 1779, se adjudicó el predio o hacienda de "Santa Cruz de la Sierra" a Miguel Antonio Rizo; el causante Noriega hubo por adjudicación de la misma hacienda en el sucesorio de su tío Alonso de Trillos.

h) Consta de la escritura de 14 de junio de 1.703 que la señora Agustina v. de Buzón constituyó una capellanía sobre la finca de "Santa Cruz de la Sierra"; y en la de fecha 13 de junio de 1715, que Francisco Javier de Buzón, esposo de Agustina, testó a favor de Alonso de Trillos y de su esposa, Agustina de Buzón, la misma propiedad.

i) En la escritura de 20 de abril de 1697 se consignó el testamento otorgado por Francisco Javier de Buzón, y en él consta que la hacienda de Santa Cruz de la Sierra fue asignada a la esposa e hijos del testador. Y por escritura de 23 de agosto de aquel mismo año, Agustina Guerrero de Buzón hizo protocolización del juicio sucesorio de su finado esposo Francisco Javier de Buzón, juicio en el cual le fue adjudicada la expresada hacienda.

Se citan como disposiciones de derecho los Arts. 4º de la Ley 37 de 1931; 5º, 7º (inciso último) y 10º de la Ley 160 de 1936; y 12 del Decreto N° 10 de 1950.

Admitida la demanda, se dió el traslado de rigor al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien lo contestó en estos términos:

"Como de sus propios términos aparece, dicha petición, pues, se hace en favor de la Comunidad de que dice formar parte la demandante. No sobra observar a este respecto, que esa Superioridad, en reiterada jurisprudencia, tiene admitida la tesis de que en los juicios en que se controvierten asuntos relativos al dominio privado del petróleo, hay legitimación en causa para que uno o varios de los comuneros comparezcan en defensa de sus propios derechos y de los de la Comunidad a que afirman pertenecer".

Y en cuanto a los hechos, dijo:

"No me constan el 1º, 2º y 3º.

"En cuanto a los restantes, del 4º al 16, inclusirve, me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al escrito respectivo, como de las que la actora produzca oportunamente en juicio.

"Respecto de la declaración de dominio impetrada, manifiesto que me acojo a lo que resulte probado en juicio. Pero como de otra parte, ella se suplica en favor de la Comunidad existente con relación a los mismos terrenos denominados "Santa Cruz", lo dicho se entiende siempre que la demandante demuestre legalmente su interés jurídico de comunera en el inmueble de que se trata.

"Por lo pronto niego el derecho que se invoca".

Se encuentran cumplidas todas las ritualidades de la instancia, por lo cual la Sala procede a resolver la controversia con base en las consideraciones que en seguida antepone:

Excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte actora.—La presenta el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión, con los siguientes razonamientos:

"Este Despacho ha aceptado la tesis expuesta por la Corte, en reiterada jurisprudencia, de que en los juicios en que se controviertan asuntos relativos al dominio privado del petróleo, hay legitimación para obrar cuando uno o varios de los comuneros comparezcan en defensa de sus propios derechos y de los de la Comunidad a que afirman pertenecer.

"La presente acción fue instaurada en favor de una Comunidad formada en las tierras materia del litigio y en la cual la demandante dice tener la cuarta parte, por haberla adquirido por adju-

dicación que se le hizo en el juicio de sucesión de su esposo, señor Roberto Quintero R., según consta en la escritura pública número 345, de fecha 5 de agosto de 1944, pasada en la Notaría de Ocaña.

"Pero, en el juicio no se ha acreditado la existencia de la Comunidad a favor de la cual se demanda, ni que la actora, señora Ana Dolores de Quintero forma parte de ella...".

Siendo la excepción en referencia de carácter perentorio, debe la Sala examinar primero si está probada en el juicio, pues si ello fuere así, el reconocimiento de esa excepción hace innecesario entrar en el estudio de las demás cuestiones que constituyen el fondo de la controversia.

El interés jurídico de la Comunidad reside por igual en cada uno de los copropietarios, así que en el propósito de hacer incólume la conservación del bien comunal, cualquiera de los condueños puede ejercitar las acciones que crea convenientes, con el sólo requisito de acreditar su carácter de condómino.

Este principio, como lo recuerda acertadamente el señor Procurador Delegado en lo Civil, lo ha venido aplicando invariablemente esta Corte siempre que se ha tratado de hacer valer ante el Estado el derecho de dominio sobre el subsuelo petrolífero.

Es evidente que la señora Ana Dolores Hernández v. de Quintero se ha presentado aquí a impetrar la declaración de dominio privado del subsuelo petrolífero correspondiente a las tierras de "Santa Cruz" o "Sabanas de Santa Cruz", no para sí, sino para la Comunidad que dice existe en ese globo de terreno, alindado en el hecho 2º del libelo, y en el cual afirma tiene adquirida una cuota de derechos.

Si la representación activa de la Comunidad puede llevarla uno cualquiera de sus partícipes, importa saber aquí si en las tierras a que se refiere la demanda existe una situación de condominio, y si, de otro lado, la demandante señora Ana Dolores Hernández v. de Quintero es titular de derechos en aquella pretendida comunidad.

En el hecho 5º de la demanda se expresa que la señora Ana Dolores Hernández v. de Quintero "adquirió sus derechos en el mencionado lote de terreno por adjudicación que se le hizo de la cuarta parte del mismo en el sucesorio de su legítimo marido, señor Roberto Quintero R., conforme aparece de la escritura pública número 345, extendida en la Notaría de Ocaña el día 5 de agosto de 1944".

Este instrumento no fue acompañado, como las circunstancias lo indicaban, a la demanda. Consta sí que durante el término probatorio del juicio, la parte actora solicitó se librase despacho al Notario de Ocaña para que expidiese copia de dicho título y lo enviase por conducto del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados. Consta asímismo en los autos que se libró el despacho ordenado, mas no fue retirado de la Secretaría de la Sala por el interesado para portearlo al lugar de su destino, y en esa situación se agotó el término probatorio.

Frente a esta circunstancia, es forzoso concluír que falta en el caso de autos el presupuesto esencial de la legitimación en causa de la parte actora, hecho en el cual fundamenta el señor Procurador Delegado en lo Civil la excepción perentoria de que se viene haciendo referencia.

Sentado, pues, que está llamado a prosperar el medio exceptivo opuesto por el representante legal de la entidad demandada, es inoficioso entrar a estudiar las cuestiones que atañen a la sustancia misma del pleito, como son las que se refieren a la determinación del inmueble materia de la acción, y al mérito probatorio de los títulos conforme a los cuales considera la demandante que los aludidos terrenos de Santa Cruz salieron del patrimonio nacional, antes de la vigencia de la reserva consagrada en la ley 28 de octubre de 1.873. (Art. 344 del C. Judicial)

No habiendo demostrado el actor su personería sustantiva para demandar, no hay legitimación en el proceso, y por tanto, no es el caso de decretar las peticiones de la demanda.

Así lo decide la Sala de Negocios Generales de la Corte administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Costas a cargo del demandante.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Luis Enrique Cuervo A.—Aníbal Cardoso Gaitán.— Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.— Jorge García Merlano, Secretario.

LA LOCALIZACION, EN EL PROPIO TERRENO, DE LOS LINDEROS Y CABIDA, NO ES DILIGENCIA QUE SIEMPRE SEA ESENCIAL PARA QUE PROSPERE UNA OPOSICION A UNA PROPUESTA DE CONTRATO SOBRE PETROLEOS

1.—Para acreditar en juicio la existencia de una comunidad en unas tierras, no es suficiente la copia del acta de su constitución; ha de acompañarse a ella, además, la prueba de que las personas que figuran en dicha acta como comuneros lo son en realidad, por tener título de adquisición o adjudicación de derechos en las tierras de la comunidad.

2.—Ha sido doctrina de la Corte que cuando por el título mismo puede determinarse el área y concretarse en sus linderos y cabida, no es esencial la localización en el propio terreno.

3.—Para que la designación de administrador de una comunidad sea legal y lo sean los actos realizados por éste, es indispensable que la junta general de comuneros que eligió administrador haya sido constituída por verdaderos comuneros y no simplemente por personas llamadas así. La comprobación de comuneros es necesaria cuantas veces trate de demostrarse que una reunión de personas lo fue de verdaderos comuneros o copropietarios en la comunidad. Una reunión de personas que sin tener el carácter de comuneros declaran formada una junta general, no es la contemplada en el artículo 17 de la Ley 95 de 1890. La propiedad de acciones o derechos en una comunidad es lo que realmente constituye el título en ella, y no la simple afirmación de que se es comunero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veinte (20) de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

A la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleo registrada con el Nº 131 en el Ministerio del ramo y presentada por la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos, se hicieron varias oposiciones respecto de las cuales el mismo despacho Ejecutivo decidió admitir las siguientes: de la Gran Comunidad de Molinero; de Julián Llinás Rodríguez, César Vicente Llinás Rodríguez y Luis Eduardo Manotas; de la Comunidad de Isabel López; de Nicolás Llinás Vega, Luis Eduardo Manotas y otros; de Sebastián M. Alcalá, y del Municipio de Sabanalarga. Como consecuencia de esta decisión fueron remitidos a la Corte el expediente de la propuesta de contrato y los relacionados con las oposiciones.

Surtido en la Corporación el trámite del juicio breve y sumario correspondiente, en el cual se allegaron nuevos documentos a los que se habían acompañado inicialmente, y se recibieron los alegatos de las partes, entró el negocio para fallo el 15 de noviembre de 1948, y al despacho del Magistrado ponente de esta sentencia el 25 de febrero de 1954.

Los terrenos a que se refiere la propuesta de contrato que dio base a las oposiciones se hallan situados en los municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, del Departamento del Atlántico, y están comprendidos dentro de los linderos descritos en la propuesta.

En el orden ya anunciado estudia la Corte las oposiciones, y al hacerlo tiene en cuenta los documentos pertinentes de cada una de ellas y las razones aducidas por los representantes de los interesados en el juicio.

Oposición de la Gran Comunidad de Molinero.

En memorial dirigido al Ministerio de Minas y Petróleos el 28 de marzo de 1944, los señores Miguel Pérez Blanco, Mariano de la Torre y Rogelio de la Hoz Solano, quienes invocan el carácter de presidente y miembros, respectivamente, de la Gran Comunidad de Molinero, se oponen a la propuesta de contrato de la Anglo-Colombiana de Petróleos, alegando que el terreno so-

bre que versa la propuesta abarca, si no todo, sí gran parte de las tierras que la Comunidad posee en el corregimiento de Molinero de la jurisdicción de Sabanalarga, cuyos linderos expresan en dicho memorial.

Para acreditar su interés jurídico acompañan al memorial de oposición la copia de la escritura pública Nº 453 de 16 de marzo de 1944, Notaría de Sabanalarga, que protocoliza un documento privado sobre constitución de la Gran Comunidad de Molinero, un certificado de registro y la copia de una diligencia de entrega de los terrenos a la Comunidad al administrador de ella, por el Juzgado del Circuito Civil de Sabanalarga el 12 de noviembre de 1943.

El certificado de registro expedido el 17 de diciembre de 1943, acredita Primero: que en 23 de marzo de 1923 se registró una información de testigos levantada por el Alcalde Pedáneo y Juez Comisionado de Sabanalarga, según el cual los declarantes expusieron "que el señor **Juan Coromado** adquirió por herencia de sus padres Sr. **Domingo Padilla** el globo de tierra proindiviso de Molinero, comprendido dentro de los siguientes linderos: (aquí ellos). Segundo: que el 20 de agosto de 1923 se registró la hijuela correspondiente a Antonio E. de la Torre en el juicio de sucesión de María Coronado de Estrada, en la cual se adjudicó a dicho señor de la Torre una y media caballería de tierra en las del globo de Molinero, de las tres que le habían correspondido a la causante en la sucesión de su padre Juan José Coronado, quien fue el dueño de todo el globo; y, Tercero: que el 28 de septiembre de 1936 aparece registrada otra escritura por la cual Antonio E. de la Torre vendió a Miguel Pérez Blanco el derecho mencionado en el punto anterior.

El documento privado sobre la constitución de la Gran Comunidad de Molinero indica que se reunieron los señores Miguel Pérez Blanco, Mariano de la Torre, Rogelio de la Cruz Solano, Julio Padilla en su propio nombre y en representación de Luis Fernández Padilla, Regina Padilla y José A. Padilla, "todos en su calidad de únicos propietarios o condómines de la dicha Comunidad", y por unanimidad eligieron administrador de ella al señor Julio C. Padilla. El documento está firmado en los días 30 de diciembre de 1943 y 5 de enero de 1944.

La diligencia de entrega de los terrenos al Administrador Padilla está fechada el 12 de noviembre de 1943 y en ella consta que el Juzgado Civil del Circuito de Sabanalarga se trasladó al corregimiento de Molinero, y una vez verificados los linderos del globo de tierra, hizo entrega de ella al administrador.

Con tales documentos, que son los únicos que obran en el juicio respecto a la Gran Comunidad de Molinero, no se acreditan los elementos esenciales de la acción que se ventila. Falta el título que demuestre que las tierras salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, porque la copia del certificado del registro que se trajo a los autos, a más de no ser título de propiedad, sólo tiene el dato de que por una información de testigos se acreditó que el señor Juan Coronado heredó de su padre una caballería y media de los terrenos de Molinero, y que con posterioridad hubo otras transferencias entre particulares. Con los datos sobre linderos que trae el mismo certificado de registro y los de la diligencia de entrega material de la tierra al administrador en 1943, no es posible establecer que el terreno a que ellos se refieren haya salido legalmente del patrimonio del Estado antes de 1873. Por último, para acreditar la existencia de la Comunidad no es suficiente la copia del acta de su constitución; ha de acompañarse a ella, además la prueba de que las personas que figuran en dicha acta como comuneros lo son en realidad. por tener títulos de adquisición o adjudicación de derechos en las tierras de la Comunidad.

Estas razones son suficientes para declarar que la oposición de la mencionada Comunidad no puede prosperar.

Oposición de Julián Llinás Rodríguez, César Vicente Llinás Rodríguez y Luis Eduardo Manotas.

Los señores Julián y César Vicente Llinás Rodríguez y Luis Eduardo Manotas fundamentan la oposición a la propuesta de contrato de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, en que dentro de los límites y cabida del área del terreno sobre que tal propuesta versa, se hallan las tierras denominadas "Sabananegra" o "Cañaguatal", cuya propiedad privada les pertenece, tanto en el suelo como en el subsuelo. Afirman en su memorial de oposición que dichos terrenos salieron del patrimonio del Estado en virtud de remate efectuado en la ciudad de Cartagena de Indias el 1º de diciembre de 1747, como consta en la escritura de protocolización Nº 492 de 26 de noviembre de 1890, Notaría del Circuito de Barranquilla, y que en la actualidad, por virtud de

transferencias legalmente celebradas, les pertenecen dichos globos de tierra en su totalidad.

Examinada la referida escritura 492, que se acompañó al escrito de oposición y que contiene la protocolización de los títulos coloniales referentes a las tierras de 'Sabananegra' o "Cañaguatal", dedúcese que desde la solicitud hecha por el Alférez Eufracio Cavarcas al Virrey don Sebastián de Eslava para que se le adjudicaran ocho caballerías de tierras en el sitio de Sabananegra, hasta el remate de ellas y sus adiudicación al solicitante, se cumplieron a cabalidad todos los requisitos que exigía la legislación vigente entonces. En efecto: hecha la referida solicitud, se ordenó la mensura del terreno, trabajo que fue ejecutado por el agrimensor don Paulino Joseph Lobo, nombrado por las autoridades respectivas, quien tomando por unidad de medida la cuerda de 100 varas castellanas midió las ocho caballerías de tierra y determinó los linderos de ellas, de cuyo levantamiento acompañó el plano respectivo. Luego las tierras fueron avaluadas por el funcionario competente, a razón de veinticinco pesos cada caballería. Estas diligencias pasaron al Virrey Eslava y por orden de éste al Juez de ventas y composiciones de tierras, quien previo concepto del práctico oficial en mensuras y avalúos, aprobó lo hecho y dispuso la subasta correspondiente. Para llevarla a cabo se dieron los pregones del caso y hubo diversos postores. Por último, el primero de diciembre de 1.747 las tierras fueron adjudicadas al propio solicitante Alférez Cavarcas, quien ofreció treinta pesos por cada caballería, y el 7 del mismo mes y año, una vez consignado el valor del remate, se aprobó este por el Juez, quien ordenó la expedición del título.

El acto de adjudicación está concebido en los siguientes términos: "Hen conformidad de la exhivición hecha y de la facultad Real que en mi Rezide en nombre del Rey Nro Señor (que Dios-Gue) hago la venta y enagenación de las dhas ocho caballerías de tierra que comienzan en el paso de Missa Jar corriendo por el arroyo abajo a mano derecha siguiendo el rumbo Norueste Sueste, a buscar un árbol llamado Roble a distancia de dos mil cuatrocientas cincuenta varas en que también hay otro llamado Gigueron que hace frente a el otro, y pasando el arroyo por medio sirven de segundo lindero y por dho rumbo arroyo abajo hasta pasar el desaguadero del Arroyo que llaman Manga donde sirven de linderos otros dos palos nombrados Carita el uno y Ceyba de Leche el otro que está en lo alto del Barranco de dho arroyo quedando en tal mediania otros dos árboles por linderos nombrados Carita y Camahoduro y en los antecedentes hace esquina y lindero final de aquella frente y mudando el rumbo, quedando por punto fixo la Ceyba de leche y Carita, del Nordeste Sudeste a buscar un árbol llamado Chicharrón a distancia de dos mil cuatrocientas cincuenta varas habiendo atravesado los caminos que van de al sitio de Sabanalarga y el de Manga a la Ponedera y Barranca de Julio y de este a un árbol de majagua que siguiendo el mismo rumbo está frente a otro nombrado Guayacán a orilla de un arroyo nombrado comunmente el Sanjón de el Barro; y de éstos a buscar un árbol de Gateado que está en una loma que llaman del Rincón frente a otras dos Ceybas una de Leche y otra de Batea que hacen esquina a la segunda frente del cuadro porque de allí mudado el rumbo Sudeste Noroeste, hasta topar un palo llamado León que está siguiendo la línea de un barranco alto de el arroyo nombrado Carreto asia sus desaguaderos en el de Manga, desde el cual corre otro a distancia de dos mil quatrozientas y cinquenta varas puesto en un árbol de Jobo y otros majagua y camahoduro quele hazen frente junto a una peña adentro de la trocha veynte o veynte y zinco varas y de este siguiendo la misma línea y rumbo Sueste Norueste, sigue la frente atravesando el camino que va de aquel sitio a Savana Larga donde cruza su curso en dho camino hasta un árbol que llaman asituno que está en seguimiento de otro que llaman Guayacán donde hase esquina la tercera frente, desde la cual mudando el rumbo al sudoeste nordeste a buscar el paso de Missa Jar serrando el quadro señalándose en varios parajes los linderos en distintos palos y estos y los demás se conocen por las cruzes que en ellos están hechas según refieren las diligencias quedando en figura cuadrada la tierra que comprenden las dhas cavallerías de tierra deslindadas y declaradas en esta venta que hago al dho Alférez Dn Eufrazio Cavercas desde ahora y para siempre...." (Fs. 42 vuelto a 44 de la citada escritura).

Estudiando estas diligencias desde el punto de vista de la determinación del terreno, la Sección Técnica del Ministerio de Minas expresa los siguientes conceptos y conclusiones, que ilustra con un croquis trazado al efecto:

"Consta que fue utilizada una cuerda de cien varas castellanas para la medida de las tierras; que se inició esta medida en el punto llamado de Missa Jar en el arroyo Grande y se siguió por éste aguas abajo en dirección del noroeste al su-

reste, midiendo en dos días 2929 varas; que luego siguiendo el rumbo noreste al suroeste se midieron en otro dos días 6930 varas;.. luego se midieron con el rumbo del sureste al noroeste 6930 varas y de la extremidad a que se llegó otras 6930 varas con el rumbo suroeste al nordeste empleando dos días en cada lado, hasta volver al punto de partida. El tiempo gastado en la medida es razonablemente admisible y con los demás datos incluídos permite ver que se efectuó en el terreno. Si en este se encuentra ahora el punto de partida llamado Misa Jar y sabiendo que el primer lado medido coincide con el cauce del arroyo Grande, es posible localizar el predio medido. De los datos consignados en las actas de medida y los suministrados después por el agrimensor se dedujo la figura indicada en el croquis adjunto, la que después comparada con el plano que se encontró en el expediente resulta bastante parecida....".

"Buscando en el plano de la propuesta y en el Mapa de los Departamentos del Atlántico y Bolívar de la Oficina de Longitudes los detalles topográficos que suministra el documento colonial estudiado, en el plano se encuentra, de aquellos, un trayecto del arroyo llamado Manga o Grande, a partir de su desembocadura en el Magdalena cerca de la población de Ponedera y que toca en una pequeña parte en el lote de la propuesta. Localizado éste en el mapa, en éste se encuentra el arroyo Grande y el Manga que desemboca en aquel, ambos lejos de ese lote.... Como según la descripción del terreno en la escritura que se ha venido considerando y en los linderos que figuran en el memorial, uno de los lados del cuadrado que forman ese predio es el cauce del arroyo grande aguas abajo entre el paso de Missa Jar y un poco adelante de la confluencia del arroyo Manga, puede localizarse aproximadamente allí el predio, como se ve en la adjunta copia del mapa, y resulta fuera del lote de la propuesta.... Para una localización satisfactoria y para ver su relación exacta con tal lote se requiere inspección sobre el terreno". (fl. 109 v. cuaderno principal).

A su vez la Procuraduría expresa, tanto en relación con la validez jurídica del título como acerca de la localización, los siguientes conceptos:

"La solicitud del señor Cavarcas fue despachada favorablemente y se cumplieron debidamente todas las diligencias necesarias para el perfeccionamiento del título, el cual en medidas modernas comprendería una extensión igual a 3.355 hectáreas con 1.576 metros cuadrados.

"Ahora bien: con los solos datos que arrojan los documentos presentados con la oposición, no es posible hacer una localización satisfactoria de esa extensión de terreno, en relación con los terrenos de la propuesta y, de acuerdo con ellos, el terreno que pretenden los opositores resultaría fuera del lote de la propuesta. Era de esperarse que en el curso del presente juicio, se presentaran nuevos elementos para rectificar o ratificar las conclusiones del Servicio Técnico, pues como éste mismo lo dijo "para la localización precisa y ver con seguridad si aquellos se superponen o nó a dicho lote, se requiere inspección sobre el terreno." (fl. 96 cuaderno Nº 9).

Por razón de método, han de examinarse previamente los conceptos transcritos sobre localización y determinación del terreno, con apoyo en los datos que suministra la diligencia de mensura y alindamiento hecha por el agrimensor Paulino Joseph Lobo en 1747, y las representaciones gráficas que obran en el expediente, a fin de comprobar si en realidad es imposible con tales elementos localizar el globo "Cañaguatal" y su situación con respecto al área de la propuesta número 131.

La Sección Técnica del Ministerio de Minas advierte que el primer lado medido corresponde al cauce del arroyo Grande, desde el punto Missa Jar hasta un poco adelante de la confluencia del arroyo Manga, y añade que "puede localizarse aproximadamente allí el predio y resulta fuera del lote de la propuesta" según se ve en la copia adjunta del Mapa del Atlántico. Se tiene pues que, según la Sección Técnica, el terreno "Cañaguatal" puede localizarse allí donde confluyen los arroyos Grande y Manga, ya que precisamente en ese punto se halla el vértice que une el primero con el segundo lado, medidos en 1747. Pero para qué se afirma que el terreno "Cañaguatal" queda fuera del lote de la propuesta? El plano de ésta, presentado por la Compañía y aceptado oficialmente, señala la confluencia de los arroyos Manga y Grande como parte del lindero norte de la misma. La localización sobre el terreno de las tierras rematadas en 1747 no ofrece dificultad porque para hacerla se tienen estas bases matemáticas: el perímetro que encierra las tierras es un cuadrado y sus lados fueron fijados y medidos desde el tiempo de la adjudicación; uno de los lados de dicho perímetro se determina siguiendo el curso del arroyo Grande, como así lo acepta la Sección Técnica del Ministerio, desde el punto Missa Jar hasta la confluencia del arroyo Grande con el arroyo Manga; fijado de esta

suerte uno de los lados del perímetro, la localización de los otros se hace matemáticamente, siguiendo los rumbos conocidos y que se señalan desde la diligencia de posesión, formándose así los ángulos y vértices hasta llegar al punto de partida. El polígono así formado debe necesariamente proyectarse al sur del primer lado, constituído por el trayecto de 6.930 varas del arroyo Grande hasta su desembocadura, y de ningún modo y en parte alguna proyectarse hacia el norte de dicho lado, porque el arroyo Manga entrega sus aguas al arroyo Grande en su margen derecha o sur, y no en su margen izquierda. De este modo resulta que como el área de la propuesta de contrato tiene como lindero norte el arroyo Grande, y como vértice N. E. la confluencia de dicho arroyo con el de Manga, de donde arranca el lindero oriental de la propuesta, el ángulo formado por estos dos linderos, o sea, el norte y el oriental de la propuesta con vértice en la desembocadura d los dos arroyos citados, encierra el terreno de "Cañaguatal", que se desplaza sobre la margen derecha del arroyo Grande.

La Sección Técnica del Ministerio comenta así la localización hecha en 1747: "consta que fue utilizada una cuerda de cien varas castellanas para la medida de las tierras; que se inició esta medida en el punto llamado Missa Jar en el arroyo Grande y se siguió por éste aguas abajo en dirección de noroeste al sureste, midiendo en dos días 6929 varas (primer lado fuera del área de la propuesta); que luego siguiendo el rumbo noreste al suroeste se midieron en otros dos días 6930 varas (segundo lado dentro del área de la propuesta); luego se midieron con el rumbo sureste al noroeste 6930 varas (tercer lado dentro del área de la propuesta), y de la extremidad a que se llegó, otras 6930 varas con el rumbo suroeste al nordeste empleando dos días en cada lado, hasta volver al punto de partida." (Los paréntesis son de esta Sala). Nótese que conforme al croquis hecho por la misma Sección Técnica, el arroyo Manga hasta su desembocadura atraviesa el terreno de Cañaguatal y lo divide, quedando toda la parte sur de este terreno dentro del área de la propuesta, ya que tal arroyo Manga está situado dentro de ella como se ve en el plano y como la Anglo-Colombiana de Petróleos lo dice en la "Memoria técnica y descriptiva" de dicho plano topográfico, en el aparte b) que es del tenor siguiente: "b Caños. Dentro de la solicitud.... se encuentran numerosos arroyos y caños.... La región Nordeste se desagua hacia el Magdalena y los principales cauces son los siguientes: el Arroyo Grande reunido con sus numerosos afluentes entre los cuales pueden citarse el A. Bajo, el A. Manga, Bañón y Hondo...." (folios 46 vuelto cuaderno principal). Y confirmando lo anterior, el propio apoderado de la Compañía en su solicitud de concesión, después de haber anunciado que dentro del terreno existían algunas posesiones y establecimientos de los que no se había podido averiguar los nombres de sus poseedores, en el memorial del folio 60, dice: "Como dato complementario en relación con la propuesta a solicitud antes mencionada, doy a continuación unos detalles sobre las posesiones existentes **dentro del área de la propuesta,** con los respectivos nombres de los actuales poseedores: ..**Cañaguatal Julián y César Llinás..**".

Uno de los documentos en que se apoya la aceptación de la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos hecha por la Compañía proponente es el plano topográfico del terreno y en él aparece inequívocamente, en el extremo NE., el arroyo Manga, en el trayecto próximo a su desembocadura en el arroyo Grande, como parte de lindero de la misma propuesta. Y es de tal punto, rumbo N E. SO. de donde parte el trazado del segundo lindero de "Cañaguatal" en una extensión de 6.929 varas castellanas. Si esto es evidente, como lo es, no se explica por qué, apartándose del plano de la concesión, oficialmente aceptado en el proceso administrativo, se toma una copia del Mapa del atlántico y se hace un esquema del terreno de la concesión situándolo lejos de la confluencia de los mencionados arroyos Grande y Manga, para concluir que "como se ve en la copia adjunta del Mapa, resulta fuera del lote de la propuesta" el de la oposición. En otros términos:
haciendo caso omiso del escrito de propuesta, en donde el abogado de la Compañía expresa textualmente que la posesión de "Cañaguatal" queda dentro del área de la concesión, olvidando que en la memoria descriptiva del plano se incluye el arroyo Manga dentro del lote, desconociéndo el propio plano aprobado que contiene dentro de sus indicaciones el arroyo Manga y su desembocadura en el Grande, y sin advertir tampoco que de este punto, extremo NE. de la concesión, hacia abajo, rumbo NE. SO. sigue el conocido lindero de Cañaguatal, la Sección Técnica del Ministerio, fundándose en la sola copia del Mapa del Atlántico, o mejor, en los dos esquemas trazados sobre él, concluye que el lote queda fuera de la propuesta, lo cual acoge también la Procuraduría, cuando sin explicar el examen que

haya hecho sobre el punto dice: "con los solos datos que arrojan los documentos presentados con la oposición, no es posible hacer una localización satisfactoria de esa extensión de terreno.. y de acuerdo con ellos, el terreno que pretenden los opositores resultaría fuera del lote de la propuesta."

No está de acuerdo la Corte con esta conclusión de la Procuraduría basada en la de la Sección Técnica, que a su vez, como queda dicho, se acoge exclusivamente a los dos trazados que ella misma hace sobre la copia del Mapa del Atlántico de la Oficina de Longitudes (F. 112 c. principal). La localización de las tierras de Cañaguatal está allí bien hecha puesto que parte del conocido punto de la confluencia de los arroyos Manga y Grande y sigue los rumbos indicados en el título colonial. Pero la localización del área de la propuesta no es aceptable, porque el trazado sitúa o coloca tal área lejos de la confluencia de esos arroyos, que son parte de lindero en el propio plano de la propuesta.

Ha sido doctrina de la Corte que cuando por el título mismo puede determinarse el área y concretarse en sus linderos y cabida, no es esencial la localización en el propio terreno. Tal es el caso del fundo materia de la oposición que se estudia, que fue reconocido, medido y alindado inequívocamente en el año 1747 y representa un cuadrado completo de 6.930 varas castellas por cada lado, o 5.972 metros con 787 milímetros, de acuerdo con la conversión hecha por la Sección Técnica del Ministerio de Minas. Tomando como base el punto arcifinio boca del arroyo Manga y siguiendo los rumbos y medidas indicados en el título, queda establecida la localización del terreno de "Cañaguatal", como lo demuestra la representación gráfica que la misma Sección Técnica hizo sobre el Mapa del Atlántico de la Oficina de Longitudes y también el croquis que acompaño a su estudio. No es, pues, esencial el reconocimiento objetivo sobre el terreno de los puntos de alindamiento Missa Jar, Loma del Rincón y Aceituno para conocer el perímetro de él. Aplicando las medidas y siguiendo los rumbos que se conocen y aceptan se tiene la figura del cuadrado y su localización matemática partiendo del punto en donde se unen los arroyos Manga y Grande, señalado desde el documento antiguo como uno de los vértices del terreno.

Superposición. Acerca de la relación entre el predio Cañaguatal y las tierras objeto de la propuesta de contrato ya se ha visto cómo la parte meridional del primero, desde el arroyo Manga, queda incluída dentro de las segundas, lo que quiere decir que el terreno de ésta se superpone en esa parte al de Cañaguatal.

Títulos recientes de 30 años. De los instrumentos públicos que se han agregado a los autos, todos debidamente registrados, se viene en conocimiento de que los antecesores de los oponentes adquirieron aquellas tierras de "Sabananegra" o "Cañaguatal" por los mismos linderos y cabida indicados en el título antiguo. Así en los autos aparecen los siguientes instrumentos: adjudicación hecha a José Vicente Llinás por remate público verificado el 14 de agosto de 1857 dentro del juicio ejecutivo que siguió Miguel Camilieri contra los herederos de Juan Francisco Martín, de varios terrenos entre ellas 'Cañaguatal' compuesto de ocho caballerías de tierras, como consta en la protocolización de tales diligencias hecha por escritura pública Nº 272 de 18 de marzo de 1942, Notaría Segunda de Barranquilla. Adjudicación del mismo terreno y por quintas partes a los herederos de José Vicente Llinás, señores Salud Rodríguez v. de Llinás, César Vicente, María del Carmen, Cristóbal y Julián Llinás Rodríguez, según consta de las hijuelas contenidas en las escrituras números 231 y 232 de 30 de diciembre de 1903, Notaría de Sabanalarga. Venta de María del Carmen Llinás de su cuota parte en el terreno a Blas Movilla, escritura Nº 75 de 1º de agosto de 1915, Notaría de Sabanalarga. Venta de Cristóbal Llinás de su cuota parte a Julián y César Vicente Llinás, según escritura Nº 81 de 15 de mayo de 1919, Notaría de Sabanalarga. Venta de Salud Rodríguez viuda de Llinás de su cuota parte a Cristóbal Llinás, como consta en escritura Nº 182 de 12 de noviembre de 1928, Notaría de Sabanalarga. Venta de Blas Movilla a Julio Montes, escritura Nº 4063 de 6 de noviembre de 1928, Notaría de Barranquilla. Formación de una sociedad comercial entre César, Cristóbal y Julián Llinás y Julio Montes, a la cual cada uno aportó como parte de capital sus derechos en el globo Cañaguatal, entre otros, según escritura Nº 4225 de 17 de noviembre de 1928, Notaría Segunda de Barranquilla. Liquidación de la sociedad y adjudicación de todo el terreno y por iguales partes a Julián y César Vicente Llinás, según escritura Nº 846 de 8 de Septiembre de 1944, Notaría 3ª de Barranquilla; y por último, venta de Julián y César Llinás de la tercera parte del terreno a Luis Eduardo Manotas, escritura 861 de 19 de Julio de 1940, Notaría 2ª de Barranquilla.

Los mencionados instrumentos públicos, debidamente registrados, y la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Sabanalarga (fs. 48 a 54 cuaderno Nº 12) comprueban legalmente el título en un período de treinta años anteriores a la fecha de la oposición y la actual posesión inscrita de los opositores.

Comprobado el dominio privado del petróleo sobre los terrenos de Cañaguatal, prospera jurídicamente la oposición y así debe declararse en la presente sentencia.

Oposición de la Comunidad de Isabel López

Refiriéndose el apoderado de la llamada Comunidad de Isabel López a la propuesta de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleo sobre exploración y explotación de petróleo en una porción de terreno de los municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, formuló oposición manifestando que el perímetro de las tierras a que se refiere la propuesta de contrato comprende la mayor parte de los terrenos pertenecientes a la Comunidad, que el inmueble de propiedad de ésta última salió del patrimonio de la Corona Española por adjudicación al Capitán Luis Polo del Aguila, el 27 de enero de 1724, y que por tanto el petróleo que pueda hallarse en el subsuelo correspondiente pertenece a la Comunidad.

Con la oposición se presentaron estos documentos:

1—Una copia de la escritura Nº 153 de 25 de octubre de 1939, Notaría de Sabanalarga, por la cual se protocolizó una copia del acta de la asamblea General de comuneros de Isabel López, del 22 del mismo mes, en que se nombró administrador de la Comunidad al doctor José P. Esmeral.

2—Una copia de las diligencias de posesión del doctor José P. Esmeral como administrador de la Comunidad de los terrenos de Isabel López, surtidas ante el Juez del Circuito de Sabanalarga.

3—Un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sabanalarga en el que se expresa que las tierras de Isabel López, que constan de ocho caballerías, fueron adjudicadas a Luis Polo del Aguila por el Gobierno Español, que de éste pasaron a Agustín y Tomás Polo del Aguila, de éstos a Jacinto Polo del Aguila y a su esposa Ana María Barros y luego a ésta como única dueña; que ella las vendió a Santiago de Sanjuán; que de éste pasaron a Ignacio Sanjuán y de éste a Mercedes Sanjuán a quien sucedieron sus hijos Eustaquio, Martín, Angel, Juan, Isabel y Gregoria Barros Sanjuán, y que luego pasaron a los fundadores de la actual comunidad que vino a quedar constituída en virtud de la sentencia del Juez de Sabanalarga fechada el 3 de noviembre de 1875; y por último, que esta Comunidad de Isabel López no se ha liquidado y que su administrador es el doctor José P. Esmeral.

En el término de prueba se trajo al juicio:

1—Una copia de la escritura Nº 86 de 18 de noviembre de 1925, Notaría de Sabanalarga, por la cual se protocolizó un documento sobre "organización de la Comunidad Isabel López"; y

2—Se practicó una inspección ocular en la Notaría de Sabanalarga y en ella se verificó la existencia en el protocolo de 1946, de la escritura Nº 61 que protocoliza, por presentación que hizo el doctor Patrocinio Esmeral P., "una copia del padrón de comuneros de la Comunidad y una lista alfabética de quienes han sido comuneros de dicha comunidad a partir del fallo del Juzgado de la Provincia de Sabanalarga fecha el tres (3) de noviembre de mil ochocientos setenta y cinco (1.875), todo hasta el día veintidos (22) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1.939)".

Son los anteriores los medios probatorios que en el juicio se refieren a la personería y representación de la Comunidad demandante.

De ellos aparece:

a) Por la escritura Nº 86 de 18 de noviembre de 1925, se protocolizó un documento privado, con el título "Organización de la Comunidad Isabel López", en el que se dice que el día 16 de mayo de 1925 se reunieron en la casa de habitación del señor Eusebio Consuegra, en junta preparatoria, los señores Manuel E. Fernández, en su propio nombre y en representación de Manuel Díaz y Paula Fernández de Consuegra; Ignacio Consuegra; y otras personas.. "todos los presentes y representados en este acto comuneros del globo de tierras denominado Isabel López, con el objeto de constituir legalmente la comunidad de accionistas de dichas tierras y nombrar Directores y Administrador de la misma.... Como los presentes a este acto representan tres mil novecientas tres unidades y trescientas cuatro milésimas (3.903.304) de las cuatro mil ochocientas (4.800) en que se considera dividida la propiedad del terreno mencionado de Isabel López, y como son notorios los derechos de todos los condueños presentes y representados, el señor Presidente

provisional ordenó que se procediera a la elección de Presidente.... Se procedió seguidamente a la elección de Administrador de la Comunidad....Como el señor Romelio Ramos obtuvo la mayoría de unidades en votos, el señor Presidente lo declaró electo Administrador de la Comunidad".

En la escritura Nº 153 de 25 de octubre de 1939 se protocolizó una copia del acta de la asamblea general de comuneros de Isabel López celebrada el 22 del mismo mes, en que se nombró administrador de la comunidad al doctor José P. Esmeral, quien tomó luego posesión del cargo y dio posteriormente poder al abogado que presentó la oposición.

La escritura Nº 61 de 1946 ya citada contiene, como ya se vió, una copia del padrón de comuneros.

Para que la designación de administrador de la llamada Comunidad de Isabel López sea legal y lo sean igualmente los actos realizados por éste, como el nombramiento de apoderado en el presente juicio, es indispensable que también la junta general de comuneros que eligió administrador haya sido constituída por verdaderos comuneros y no simplemente por personas llamadas así. La comprobación del carácter de comunero es necesaria cuantas veces trate de demostrarse, como en este juicio, que una reunión de personas lo fue de verdaderos comuneros o copropietarios en la comunidad. Una reunión de personas que sin tener el carácter de comuneros declaran formada una junta general, no es la contemplada en el artículo 17 de la ley 95 de 1890. No hay en este proceso tal comprobación del carácter de comuneros por parte de las personas que concurrieron a dicha reunión general. La propiedad de acciones o derechos en una comunidad es lo que realmente constituye el título en ella, y no la simple afirmación de que se es comunero. Lo que es bastante para poner de manifiesto una falla grave en la personería de la Comunidad. Parece que el representante en juicio ha querido subsanar la omisión de los títulos con las alegaciones que presenta respecto al llamado padrón de comuneros, formado como se explica en la escritura Nº 61 citada. Pero ese padrón en modo alguno sirve para constituir un título en la comunidad. El padrón es una lista de nombres de personas que el administrador reputa comuneros. En ninguna parte se encuentra apoyo a la pretensión del señor apoderado de que el padrón reemplace al título adquisitivo de derechos o acciones en la comunidad. Por las razones aquí expuestas aparece claro cómo no se halla acreditada ni la personería adjetiva ni la sustantiva de la Comunidad actora.

No estando acreditada, no hay legitimación en el proceso, ni interés jurídico de la Comunidad en la oposición que a su nombre se formuló, y por tanto tal oposición no es admisible.

Oposición de los Doctores Nicolás Llinás Vega, Luis Eduardo Manotas y otros.

El doctor Nicolás Llinás Vega, en su propio nombre, y como apoderado del doctor Luis Eduardo Manotas, en escrito presentado el 20 de mayo de 1944, formuló oposición a la propuesta de contrato Nº 131, por cuanto dentro del área del terreno señalada por la compañía proponente dice estar ubicado el globo denominado "Almadillo", que comprende las tierras llamadas "Gallego" y "Guaimaral de Orijata", de propiedad suya de su poderdante, por compra que hicieron a la Compañía Agrícola Industrial, según escritura 417 de 22 de marzo de 1924 de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, y cuyos linderos generales son:

"Cruz Vieja" del camino de Cartagena siguiendo en línea recta y dirección nordeste hasta el Barranco de 'Cristóbal Polo'; de allí en línea recta hasta el "Palmar Chiquito", cortando primeramente el camino de 'Patilla' y después 'Arroyo Patilla'; de Palmar Chiquito en línea recta hasta la boca de 'Palo Apo'; de ahí siguiendo el 'Arroyo Gallego' aguas abajo hasta sus derramaderos en la 'Ciénaga de Sanaguare'; de ahí rumbo norte, en línea recta al punto cercano a la encañada de 'Pedro Hoyos'; de esta encañada hacia el oeste a 'Carreto Grande'; de aquí en dirección noroeste a 'Palmar Grande'; de aquí al 'Salto de las Lajas'; de este salto a la boca del 'Arroyo Ospino', que sale al 'Arroyo Caracolí' o del 'Cojo'; de aquí a la Boca de 'Arroyo Barro' que sale de 'Arroyo Caracolí'; el curso de este arroyo aguas arriba hasta salir al camino de Cartagena y de este punto siguiendo el camino dicho a la 'Cruz Vieja', primer lindero'.

"De esta venta fueron expresamente exceptuados dos porciones de terreno, situado el uno entre la línea que partiendo de "Carreto Grande" va directamente al "Salto de las Lajas", porción que hoy pertenece a José de la Cruz Peña o sus herederos; y, el otro ,comprendido entre los caminos de Cartagena y Candelaria, el Arroyo Caracolí aguas arriba y la cerca del potrero de Ra-

fael Roa, porción ésta que hoy pertenece a Camilo Manotas".

Según el memorial de oposición, el globo de terreno se compone de 13 caballerías de tierras, de las cuales primitivamente 11 formaban a Almadillo y 4 a Guaimaral de Orijata. De estas cuatro, dos se juntaron a las 11 de Almadillo y con ellas se constituyó el globo de 13 caballerías mencionadas arriba.

"Estas tierras de Almadillo salieron legalmente del patrimonio del Estado desde hace mucho más de 3 siglos, y desde entonces han seguido siendo de propiedad privada, conforme a la relación que hago en seguida.....".

De ella se desprende que las primitivas once caballerías se integraron en la siguiente forma:

Dos caballerías de que se hizo merced por el Cabildo de Cartagena a don Sebastián Polo del Aguila el 24 de diciembre de 1638, "..en Tierra Dentro", en el sitio llamado Sabana Mosquera, que comenzaba el "Arroyo Barro", por el camino del "Palmar" a mano izquierda hasta lindar con las de Diego González y a mano derecha corriendo por el "Palmar Chiquito" hasta el "Arroyo Gallego" siguiendo por el Arroyo que va a juntarse con el "Arroyo Gallego", que es "Paluapo".

Ocho caballerías de que el mismo Gabildo de Cartagena hizo merced el 26 de septiembre de 1644 a don Francisco Castelbondo, "que comenzaban a correr desde el Arroyo llamado Ospino, seguía 'Arroyo Caracolí', lindando con dos caballerías que pertenecían a Bartholomé Palencia.

Tanto don Sebastián Polo del Aguila como don Francisco Castelbondo hicieron cesión de las anteriores tierras el 27 de diciembre de 1638 y el 4 de noviembre de 1644, respectivamente, a Bartholomé Palencia, "quien de este modo tenía ya, desde 1644, 10 caballerías con estos linderos: 'Arroyo Barro', 'Arroyo Ospino', 'Arroyo Caracolí', 'Palmar Chiquito', 'Arroyo Gallego', bañadas en gran extensión por el 'Arroyo Armadillo' (hoy almadillo), de donde tomaron su nombre'.

Una caballería de que era propietario Juana de Avila, quien adquirió las diez anteriores de don Francisco Palencia, hijo de Bartholomé Palencia.

Las once caballerías de Juana de Avila pasaron a su hijo el Teniente Pablo Jiménez y de éste a don Juan Bruno de Cueto, quien pidió su deslinde y una vez practicado tomó posesión de ellas dentro de estos linderos:

'Sitio Viejo de Caracolí' 'camino real de Cartagena,, 'Palmar Chiquito', 'Boca de Paluapo' en 'Arroyo Gallego', 'Arroyo Gallego' aguas abajo hasta llegar a las tierras llamadas 'Guaimaral de Orijata' en la 'Ceiba de Leche'; 'Palmar Grande', 'Primera Poza' (hoy Salto de las Lajas), 'Boca Arroyo Barro' y 'Arroyo Caracolí' o 'Sitio Viejo de Caracolí'.

Guaimaral de Orijata. De la misma relación que hace el opositor se desprende que las otras dos caballerías, que completan las 13 de que se compone el terreno por el cual se formula oposición, tienen el siguiente origen:

El 1º de julio de 1625 el Cabildo de Cartagena hizo merced a Diego González de 4 caballerías de tierras en "Tierra Dentro" para una estancia, en el Guaimaral, en el arroyo que llaman "Orichata", hoy Orijata. En 1630 González las cedió a Miguel de Ariza y de éste pasaron a Juan y Luis López de Ariza y Joseph de las Salas. Las 2 caballerías de Joseph de las Salas pasaron a su mujer María Navarrete, y las otras dos de los Arizas pasaron a Valeriana de Rivera, mujer de Luis Ariza. De estas dos señoras pasaron a Juan Manuel Mercado y de éste a su hijo legítimo Pedro Joseph Mercado y a su viuda Josefa Caballero de Mercado. De éstos a Vicente Cantillo y de éste a su heredero Juan Nicolás Cantillo, quien las vendió a Pedro José Manotas el 5 de febrero de 1780. Posteriormente dos de esas caballerías fueron adquiridas por Juan Francisco Martín de quien las hubo el doctor José Vicente Llinás, antecesor del opositor.

De estas dos caballerías que se juntaron a las once de Almadillo, se dan en el memorial de oposición los siguientes linderos: "de 'Palmar Grande' pasando el arroyo 'Guaimaral de Orijata' en dirección a la montaña de 'Pedro Hoyo' a mano derecha, es decir, hacia el sur."

El origen de la propiedad y transferencias subsiguientes de que habla el opositor respecto a las 11 caballerías de tierras conocidas con el nombre de **Almadillo** se encuentran en la escritura Nº 1462 de 19 de noviembre de 1.913, Notaría Pública de Circuito de Barranquilla, que contiene la protocolización de "unas copias correspondientes a los títulos de propiedad de los terrenos denominados "Juan Bruno Cueto", "Caño del Rosario" y Guaimaral de Orijata", situados entre los distritos de Candelaria y Sabanalarga". Dicha escritura forma el cuaderno Nº 6 del expediente.

A folios 2 vuelto y 3 de esa escritura se transcribe el acuerdo del Cabildo de Cartagena por el cual se resolvió la petición de don Sebastián Polo del Aguila para que se le hiciera merced de ocho caballerías de tierra cuyos linderos señala, peti-

ción que fue resuelta así: "I visto por este Cavildo lo pedido por Dn Sebastián Polo, se le hizo merced de dos caballerías de Tierras, en la parte que la pide....y si se hubiera de medir, sea a su costa....."

A folios 4 y 4 vuelto aparece la cesión que Sebastián Polo hizo a Bartolomé Palencia "con los linderos antezecedentes en el título, desta otra parte de que (comido) me dieron dos Caballerías de Tierras las Cuales por no haberlas menester (comido) doy zedo y traspaso en Bartholomé de Palencia para que las goze, cultive y labre como propias...."

A folios 5 a 7 se encuentra la petición de Francisco Castelbondo para que se le haga merced de ocho caballerías de tierra "que empiezen a correr desde el (comido) ..yo que llaman del Espino que viene (comido) las Rozas que labró Alonzo Garzía con (comido) un arroyo de Caracolí corriendo dho arroyo avajo a man derecha linde con tierras de Bartholomé de Plasenzia y por frente linde con tierras de Joan Andres de Morales y con tierras de Isavel de Solis, mujer de Miguel de Hariza. "Así lo acordó y dispuso el Cabildo

A folios 7 y 7 vuelto, figura la declaración de Francisco Castelbondo de que las tierras dadas en merced a él, son y pertenecen a Bartholomé de Palencia por haberlas pedido para él y por orden suya.

Al folio 54 vuelve a aparecer un documento relacionado con los anteriores. Es la petición de Juan Bruno de Cueto al Teniente de Gobernador, que dice:

"Juan Bruno de Cueto, vecino del sitio de Sabanalarga, jurisdicción de esta ciudad y residente en ella, ante U. Sa. parezco y digo, que: yo poseo por mías propias en dicho sitio once caballerías de tierras las que hube y compré al Teniente Pablo Jiménez, cuyos linderos constan en el testimonio de escritura que el susodicho me otorgó ante don Juan Gregorio Páez de Rivera, Capitán a guerra del partido de Real de la Cruz, y en el de merced hecha por el Muy Ilustre Cabildo de ésta, que uno y otro exhibo con la solemnidad necesaria suplicando a Usía se sirva mandar se me devuelvan y porque a mi derecho conviene el que judicialmente se me de posesión de dichas once caballerías de tierra suplico a U. Sa. se sirva expedir su mandamiento de amparo y posesión de ellas....."

En los folios siguientes y hasta el 86, se hallan las diligencias relativas al reconocimiento de sitios y puntos de alindamiento, comenzando".... a poca distancia del sitio de Sabanalarga hicieron alto en una sabaneta que dijeron ser la sabana de Mosquera que dice en el título de la posesión a comprado el dicho Bruno —Contenido en dichos autos y en atención a ser el paraje en cuyos términos señala el dicho título la demanda del primer lindero es el título de la merced de las dos caballerías de tierra que en el lugar citado se expresan demorar en las cabeceras del Arroyo del barro.."— De aquí siguió el personal de la diligencia reconociendo sitios de alindamiento entre los predios materia del deslinde y el de diversos circunvecinos, indicándose en general los siguientes nombres: Arroyo Caracolí, Arroyo Ospino, posa en el camino del Palmar, paraje las Piedras que está en el camino de Monte Grande, loma llamada Caliche, boca de Paluapc, Arroyo Gallego, Palmar Chiquito, Arroyo Armadillo, Guimaral de Orijata.

Luego al folio 86 vuelto se lee: "En veinte días de dicho mes y año yo el dicho Alcalde dije que en atención a estar conducidas las diligencias de el deslinde que conforme a los llamamientos de los títulos de Juan Bruno de Cueto y los demás de los circunvecinos cuyo reconocimiento consta de estos autos debía de mandar y mando se pase a señalarlos y amojonarlos para que dentro de ellos se le de la posesión como está mandado a Juan Bruno de Cueto con citación que se les hará a—qu para que a ella quisieren asignándoles el día en que se haya de ejecutar.... En veintitrés días del dicho mes yo el dicho Juez en cumplimiento de lo mandado en el auto antecedente habiendo prevenido a Juan Bruno de Cueto salí a efecto del amojonamiento de los linderos que se ha averiguado por pertenecientes a las mercedes—ta haberle he—Jiménez y habiendo llegado al paraje en que— Cabeceras del Arroyo Caracolí y camino Real que de este sitio va para la ciudad de Cartagena en donde hace separación la tierra de las herederas de Don Juan Orencio de Cuestas y los Calvos, en cuyo paraje se puso una Cruz de Palo de corazón con un montón de piedras que le sirven de Pedana con lo que se señaló este llamamiento que es el que —— uno de los títulos del nombrado Bruno, corre por todo el arroyo Caracolí abajo, hasta donde sale el que llaman de barro.... En dicho día yo el Alcalde asímismo pasé al enunciado Palmar Chiquito y en él al pie de la nombrada ceiba de leche que allí hay con la Cruz que se dice en la diligencia en folio veinte——tos autos que p——de Piedras con que se señaló este paraje dejando por señal del lindero del Arroyo Paluapo que a este se sigue la boca que sale de él a el de Gallego por ser

conocida y por división de las tierras antiguas que por este frente se dice tienen los sucesores de Carvajal todo el Arroyo para abajo hasta el **Guimaral de Origata** que para que así conste lo pongo por diligencia...." — "En veinticuatro días de el dicho mes y año yo el dicho Juez en continuación de estas diligencias....salí con el nombrado Juan Bruno de Cueto a los linderos que faltan por amojonar y habiendo llegado a este de Guaimaral de Origata al pie de la ceiba de leche que aquí se señala y consta de la diligencia al folio cincuenta y dos hice parar una cruz con un montón de piedras a el redor con la que quedó señalado este lindero por el de Guaimaral de Origata y para que así conste lo pongo por diligencia.." - "En dicho día yo dicho el Juez habiendo pasado del antecedente a este lindero de **Carreto** y reconociéndole señalado con las cruces que tiene estampadas se lo día a conocer a el dicho Bruno por lindero padrón de división de la que en este lugar hace su posesión con la de Juan Manuel Mercado, y para que así conste lo pongo por diligencia.... En dicho día habiendo llegado al lugar asignado por el de Carreto grande y a la palma en que terminó la trocha de el deslinde del Arbol de carreto a el pie de ella se emontonaron unas piedras y la misma palma se señaló con una cruz quedando constituída en lindero y mojón de división de la tierra que hasta este paraje corre perteneciente a Juan Manuel Mercado, y para que así conste lo pongo por diligencia.... En dicho día yo el Juez habiendo pasado del lindero antecedente a este nombrado el de la **primera Poza** del camino que va a el Palmar establecí por mojón y padrón de la división que hace en ella la tierra del dicho Juan Bruno de Cueto y Juan Manuel Mercado a la ceiba de leche que se dice en la diligencia que corre desde la foja diez y siete vuelta estar sobre dicha poza en que están en señal de que le ha sido algunas piedras; y para que así conste lo pongo por diligencia.." En dicho día yo el Alcalde habiendo pasado de el lindero antecedente al paraje de la boca del **Arroyo que llaman del Espino** desde donde va para abajo con el arroyo de Caracolí en donde mandé poner otra Cruz como la del camino Real que va para Cartagena cerca de las cabeceras del mismo Arroyo y con ella se señaló este lindero por padrón de división de tierra que con la de —— a parte—— antisimo sa—Parroquia de Sabanalarga y para que así conste lo pongo por diligencia.. - "En el dicho día mes y año dicho yo el dicho Juez habiendo pasado del lindero antecedente a este paraje de la boca nombrada del Arroyo del barro la hice señalar con otra cruz y mojón de piedras...." Terminadas las diligencias dispuso el funcionario la citación de los vecinos "a verle dar la posesión a Bruno de Cueto y decir lo que sobre ella se le ofrezca". "En dicho día treinta de octubre habiendo llegado yo el dicho Juez a este sitio que llaman del Arroyo Caracolí en que tiene el asiento de su hato de ganado bacuno Juan Bruno de Cueto con asistencia de Juan Manuel Mercado que fue el único de los interesados circunvecinos dueños de tierra que concurrió de los citados, y otras personas que se hallarón presentes le dí al dicho Bruno la posesión formal actual, personal, civil el——aci de la tierra que comprende los linderos de la cruz que se puso en el camino real que va para la ciudad de Cartagena cerca de las cabeceras del arroyo de Caracolí...." (El subrayado es de la Corte).

GUAIMARAL DE ORIJATA. Respecto de las dos caballerías de tierra que se tomaron de Guaimaral de Orijata y que completan las trece caballerías de tierra objeto de la oposición que se estudia, se hallan los siguientes documentos protocolizados en la misma escritura 1.462 de 19 de noviembre de 1913 (cuaderno Nº 6).:

Solicitud de Diego González al Cabildo de Cartagena para que le hiciera merced de seis caballerías de tierra "en la tierra dentro en el juaimaral pasado el arroyo que llaman oerichata corriendo a mano derecha hacia el palmar grande por la mano izquierda arroyo del juaimaral abajo hacia la montaña que llaman de Pedro Hoio..", y la merced que dicho Cabildo le hizo de cuatro caballerías solamente en dicho sitio el 1º de julio de 1625 (folios 26 a 27)

La declaración de Diego González el 4 de junio de 1630, de que las tierras a él mercedadas eran de Miguel de Ariza a cuyo nombre las había pedido (f. 27 v.)

La venta que Juan López de Ariza, sucesor de Miguel de Ariza, hizo a los señores Luis López y José de las Salas (f. 37).

La venta de Rosa María Navarrete viuda de José de las Salas a Juan Manuel Mercado, de dos caballerías de las 4 de que se viene hablando (f. 29 vuelto).

La venta de Valeriana Rivera viuda de Luis de Ariza, de las otras dos caballerías al mismo Juan Manuel Mercado (f. 31).

La venta de Josefa Caballero viuda de Juan Manuel Mercado a Vicente Cantillo, el 11 de noviembre 1775, de las cuatro caballerías. Y,

La venta de Juan Nicolás Cantillo, hermano

de Vicente Cantillo, a Pedro José Manotas el 5 de febrero de 1780 (fs. 51 y 52.)

Se dice en el memorial de oposición que dos de las caballerías de tierra que corresponden a "Guaimaral de Orijata" se juntaron a las once de "Almadillo" y pasaron a la propiedad de don Juan Francisco Martín. Estas transferencias no constan en los documentos allegados al juicio. Solamente en la escritura 272 de 18 de mayo de 1942, Notaría de Barranquilla, que obra de folios 1 a 8 del cuaderno Nº 6 (oposición), por la cual se protocolizaron varios documentos a solicitud del doctor Luis Eduardo Manotas, se viene en conocimiento de que el 14 de agosto de 1857, dentro del juicio ejecutivo que siguió Manuel Camilieri contra los herederos de Juan Francisco Martín, se remataron en favor del señor José Vicente Llinás las tierras de Cañaguatal, compuestas de ocho caballerías; Caño del Rosario, compuestas de cuatro caballerías; Almadillo con trece caballerías; Isla del Toro con ocho caballería e Isla de Bohórquez con cuatro caballerías. Que el nueve de diciembre del mismo año de 1857, por orden del Juzgado del Circuito de Sabanalarga, se hizo entrega real al señor José Vicente Llinás de las tierras de ALMADILLO, por los siguientes linderos: Sitioviejo, punto primero siguiendo al este y atravesando el arroyo Salado y las sabanas, al arroyo del Medio, después a la Poza de Barreto y a la Loma del Limón, de ahí al barranco Cristóbal Polo situado a orillas del arroyo Almadillo y atravesando éste a los Majuagos Blancos; de éste atravesando el arroyo Patilla se pasó a la toma de Javarial de Cavarcas y a Palmar Chiquito; de ahí hasta los derramaderos donde se juntan los arroyos de Cavarcas y Cambuta, y de aquí a la boca de Palo Apo. "Después se buscaron los linderos de Orijata tomando del arroyo y corriendo a mano derecha por el Palmar-Grande, después por la izquierda se tomó el arroyo del Guaimaral saliendo a la montaña de Pedro Hoyos..son todos de las trece caballerías de tierra de Almadillo." (fs. 4 y 4 vuelto, cuaderno de la oposición).

Observaciones de la Corte.

Al estudiar los documentos que hasta aquí se han mencionado se observa lo siguiente: don Sebastián Polo del Aguila en su petición de merced de ocho caballerías de tierras, indicó que ellas estaban "en el distrito de savana mosquera que empiezen desde la (comido) del Arroyo del Barro corriendo por mano izquierda, por la primera para que esta en el camino del Palmar hasta lindar con tierras de Diego (comido) por mano derecha, corriendo por el Palmar Chiquito con tierra de Juan de León de Castillo al arroyo del Galle (comido) por el arroyo que va a ajuntarse con el dho arroyo del Gallego". Al concedérsele la merced por dos caballerías solamente "en la parte que la pide.... y si se hubiera de medir sea a su costa..", y no habiendo constancia alguna sobre los linderos y medición de esas dos caballerías mercedadas, indudablemente ha de concluírse que los linderos por él señalados se refirieron a extensión mucho mayor de la que efectivamente se le dió, o sea la de ocho caballerías a que se refirió la solicitud. A su vez, a don Francisco Castelbondo se le hizo merced de ocho caballerías de tierras "que empiezan a correr desde el (comido) yo que llaman del Espino que viene (comido) de las Rozas que labró Alonzo Garzía con (comido) 1 arroyo de Caracolí corriendo del dho. arro avajo a man derecha linde con tierras de Bartholomé de Plasenzia y por frente linde con tierras de Joan Andrés de Morales y con tierras de Isavel Solís, mujer de Miguel de Ariza". Como puede fácilmente advertirse englobando las diez caballerías de tierras que acaban de mencionarse, que pasaron a Bartolomé Palencia, ellas están indicadas por linderos que desde su origen son inciertos, tanto en lo que se refiere a la extensión que abarcan, como en cuanto a su localización; la boca del arroyo Barro y arroyo Gallego son las indicaciones geográficas que se mencionan como puntos de unión de linderos con tierras de Diego y de Juan León de Castillo; esto en las dos primeras caballerías, y en las ocho restantes son arroyo Ospino y arroyo Caracolí como puntos de linderos de las Rozas que labró Alonzo Garzía, tierras de Bartolomé Palencia, de Andrés Morales y de Isavel Solis. Obviamente debe concluírse que la sola mención de tres puntos arcifinios en tal gran extensión —diez caballerías— no da idea de la forma o perímetro del terreno ni determinar su localización. Si a esto se agrega que la otra caballería de tierra, con la que se completan las once de almadillo, que se dice pertenecía a Juana de Avila, no está descrita en ningún documento y por tanto se desconocen su localización y sus linderos, con mayor razón se deduce que los títulos antiguos relacionados no sirven por sí solos para identificar el mencionado terreno de "Almadillo".

No obstante, lo anotado no es suficiente para descartar en absoluto la identificación, puesto

que existe un título posterior de evidente trascendencia en el estudio que se adelanta sobre el particular. Trátase del deslinde y amojonamiento que pidió Juan Bruno de Cueto en 1.747 para que judicialmente se le diera posesión de las once caballerías de tierra mencionadas antes. La respectiva petición fue acompañada de los títulos que dicho señor poseía sobre la propiedad de las tierras, consistentes como ya se vió, en un testimonio de escritura que le otorgó el vendedor Pablo Jiménez, y otro de "merced hecha por el Muy Ilustre Cabildo de ésta, que uno y otro exhibo con la solemnidad necesaria", documentos que examinados por las autoridades de entonces fueron hallados suficientes para decretar lo pedido y ordenar en consecuencia el deslinde por los puntos que esos títulos indicaban. Los linderos de esos títulos encerraban un área posiblemente superior a la que en realidad correspondió a la merced hecha primitivamente a Sebastián Polo del Aguila, pero transferida por éste con dichos linderos a Bartolomé Palencia y de él hasta llegar a Bruno de Cueto en 1747, vino a establecerse en el hecho la posesión sobre la extensión total conocida por los linderos mencionados en los dos títulos, y así fue entregada al solicitante Bruno de Cueto. Esta diligencia de deslinde y posesión debe pues analizarse para saber si de sus términos se deduce la identificación y localización del terreno.

Acerca de tal diligencia de deslinde la Procuraduría acoge las conclusiones a que llegó el Departamento Técnico del Ministerio de Minas en su estudio de las oposiciones, que dice en lo pertinente:

"Indicándose en la descripción varios sitios y líneas arcifinios, como Arroyo de Caracolí, Arroyo del Barro, Palmar Chiquito, Arroyo Paluapo, Arroyo Gallego, Guaimaral de Orijata, Arroyo del Espino, pero no estando indicada su localización ni en qué parte sirven de lindero, tampoco dan idea del terreno. Buscando esos sitios y líneas en el mapa del Atlántico y Bolívar de la Oficina de Longitudes, en la región donde está el lote de la propuesta número 131, sólo se encuentran el arroyo Caracolí dentro del lote, y a larga distancia del Caracolí el arroyo Gallego al norte del de Barro. Seguramente ese arroyo Barro no es el mismo de que habla la escritura, porque en ésta se indica que es un afluente del Caracolí, como puede verse entre otros en estos apartes: "....hasta llegar a un p raje en que hace boca un arroyuelo para salir a otro que nombran de Caracolí, la que dijeron ser del nombrado Arroyo del Barro...." (hoja 68), y "...corre por todo el arroyo de Caracolí abajo, hasta donde sale el que llaman de Barro...." (hoja 87 vuelta). Se requiere pues mejor información, y ojalá acompañar un plano para determinar los detalles del deslinde a que se refiere la escritura. Y aún hallados los linderos que se recorrieron en ese deslinde queda por determinar si ellos abarcan la extensión de las once caballerías de que dijo ser dueño el señor Cueto y de las que solicita posesión, o si comprenden una extensión mayor dentro de la que hay que fijar esas once caballerías de tierra." Refiriéndose al comienzo de la diligencia de deslinde, trae éstas observaciones: "La parte que dice: 'a poca distancia del sitio de Sabanalarga' parece que sea el principio o punto de partida de los linderos del terreno perteneciente al señor Cueto....faltó fijar cuál es esa 'poca distancia del sitio de Sabanalarga' y a partir de qué punto de la población. En la larga descripción que sigue si bién se indican rumbos a algunos alineamientos, no les fue determinada longitud; de modo que con esos solos datos y sin saber el punto de partida, es imposible localizar el terreno."

El apoderado de los opositores, refiriéndose en su alegato de fondo a los conceptos transcritos, dice: "....obsérvase cómo el funcionario extralimita su celo y no quiere proyectar sus consideraciones sobre el plano de la propuestas, que es un documento oficial o reconocido por el estado, sino que se arma del incompleto y equivocado mapa de la Oficina de longitudes para decir que la superposición no puede sostenerse a la sombra de tan amables como idóneos instrumentos. Sin embargo, al ver el mapa de la propuesta no podemos menos que encontrar allí algunos nombres que nos son familiares, hecha la anterior revisión del proceso escriturario, y que son suficientes para demostrar que dentro de la propuesta se encuentran la mayor parte de los terrenos materia de esta oposición, pues allí están los Arroyos del Cojo o Caracolí, Cambuta y Gallego, y los sitios de la Cruz, Gallego, Sanaguare y Orijata, que son los linderos principales del globo objeto de la oposición...."

Como ya se vió en las transcripciones de la diligencia de deslinde de 1747, ella comenzó en las cabeceras del Arroyo Caracolí y siguió por éste hasta su desembocadura en el Arroyo Barro, y de aquí a los sitios denominados Palmar Chiquito, Arroyo Paluapo, Arroyo Gallego, Guaimaral de Orijata, Carreto, primera poza del camino que va al Palmar, Arroyo Ospino y nuevamente Arro-

yo Barro. Al mencionarse en la diligencia tales sitios se indican rumbos a algunos de los alinamientos pero no las distancias. Es indudable que sobre el tereno, los datos mencionados son insuficientes, no obstante que, como lo advierte la para la localización e identificación del predio Sección Técnica del Ministerio de Minas, en el mapa del Atlántico de la Oficina de Longitudes, en la región donde está el área de la propuesta, se encuentran el arroyo Caracolí, el Arroyo Gallego y el Arroyo Barro, y en el plano de aquella se encuentran además los sitios la Cruz y Orijata. Por consiguiente, con los solos datos que arroja este documento no se puede determinar satisfactoriamente el terreno de que se dió posesión a Juan Bruno de Cueto en 1747.

Se tiene pues que tomados aisladamente los títulos primitivos, de una parte, y la diligencia de deslinde a Bruno Cueto en 1747, de otra, cada uno de esos documentos por sí solo resulta insuficiente ara determinar con precisión las tierras de que se trata. Pero como ya se vió, hay otras diligencias que desde el punto de vista de la identificación de las tierras suministran importantes elementos de juicio. Aparecen ellas protocolizadas en las escrituras números 272 de 18 de marzo de 1942, Notaría Segunda de Barranquilla, y 66 de 9 de marzo de 1944, Notaría de Sabanalarga (fs. 1 a 8 y 13 a 17, respectivamente, del cuaderno Nº 6). Tratan del remate llevado a cabo dentro del juicio ejecutivo que adelantó Miguel Camilieri contra los herederos de Juan Francisco Martín, por el cual el señor José Vicente Llinás, entre otras, las tierras de Almadillo y Guaimaral de Orijata. De ellas resulta que una vez efectuado el remate, pagado su valor por el rematante y aprobado por el Juez del Circuito de Sabanalarga, este funcionario dispuso la entrega y posesión de las tierras al adquirente, lo cual tuvo cumplimiento el día 9 de diciembre de 1857. Allí puede leerse:

"En Sabanalarga a nueve de diciembre de mil ochocientos cincuenta y siete, los señores Juez del Circuito Basilio Molino, José Vicente Llinás, rematador, los peritos Agustín Gómez y Gabriel Ariza, por ante mí el Secretario, llegamos todos al lugar nombrado de Sitio Viejo, cuyo punto es el primero de los linderos de las tierras de Almadillo y mirando siempre al Este, y después de habernos detenido un poco en este lindero, seguimos atravesando el arroyo Salado y las sabanas, siguiendo la misma línea, al arroyo del Medio otro de los linderos de las tierras; habiéndonos detenido otro espacio de tiempo, después seguimos a la Poza de Barreto: dejando dicha Poza se tomó dirección a la toma del Limón de ahí seguimos al barranco llamado Tío Cristóbal Polo situado a orillas del arroyo de Almadillo, y atravesando el arroyo se llegó a los Majuagos Blancos señalados con tres cruces; de los Majaguos Blancos atravesando el arroyo de Patilla se llegó después a la toma de Javaral de Cavarcas hasta Palmar Chiquito; de ahí seguimos hasta los derramaderos donde se juntan los arroyos Cavarcas y Cabuta donde está una ceiba de leche. Después seguimos en dirección al lugar denominado boca de Palo Apo.... "Después se buscaron los linderos de Orijata tomando el arroyo y corriendo a mano derecha del Palmar Grande; después por la izquierda se tomó el arroyo de Guaimaral saliendo a la montaña de Pedro Hoyos.... Los linderos acabados de nombrar son todos los de las trece caballerías de la tierra de Almadillo."

Otro hecho importante es el amojonamiento de las tierras de Guaimaral de Orijata, en el juicio de deslinde promovido por los señores Nicolás y José Vicente Llinás en 1880, cuya sentencia aprobatoria tiene fecha 15 de julio de dicho año. En lo pertinente este documento expresa que se practicó la diligencia el 5 de abril anterior, fijándose "....como linderos extremos y angulares del terreno mencionado los cuatro puntos siguientes: 1º Derramaderos del Arroyo Gallego.. 2º Encañada de Pedro Hoyos.. 3º Carreto Grande; 4º Arroyo Gallego". "....y venidos por medio de trochas se procedió a la mensura del terreno y resultó: que la línea tirada de Sanaguare viejo en dirección norte a la quebrada de Pedro Hoyos mide seis mil seiscientos ochenta y ocho metros; la tirada de esa misma encañada en dirección oeste a Carreto Grande mide mil seiscientos cuarenta; la tirada de Carreto Grande en dirección sur a Arroyo Gallego y paralela a la tirada de Sanaguare viejo a la encañada de Pedro Hoyos en dirección Norte, mide seis mil seiscientos ochenta y ocho metros; y que de Arroyo Gallego en dirección Este, siguiendo todas las ondulaciones de ese Arroyo hasta Sanaguare viejo se miden dos mil doscientos sesenta metros.. Y el Juzgado, para descubrir la extensión superficiaria de la figura que se ha trazado, dispuso tirar una línea perpendicular entre las dos paralelas antedichas, la cual midió mil doscientos cincuenta y cuatro metros y ejecutada la operación matemática del caso resultó que aquella figura contiene dos caballerías de tierra, con una pequeña diferencia

en contra de los actores..." Se ordenó levantar mojones en cada uno de los cuatro linderos principales, pudiendo establecer mojones intermedios "pero guardando la dirección recta de los principales". Luego se dispuso dar posesión de las tierras deslindadas a los demandantes, previa citación de todos los colindantes, lo que efectivamente se hizo.

El 22 de abril de 1907, en cumplimiento de la sentencia dictada en un juicio de deslinde y amojonamiento seguido por el doctor Nicolás Llinás en dicho año, el Juzgado Primero del Circuito de Sabanalarga le hizo entrega material del terreno. El personal de la diligencia, según el acta correspondiente, salió de Sabanalarga a Carreto Grande y tomó rumbo noroeste hasta el punto de Palmar Grande y de ahí a Salto de las Lajas, Boca Arroyo Ospino, Boca Arroyo Barro; y de ahí tomando el curso del Arroyo Caracolí, aguas arriba, salió el camino real de Candelaria, de ahí siguiendo el mismo arroyo de Caracolí se llego a donde el arroyo sale y corta el camino de Cartagena, y por este camino en dirección sureste hasta llegar al sitio de Cruz Vieja o Sitio de Caracolí. Desde este punto se pasó el Barranco Cristóbal Polo y de ahí siguiendo rumbo sudeste se llegó a Majaguos Blancos "que queda en las inmediaciones del camino llamado Patilla, y atravesando este camino y siguiendo el mismo rumbo sudeste se llegó al lindero Palmar Chiquito" y por último a los derramaderos de Cavarcas y Cambuta.

Las transcripciones que se han hecho permiten observar la identidad que existe en la descripción de los linderos de las tierras en las diligencias de 1857, 1880 y 1907, y la similitud de estas con la diligencia de deslinde de las caballerías de tierras pertenecientes a Bruno de Cueto en el año 1747. En esta última diligencia, de acuerdo con lo ya visto, se ordenó también señalar y amojonar los linderos "para que dentro de ellos se le de la posesión como está mandado a Juan Bruno de Cueto", y se determinaron los puntos así: Arroyo Caracolí y camino real que de este sitio va para Cartagena; arroyo Caracolí abajo hasta donde sale el que llaman de Barro; Palmar Chiquito al pie de una ceiba de leche, Arroyo Paluapo y Arroyo Gallego; todo el arroyo para abajo hasta el Guaimaral de Orijata; luego Carreto Grande, Primera Poza, Arroyo Ospino y Arroyo Barro.

Por último se produjo en este juicio una inspección ocular con dictamen pericial sobre los terrenos materia del pleito, prueba practicada en mayo de 1951, cuando el negocio había entrado para fallo, habiendo vencido el término de los traslados a las partes para alegar de conclusión el 15 de noviembre de 1948, y siendo de anotar la circunstancia de que el despacho comisorio que ordenó la práctica de tal prueba se libró el 10 de junio de 1948 y sólo fue llevado al Tribunal comisionado el 12 de abril de 1951. Aunque practicada de ese modo, debe estimarse como prueba, de acuerdo con el numeral 3º del art. 593 del C. J. Según el acta respectiva, en el recorrido que hizo el personal de la diligencia se reconocieron estos puntos: "Cruz Vieja del camino de Cartagena o sitio Viejo de Caracolí", "Barranco Cristóbal Polo", "Majaguos Blancos", 'Palmar Chiquito o Javaral de Cavarcas', 'Bocas de Palo Apo', 'Pedro Hoyos', Carreto Grande', 'Salto de las Lajas o Agua del Salto', 'Arroyo Ospino' y 'Arroyo Barro'. Tales puntos fueron reconocidos por dos vecinos de la región mayores de cincuenta años, quienes para el efecto rindieron declaración con el lleno de las formalidades legales, dando la razón de sus dichos, por lo que estos testimonios prueban la existencia de los puntos de alindamiento por sus nombres y señales particulares. Debe anotarse que la inspección ocular comprobó la existencia de mojones en casi todos los lugares reconocidos. Pero como no consta que los testigos ni el personal de la diligencia se orientaran por rumbos, ni midieran las distancias entre los diversos puntos, debe concluírse que la inspección, por sí, no dejó concretamente identificado el perímetro de las tierras.

Los peritos reinteran en su dictamen el reconocimiento que los testigos hicieron de los diversos puntos de lindero, y sin otro fundamento conceptúan que "La figura de esos terrenos es un polígono irreglar que cierra perfectamente, lo que hemos podido comprobar —dicen— verificando los rumbos de los alineamientos que unen entre sí los mojones de los vértices". En cuanto a la superposición del terreno de la propuesta de contrato sobre el globo de terreno de la oposición, afirman los peritos que la hay en toda su extensión, menos en una superficie pequeña de cien hectáreas, y que para demostrarlo han trazado sobre el plano de la propuesta Nº 131 el polígono que encierra las tierras materia del juicio. Observado ese trabajo no revela ciertamente un levantamiento técnico del terreno que representa. Allí está marcado, por ejemplo un lugar del plano al que se le puso por nombre "Arroyo Ospino" sin que se

precise por qué queda allí; más abajo y al Este se marca otro punto y se denomina "Salto de las Lajas" y ambos puntos se unen por una línea recta como lindero, y así todos los demás sin indicar un punto de referencia técnicamente levantado que desarrolle con orientaciones y distancias los demás.

Con todo, considera la Sala que los elementos de prueba de que se viene haciendo mención demuestran que tanto las autoridades de la Colonia como las de la República, desde el año 1.747 hasta el presente, han verificado sobre el terreno la existencia de los principales puntos de linderos de las trece caballerías que componen las tierras de "Almadillo" y "Guaimaral de Orijata", las que también se han medido y deslindado en varias ocasiones como queda visto, llegándose a la conclusión de que la unión de tales puntos configura un polígono irregular de perímetro cerrado. El juzgador no puede prescindir de ese haz de elementos probatorios ,de los que se complementan de tal suerte que permiten llegar a la convicción de que los terrenos han quedado determinados en diferentes épocas y son los mismos de que hoy se trata. Si bien es cierto que el dictamen pericial que se ha producido dentro del término de prueba de este juicio no está fundado suficientemente, puede sin embargo estimarse que los varios actos sobre determinación de las tierras que antecedieron a esta diligencia, a través de un largo lapso de tiempo, destacándose entre ellos el amojonamiento muy antiguo de los linderos, cuya verificación sobre el terreno se hizo en la inspección ocular de 1951, sirven para ilustrar esta última, y con ella y el dictamen pericial constituyen la prueba completa sobre determinación de las tierras a que se refiere la oposición.

Con fundamento en la determinación de las tierras, que ya se ha encontrado aceptable, los peritos, teniendo en cuenta el croquis que representa esa determinación de las abarcadas por la oposición y el plano de la propuesta, estiman que dentro del área de esta última se hallan comprendidas las de la oposición. Esta deducción es acertada y debe admitirse como tal, porque se trata de una conclusión técnicamente deducida y apoyada en los fundamentos preestablecidos y analizados.

Ya se ha verificado que los terrenos denominados Almadilo y Guaimaral de Orijata salieron legalmente del dominio del Estado por virtud de la merced que de ellos hizo el Cabildo de Cartagena de Indias en los años 1.630 y 1.644 a los señores Sebastián Polo del Aguila y Francisco Castelbondo, que luego pasaron a Juan Bruno de Cueto, quien los hizo deslindar y amojonar en 1747 con citación de los circunvecinos y con el lleno de todas las formalidades legales entonces vigentes. Ningún reparo a la validez jurídica de estos títulos puede hacerse, y por tanto está demostrado que las tierras salieron antes de 1.873 del patrimonio del Estado.

Exhiben los opositores como títulos actuales y recientes de la propiedad sobre el terreno de la oposición la escritura Nº 417 de 22 de marzo de 1924, Notaría de Barranquilla en que consta que lo adquirieron por compra a la Compañía Agrícola Industrial, domiciliada en Barranquilla, e instrumentos públicos que acreditan la tradición anterior de dicho inmueble en más de treinta años, así: la Compañía Agrícola Industrial adquirió esas tierras con los mismos linderos por compra al General Diego A. de Castro, según escritura Nº 1672 de 27 de noviembre de 1918, Notaría Primera de Barranquilla. Diego A. De Castro las hubo por compra a Nicolás Llinás, como consta en la escritura Nº 84 de 25 de octubre de 1913, Notaría de Baranoa. Nicolás Llinás adquirió la mitad del terreno en la permuta que le hicieran los herederos de José Vicente Llinás, consignada en la escritura Nº 102 de 9 de Julio de 1904, Notaría del Circuito de Sabanalarga; y la otra mitad por compra a José Vicente Llinás, según escritura Nº 15 de 21 de septiembre de 1865. José Vicente Llinás adquirió en remate público verificado el 14 de agosto de 1857 dentro del juicio ejecutivo que adelantó Miguel Camilieri contra los herederos de Juan Francisco Martín, según consta de los documentos protocolizados en la escritura Nº 272 de 18 de marzo de 1942, Notaría Segunda de Barranquilla. Todos los instrumentos relacionados aparecen debidamente inscritos en el registro, y para acreditar la suficiencia de ellos se trajo a los autos el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Sabanalarga, expedido el 7 de marzo de 1944 y luego ampliado hasta el 7 de Abril de 1951.

Se hallan pues satisfechas las exigencias legales en orden a la prosperidad de la oposición formulada por los señores Nicolás Llinás Vega y Luis Eduardo Manotas a la propuesta de la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos distinguida con el número 131, en relación con las tierras de "Almadillo" y 'Guaimaral de Orijata', por haber aportado las pruebas pertinentes: título emanado del Estado con anterioridad al 28

de octubre de 1873, determinación de las tierras y superposición del área de la propuesta de contrato en aquellas. En consecuencia el fallo debe declarar que esta oposición es fundada.

Oposición del Doctor Sebastián M. Alcalá.

El doctor Sebastián M. Alcalá presentó oportunamente oposición a la propuesta 131 de la Anglo Colombiana de Petróleos, fundándola en los siguientes términos: "Y me opongo a tal contrato por cuanto dentro de ese lote propuesto se encuentra una porción de terreno de unas 100 hectáreas de extensión, que pertenece al suscrito y a mi esposa, no solamente en lo referente al suelo sino también al subsuelo y al petróleo y demás hidrocarburos que en él se encuentren.. El lote de nuestra propiedad hace parte del globo conocido con el nombre de "Santo Domingo" constante de 6 caballerías, estando situada nuestra porción en la zona norte de dicho globo.... Siendo de advertir previamente que por la forma de su adquisición tal terreno se formó primitivamente con dos extensiones contiguas llamadas la una "Maná" y la otra "La Piedra", que hoy forman una sola cosa. Los linderos pues, se refieren, respectivamente, a cada uno de los lotes mencionados, de acuerdo con los instrumentos legales que acreditan nuestra adquisición:

"Terrenos de Maná; por el norte, con potrero que es o fue de Pedro de los Reyes; por el Sur, y por el Este, con potrero de Francisco Ortiz, y por el Oeste, camino de Sabanalarga en medio, potrero de Pedro Torrenegra, María Erlinda de Guerra y Julia R. de Nájera y Alejo Solano Manotas;

"Terrenos de La Piedra (hoy incorporados a Maná) por el Norte, predio de Pedro de los Reyes; por el Sur y el Este, predio de Manuel Sanjuán Cera; y, por el Oeste, camino de Sabanalarga, en medio, teniendo al frente predios de Enrique Sanjuán Cera y Manuel de los Reyes." (f. 15 cuaderno Nº 7).

De conformidad con los hechos que sustentan esta oposición, el dominio de las tierras mencionadas arranca del 24 de noviembre de 1863, fecha en la que el señor Juan Evangelista Sanjuanelo compró a los herederos del señor José Eusebio Consuegra dos y media caballerías de tierra en las denominadas "Santo Domingo", que posteriormente y en virtud de sentencia dictada por el Juez de la Provincia de Sabanalarga de conformidad con la ley de 10 de octubre de 1867 se declararon apropiadas y de pertenencia del señor Sanjuanelo. Los herederos de éste vendieron, según escrituras 140 y 51 de 1907 y 104 de 1911, al doctor Mateo Nájera. Este, de conformidad con escritura 15 de 24 de mayo de 1912, vendió a Juan Manuel Cera "dos acciones o dos octavas partes del globo de tierra conocido con el nombre de "Santo Domingo" en el punto Pajónal que tiene las colindancias y medidas siguientes: "por el Norte, linda con potrero del vendedor y de Pedro de los Reyes G.; lado que mide quince cabuyas; por el Sur, con el resto del terreno de Santo Domingo; lado que mide siete cabuyas; por el Este, linda con potrero de Roque Peña, lado que mide siete cabuyas y media; y por el Oeste, camino de Manatí para Sabanalarga en el medio, linda con potreros de José O. Sanjuán, Miguel Caicedo y Virginia Castro, lado que mide diez y ocho cabuyas. El mismo Dr. Mateo Nájera, por escritura 46 de 24 de octubre de 1920, vendió a Calixto Nájera un potrero situado en el punto denominado "La Piedra" con las colindancias siguientes: "por el Norte, predio de Pedro de los Reyes; por el Sur, y por el Este, predio de Manuel Sanjuán Cera; y por el Oeste, camino de Sabanalarga en medio, teniendo al frente predios de Enrique Sanjuán y Manuel de los Reyes". Manuel Sanjuán Cera, según escritura Nº 11 de 13 de mayo de 1921, vendió a Enrique Sanjuán "un lote de terreno llamado Maná ubicado en el extremo norte de "Santo Domingo" constante de unas cincuenta cabuyas, con los siguientes linderos: (los mismos por los que adquirió de Mateo Nájera). María Erlinda Sanjuán, en virtud de permuta que consta en la escritura Nº 12 de 25 de abril de 1930, traspasó a Catalina Sanjuán de Alcalá una tercera parte del potrero de "Maná" y "La Piedra", el cual les había sido adjudicado a élla y a sus hermanos Catalina Sanjuán de Alcalá y Julia Rebeca de Nájera, en la sucesión de su padre Enrique Sanjuán. Por último, Julia Rebeca de Nájera y Calixto R. Nájera, en escritura Nº 29 de 9 de Diciembre de 1934, vendieron a Sebastián M. Alcalá, una "Tercera parte del globo llamado "Maná", situado en los terrenos de 'Santo Domingo'..cuyos linderos generales son: por el Norte, con potrero que es o fue de Pedro de los Reyes; por el Sur y por el Este, con potrero de Francisco Ortíz; y por el Oeste, camino de Sabanalarga en medio.

De los instrumentos públicos de que se a hecho mención, no fueron traídos a los autos los correspondientes a la compra que hizo el doctor Mateo Nájera de las tierras de "Santo Domingo"

a los herederos de Juan Evangelista Sanjuanelo, en remate público, citados con los números 140 y 51 de 1907 y 104 de 1911. Tampoco aparecen los correspondientes a las hijuelas de las señoras María Erlinda Sanjuán, Julia Rebeca Sanjuán de Nájera y Catalina Sanjuán de Alcalá, quienes dicen haber adquirido por adjudicación que se les hizo en la sucesión de su finado padre Enrique Sanjuán, según escritura Nº 18 de 19 de Abril de 1929. Finalmente, tampoco se trajo al expediente el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de que tratan los artículos 635 del C. J. y 34 (aparte b) del código de Petróleos, para acreditar la suficiencia de los títulos de propiedad actual del opositor.

Y por otra parte, tampoco existe prueba sobre identificación de los terrenos Maná y La Piedra, ni del globo llamado Santo Domingo del que se segregaron los dos primeros según rezan algunas de las escrituras antes mencionadas. En el plano que la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos presentó sobre el área de la propuesta del contrato —único elemento de que se dispone en el juicio para hacer la confrontación— no se hallan indicados los sitios que delimitan, según las escrituras, los terrenos de Santo Domingo. Y como no concuerdan tampoco los linderos descritos en los títulos que tratan del globo de Santo Domingo con los que se indican en las escrituras referentes a las tierras de Maná y La Piedra, situadas en el extremo norte de aquél y que por lo mismo debían coincidir en parte, siquiera, y además porque éstos últimos no se conocen por puntos arcifinios de referencia sino por nombres de los propietarios colindantes, es imposible a través de esos elementos establecer el hecho fundamental de la ubicación de tales tierras y su relación con el área de la propuesta.

En estas condiciones, es decir, faltando el certificado del registro sobre la suficiencia de los títulos que de su propiedad exhibe el opositor, y por la indeterminación de los predios a que tales títulos, y los antiguos se refieren la oposición formulada por el doctor Sebastián M. Alcalá a la propuesta Nº 131, no puede prosperar.

Oposición del Municipio de Sabanalarga

El señor apoderado del Municipio de Sabanalarga en su memorial de oposición a la propuesta 131, que se relaciona con los terrenos denominados "Almadillo y Maná", "Rincón Cochero", "Del Santísimo" y "Comunidad de Sabanalarga y "Ponedera", expresa respecto del primero de los mencionados:

"Tierras de "Almadillo y Maná": Por medio de la escritura de 26 de Agosto de 1862, de la Notaría de Sabanalarga. la señora María Angela Barraza, vecina de Manatí, dio en venta real y enajenación perpetua a los vecinos de Sabanalarga el globo de terreno conocido con el nombre de "Almadillo y Maná", "reservándose únicamente la vendedora para sí y los suyos una acción de ochenta pesos". Dichos terrenos pertenecían a la vendedora "por los títulos de compra y herencia de sus padres", quienes, a su turno, los habían adquirido después de que esos terrenos habían salido legalmente del patrimonio del Estado, como oportunamente se acreditará. Como en virtud de aquel instrumento la vendedora no se obligó a hacer el deslinde de las tierras que vendía, el municipio hizo levantar una información de los testigos competentes, cuyas exposiciones, hechas en la forma legal ante el Juez 2º del Distrito, Sr. Gregorio Patiño, establecieron que los linderos de dicho globo eran los siguientes, que son exactamente los que se han conservado hasta hoy y eran los que existían 40 años antes de hacerse aquella información: "Sitio de Caracolí mirando para donde sale el sol va a dar el Arroyo Salado en el mismo rumbo pasando por la sabana de Sala y por el Arroyo del Medio, el de la Poza Barreto, Loma del Limón —Barranco Cristóbal Polo— Majaguos Blancos, y de ahí al Palmar Chiquito, atravesando el arroyo de Patilla y la Loma de Javaral de Cavarcas que cuyo Palmar Chiquito está en el derramadero donde se juntan los dos arroyos de Cavarcas y Cambuta, Ceiba de la Equis, Boca de Palo Apo que de allí va a la Poza de Santo Domingo atravesando antes los arroyos Gallego y Salado, volviendo rumbo al poniente se encuentran los de Aguada de Higuerón, Poza del Manantial, Sabana Chorrillo y Pozo del Moján al Arroyo de los Puertos; luego cambiando de Rumbo para el Norte hacia la población están éstos otros: Piedra de Andrés Martínez y viniendo por todo el camino real que parte de Manatí, se encuentra a los de Barniz, los camajorudos, Aguada de las carasucias sabana de Tío Esteban y sitio de Caracolí." (f. 28 cuad. oposición).

Como lo dice el apoderado, en la escritura de venta que hizo María Angela Barraza a los vecinos de Sabanalarga el 26 de Agosto de 1862 no se expresaron los linderos de las tierras objeto de la enajenación. En 1867 fueron registrados varios títulos, entre ellos el presentado por el

Procurador del Distrito de Sabanalarga referente a "la propiedad que tiene la Comunidad sobre ocho caballerías de tierras, denominadas Almadillo y Maná.... cuyo título comprende los siguientes documentos:.... 5º Testimonio de una información levantada ante el juez 2º del Distrito Patiño, que comprueba la posesión que por más de cuarenta años tuvo sobre los terrenos de Almadillo y Maná, cuyos linderos son los siguientes..... que este terreno es del común i su uso es gratuito". (fs. 5 y 5-v. Cuaderno de la oposición).

Los linderos son los descritos arriba.

Refiriéndose a esta oposición el Director Técnico de Minas y Petróleos en su estudio general de las oposiciones a la propuesta 131 (cuaderno 1) y en especial a las tierras de Almadillo y Maná, que la Procuraduría acoge, dice:

"Buscando en el mapa oficial en la región de donde está ubicado el lote de la propuesta los sitios y corrientes de agua enumerados en los linderos que anteceden, solamente se encuentran, no el "Sitio de Caracolí" sino el Arroyo Caracolí, el arroyo Salado y un río llamado Salado y el arroyo Gallego. En el plano de la propuesta sólo se encuentran dos puntos llamados Maná y un trayecto del arroyo Gallego. Con estos escasos datos no es posible localizar el terreno. No presenta el opositor el título emanado del Estado del que pueda hacerse por esta Sección el estudio de la extensión de los terrenos adquiridos por el Municipio y sus linderos para ver la relación que tengan con los transcritos. Por lo cual no hay mas que estudiar al respecto, y sólo concluyo que tal vez haya superposición del lote de la propuesta en alguna parte del terreno reclamado con información muy vaga".

Y el Procurador Delegado en lo Civil agrega, en su alegato de conclusión, que no habiéndose traído a los autos el título por el cual se demuestre que los terrenos salieron legalmente del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, no hay manera de hacer la identificación de los terrenos "Para lo cual no servirían siquiera los linderos señalados en la citada escritura, por las siguientes razones: 1º Porque esos linderos fueron fijados no con vista en el título anterior, sino con base en una información de testigos, información que a lo sumo serviría para reconocer dominio sobre el suelo, mas nunca sobre el subsuelo. 3º Porque la exactitud de los linderos para efectos de la localización del terreno sobre que versa la oposición, en sí misma y en relación con el terreno de la propuesta, no puede ser objeto de presunciones, como parece entenderlo el apoderado del opositor, cuando dice que "esos linderos son los mismos que hoy existen y dentro de ellos se ha venido disfrutando y gozando de dicho globo por los vecinos de Sabanalarga, sin que nadie los haya objetado nunca. Es de presumir pues, que sean exactos y para efectos de la localización de ellos dentro del plano de la propuesta. Nº 131, oportunamente presentaré un mapa para mayor claridad de lo dicho."

Finalmente el apoderado del Municipio expresa:

"El título que el municipio presenta sobre estas tierras lo constituye la sentencia proferida en el año de 1868 por el Juzgado de la Provincia de Sabanalarga, confirmada por el Tribunal Supremo del Estado de Bolívar....En el expediente se encuentran las copias de dichos fallos, así como el de la inscripción en los Libros de la Propiedad Territorial de aquel Estado, donde aparecen los linderos por los cuales se profirió el fallo, varios de los cuales son identificables en el citado plano de la propuesta y sirven para acreditar el estado de superposición que, unido a la perfecta situación jurídica brevemente analizada, completa los requisitos indispensables para que se declare, como pido que se haga, la validez de la oposición" (fl. 64, c. Nº 9.)

Examinados los documentos que el actor aportó al juicio para sustentar la oposición, en relación con los terrenos de Almadillo y Maná, se tiene en primer lugar el de **"Inscripción"** de propiedades de que da cuenta la copia expedida por el archivero del Departamento del Atlántico el 30 de mayo de 1944 (fs. 4 a 7 de la oposición). Según ella el 28 de diciembre de 1867 el Procurador del Distrito de Sabanalarga presentó los documentos correspondientes a la propiedad del Municipio sobre ocho caballerías de tierras denominadas Almadillo y Maná, relacionados así en la inscripción; testimonio de una escritura de venta que Domingo Castaño hizo a Lucas Barraza de cuatro Caballerías de tierra denominadas "Maná", otorgada el 28 de julio de 1807. Testimonio de otra escritura extendida por José Martínez y Mancilla a favor de Lucas Barraza, el 2 de agosto de 1802, de cuatro caballerías de tierra denominadas "Almadillo". Testimonio de una escritura de venta otorgada por la señora Angela Barraza a favor del vecindario de Sabanalarga de ocho caballerías de tierra denominadas "Almadillo y Maná"; y Testimonio de una información levantada ante el Juez 2º del Dis-

trito Patiño, "que comprueba la posesión que por más de cuarenta años tuvo sobre los terrenos de Almadillo y Maná", cuyos linderos transcribe.

A excepción de la escritura que contiene la venta de la señora Angela Barraza al vecindario de Sabanalarga (fs. 24 a 26 del cuaderno de la oposición), las demás no fueron traídas a los autos; pero la atestación que de ellas se hace indica que las transferencias tuvieron lugar entre particulares, es decir, que ninguna provino del Estado. Se dice allí que la información levantada ante el Juez del Distrito comprueba la posesión por más de cuarenta años, lo cual sería admisible como prueba si se conociera el texto mismo de ese testimonio y no la simple referencia que se hace de él en la "inscripción" de propiedades. Se observa además que la posesión que generaba el derecho de dominio sobre el subsuelo, anterior en 25 años a la vigencia del Código Fiscal de 1873, no era la simplemente inscrita, sino la real y efectiva de la tierra. Y no puede inferirse del documento que se comenta la clase de posesión a que él se refiere. Por todo lo cual carece de eficacia probatoria.

Desde el punto de vista de la ubicación y límites de las mencionadas tierras solamente existe el mismo documento de inscripción de propiedades en el testimonio levantado ante el Juez 2º del Distrito el 31 de Diciembre de 1867, cuya copia se reproduce a folios 22 y 23. Sobre esto debe observarse que el propio apoderado al hablar del alindamiento que aparece en el documento aludido, dice en el escrito de oposición: "esos linderos son los mismos que hoy existen.. sin que nadie los haya objetado nunca. Es de presumirse pues que sean exactos y para los efectos de la localización de ellos dentro del plano de la propuesta Nº 131 oportunamente presentaré un mapa". Y en su alegato de fondo expresa que "varios" de esos linderos son identificables en el citado plano de la propuesta y sirven para acreditar el estado de superposición. Es así como el mismo opositor está diciendo que la enumeración de puntos referentes a linderos, por sí sola, no sirve para localizar el perímetro de las tierras y que se hace necesario un croquis para ello y para demostrar la superposición del área de la propuesta. En efecto: la indicación de los mencionados puntos hecha en 1867 no puede verificarse en mapas del expediente, único medio de observación que se presenta al juzgador en estos autos, ya que la parte interesada no trajo las pruebas por ella ofrecidas que juzgó necesario aportar, ni se practicó inspección ocular en las tierras ,ni se hizo el estudio técnico pericial respectivo que hubiera localizado los terrenos en litigio. Los "varios" puntos identificables en el mapa de la propuesta no sirven para hacer una representación siquiera probable del terreno que se dice incorporado en el área de ella, como tampoco en el mapa oficial del Departamento, según lo anota la Sección Técnica, en el que sólo se marcan el Arroyo Caracolí —no sitio de Caracolí— el arroyo Salado y una parte del Arroyo Gallego. Con estos solos datos no es dable conocer la ubicación precisa del terreno, y por ende tampoco la superposición del de la propuesta Nº 131.

Rincón Cochero. El título que exhibe el municipio opositor en relación con las tierras llamadas "Rincón Cochero" (fs. 15 a 17 cuad. de la oposición), es la escritura de 26 de Julio de 1870, que contiene la venta que hizo Manuel José Romai a los vecinos de Sabanalarga de "..cuatro caballerías de tierra situadas en jurisdicción de este distrito conocidas con el nombre de "Rincón Cochero", las cuales tienen por linderos principales los cuatro puntos siguientes que determinan toda el área del terreno. "Rincón Cochero", Sabana de "Pedro Hoyos" "Montes o Ladera de Mico" i 'Sanajuare Viejo"....Para confirmar que tales tierras estaban delimitadas así desde tiempo atrás, el opositor alude a uno de los documentos que presentó en la oposición formulada por el doctor Llinás Vega en este mismo juicio, en relación con las tierras de 'Almadillo" y en donde aparece una diligencia de deslinde de tales tierras llevada a cabo el 2 de junio de 1747. Para efectos del mencionado deslinde se citó y emplazó a los vecinos interesados a fin de que hicieran valer sus derechos, y entre ellos compareció el señor Vicente Cantillo, quien "En dicho día dos de junio de dicho año.....en conformidad del edicto que se ha pregonado pareció ante mí el Alcalde y Juez de esta causa e hizo presentación de un título de merced que el Cabildo, Justicia y Regimiento de la ciudad de Cartagena hizo en primero de julio de mil seiscientos y treinta y tres a el Alférez Juan de Uribe Salazar de cuatro caballerías de tierra en este partido,....las cuales comienzan a correr desde Rincón Cochero a mano derecha de Pedro Hoyos y a mano izquierda sobre el monte de mico y Sanaguare Viejo....".

Son éstos los únicos documentos allegados al juicio en apoyo de la oposición que se estudia, pues a pesar de que el apoderado ofrece en su de-

manda presentar los títulos coloniales sobre 'Rincón Cochero' para sustentar los derechos del vecindario de Sabanalarga sobre dicho globo, lo mismo que ofrece aportar un plano con una información lo más axacta posible de la localización de todas las tierras del Municipio de Sabanalarga y de su situación dentro de los linderos de la propuesta (véase folio 43 de la oposición), no lo hizo así. No obstante, en su alegato de fondo dá por sentado que en el expediente se encuentra el título completo de este globo "desde la merced concedida por el Ilustre Cabildo y Regimiento de la Muy Noble Leal Ciudad de Cartagena" hasta la venta hecha por Manuel José Romay al vecindario. Se refiere el apoderado probablemente a algunos documentos agregados al cuaderno de la oposición sin que se sepa como llegaron a los autos (folios 52 y siguientes). No se presentaron al Ministerio de Minas y Petróleos con el escrito de oposición, puesto que en la nota remisoria del expediente a la Corte solamente figura ese cuaderno con 51 folios. No se pidió su incorporación al juicio dentro del término de prueba, para que ella se hubiera decretado y practicado con citación de la parte contraria, único medio para estimarse su mérito probatorio de acuerdo con lo que ordena el artículo 597 del Código Judicial. Por consiguiente, con los sólos documentos legalmente aportados al juicio, que son: la copia de la venta de Manuel José Romay al vecindario de Sabanalarga el 26 de junio de 1870, en la que el vendedor dice que adquirió por sucesión de sus progenitores (fs. 15 a 17), y la alusión a los linderos en la diligencia de deslinde de las tierra sde Almadillo, de que antes se habló, no es posible localizar las tierras objeto de esta oposición. Sobre el particular hay que aceptar la conclusión a que llegó el Ministerio de M. y Petróleos en el estudio pertinente, que la Procuraduría acoge, ya que en materia de prueba la situación de ellas no ha variado desde ese estudio: "Con los solos datos expresa la Sección Técnica —es imposible localizar— las tierras", y decir "si éste (terreno) queda dentro o fuera del lote de la propuesta".

Los documentos aludidos mencionan los puntos de alindamiento, pero ello no es suficiente para determinar el terreno. Decir que los linderos van de "Rincón Cochero" y corriendo a mano derecha a Sabana Hoyo y a mano izquierda corriendo sobre "Montes de Mico" y "Sanaguare Viejo", es apenas señalar unos puntos, pero sin conocer la distancia que haya entre el punto de referencia "Rincón Cochero" y la sabana de "Pedro Hoyo" por el lado, y "Sanaguare Viejo" por otro lado, sin saber si tal extensión llega hasta el comienzo de la sabana o la abarca en todo o en parte y lo mismo en relación con "Montes de Mico" y además si tales puntos están unidos por líneas qué dirección pueden tener ellas, no es posible suponer siquiera el perímetro de tal terreno. Si este es el resultado a que conduce el examen de los documentos, también se llega a la misma indeterminación al intentar localizar las tierras dentro del área de la propuesta, porque se carece en el expediente de mapas y demás representaciones gráficas que indiquen por los nombres, lo sitios mencionados. La falta de determinación de las tierras en sí mismas y en relación con el área de la propuesta, conduce necesariamente a declarar infundada esta oposición.

Tierras "del Santísimo". Para acreditar la propiedad del municipio de Sabanalarga en las tierras denominadas "Del Santísimo", se trajo a los autos una documentación completa sobre la expedición de la ley 5ª de 1907, sus antecedentes y su ejecución. Aquella dispuso: "Artículo 1º La Nación cede al Municipio de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, las tierras que han sido de propiedad de ella denominadas "Del Santísimo" situadas dentro de su jurisdicción y deslindadas así: Del salto de Las Lajas a la boca de Arroyo Ospino: de aquí a la boca de Arroyo de Barro, de aquí, siguiendo el curso de Arroyo Caracolí, aguas arriba hasta donde lo cruza el camino real de Cartagena; de este punto a la Loma de la Vaca; de aquí al Barranco de Cascabel; de aquí a la sabana de Troncón Quemado; de aquí a la Loma de los Indios; de aquí al dividivi grande del camino de Usuacurí; de este punto, siguiendo el camino de Usiacurí, a la plaza de Sabanalarga; de aquí, siguiendo el camino de Cascajal, hasta Cascajal, y de aquí al Salto de Las Lajas, primer lindero. La Nación no queda obligada al saneamiento de dichas tierras ni responde de la exactitud de los linderos expresados."

De erróneo califica el opositor este estatuto por partir del supuesto, según él, de que a la Nación pertenecen esas tierras por no tener dueño conocido, cuando en realidad, dice, se trata de bienes vacantes que por lo mismo pertenecen al municipio; que esta ley debe entenderse por tanto 'como una forma especial del reconocimiento del dominio ancestral del Municipio sobre dichos terrenos en oposición al sistema de juicios especiales de declaratoria de vacantes y para que no hubiera necesidad de éste". Es, agrega, un simple título declarativo de dominio, no traslaticio, por-

que nadie puede dar lo que no tiene. Para reafirmar la tesis de que las tierras no han pertenecido a la Nación ni fueron baldías, expone: "En el año de 1747, cuando se iba a hacer el deslinde de las tierras de "'Almadillo" de don Juan Bruno de Cueto, los propietarios circunvecinos fueron emplazados y citados para que, previa presentación de su títulos concurrieran al deslinde y entrega de dichas tierras. Pues bien: del texto de esa diligencia se desprende lo siguiente (que puede confrontarse en el cuaderno Nº 1 de pruebas de la oposición del Dr. Llinás Vega): el 25 (veinticinco) de octubre de 1702 el Capitán Juan Gutiérrez vendió al Alférez Andrés Cantillo 4 caballerías de tierra **"desde el agua del Salto corriendo hasta Cascajal,** es decir, desde el Salto de Las Lajas, que también se llama así el "agua del Salto", hasta Cascajal, **o sean los linderos que se consignaron en la ley 5ª de 1907"** (subraya la Sala). y añade que posteriormente, el 2 de Junio de 1747, Vicente Cantillo, nieto del Alférez Andrés Cantillo, al presentar sus títulos al Alcalde de Sabanalarga encargado del deslinde de "Almadillo" hizo la siguiente declaración: "Se cobran por los mayordomos de la cofradía del Santísimo Sacramento de esta Iglesia los arrendamientos, sin que dicho Alférez Vicente ni otra persona sepan dar razón de lo que para ello ha habido, **por constar** de los testamentos de su abuelo y padre no haber hecho de ellas venta ni donación alguna".

Los reparos que a esta oposición hizo el Departamento técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, acogidos por la Procuraduría se concretan al punto relacionado con la determinación del terreno. Apoyándose en el documento citado por el opositor, en el que se hace referencia al deslinde de las tierras de "Almadillo", diligencia en la que Vicente Cantillo presentó "una minuta de venta que el Capitán Juan Gutiérrez hizo de otras cuatro caballerías..desde la Aguada del Salto, corriendo hasta Cascajal..", observa: "....esto es todo lo que se encuentra sobre área y linderos. —Por indicarse en los ya transcritos la población de Sabanalarga y el arroyo Caracolí puede anotarse la probabilidad de que los terrenos estén comprendidos dentro del lote de la propuesta, sin poderlos localizar por falta de mejores datos."— La Procuraduría añade ,en el alegato de conclusión: "Por aplicación de rigor lógico que en el estudio de estas cuestiones debe tenerse, para analizar las interesantes tesis jurídicas planteadas por el apoderado del Municipio habría sido necesario que se hubiera identificado y localizado técnicamente el terreno. Sinembargo, al examinar detenidamente el expediente, se llega a la conclusión de que esta oposición también quedó sin ninguna clase de pruebas al respecto, por lo cual la conclusión a que llegó el Servicio Técnico, conserva toda su fuerza."

Encuentra la Sala que es una realidad procesal la ausencia del presupuesto de la identificación precisa del terreno y su localización respecto al de la propuesta 131. Los únicos documentos que se conocen en los autos son: 1º el relativo a la diligencia de deslinde de las tierras de "Almadillo", que en lo pertinente transcribe el Jefe del Servicio Técnico del Ministerio de Minas, tomado del folio 65 del cuaderno Nº 6 (oposición Llinás Vega y otro), en el cual puede verse, que en la minuta de venta que en aquella diligencia se presentó, no se determina el terreno, y apenas si, por todo alindamiento se dice que las cuatro caballerías de tierra están situadas "desde la Aguada del Salto, corriendo hasta Cascajal". Y, 2º el texto de la ley 5ª de 1907 y escritura de cesión del Gobierno al Municipio, en copia sin registrar, que señala linderos especiales al predio llamado El Santísimo. Si se tiene en cuenta el primer documento, necesariamente debe aceptarse que con la sóla mención de los puntos "Aguada del Salto" y "Cascajal" como linderos de cuatro caballerías de tierra, no se determina el área y por lo mismo no es identificable. Y por lo que hace a la descripción que de las tierras "Del Santísimo" trae la ley 5ª de 1907, en la cual dice que "La Nación ..no responde de la exactitud de los linderos expresados", debe anotarse que por falta de una inspección ocular y de la prueba técnica, los diversos puntos allí denominados no fueron localizados sobre el terreno; y a excepción de la población de Sabanalarga y el Arroyo Caracolí, los demás no figuran en los croquis allegados al expediente. Por tanto la indeterminación de las tierras materia de esa oposición es manifiesta, y por lo mismo debe declararse infundada.

Tierras de Sabanalarga y Ponedera.—"Se presenta Sabanalarga —dice el apoderado en su demanda (folio 48)— a formular oposición a la propuesta Nº 131 porque considera que dentro de sus límites se encuentran incluídas en todo o en parte (según deduzca el Departamento Técnico de este Ministerio previo estudio de los títulos y linderos)las tierras que forman la llamada "Mancomunidad de Sabanalarga y Ponedera", compuestas de 22 caballerías, 22 fanegadas y una cuarta de tierras, situadas en los pueblos de Ponedera,

Sabanalarga, Baranoa y Usiacurí, que los vecinos de este Distrito (Sabanalarga) y los de Ponedera compraron al Gobierno en remate público celebrado en Cartagena el veinticuatro de octubre de 1.770 ante el juez delegado de tierras doctor José Antonio Berrío, quien expidió el título de propiedad en 30 de enero de 1771, bajo la actuación del escribano Gaspar Rodríguez".

Lo anterior está tomado de la copia de los registros de propiedad que acompaña el apoderado (folio 4 vuelto), expedida por el Archivero del Departamento del Atlántico el 30 de mayo de 1944 y que en lo pertinente dice: "Número siete. —Diciembre veintiocho— (1867) El Procurador del distrito de Sabanalarga, presentó copia testimonial de un título de veintidós caballerías.... La copia presentada fue extendida por el Notario público de Sabanalarga David Barraza el 20 de Diciembre de 1856. Este terreno está dividido en dos partes: los linderos de las tierras son: 1º Ciénaga o Posa de Moján. 2º El lugar nombrado Mango. 3º Arroyo Guayepo. 4º Cruz del Muerto, atravesando la loma de Lata. 5º Sitio de Cascajal. 6º Arroyo Guanábano orillas del río Grande. 7º Poza del Arroyo Grande que sale al río y de aquí la Poza de Mojan. La segunda parte tiene de linderos: 1º Palo de Caracolí al norte del sitio de Sabanalarga. 2º Rincón de Mango. 3º Rincón de Arroyo Grande. 4º Paso real de Arroyo Grande mismo de Palo Nuevo. 5º sabana Cuchara pasando por el dividivi y Arroyo Chino. 6º Sabana Clemente, y de aquí al primero lindero."

No se trajo a los autos el título antiguo a que hace referencia el opositor, o sea, aquel en que consta la compra de las tierras de Sabanalarga Ponedera hecha al Gobierno por los vecinos, en remate público llevado a cabo el 24 de octubre de 1770, no obstante que el apoderado afirma que "el título existe y obra "en la oposición que el municipio presentó a la propuesta de la Tropical Oil Co. sobre el globo de terreno situado en Usiacurí, Isabel López, Sabanalarga, Baranoa, Sabanagrande, Santo Tomás y Polonuevo", y que presentaría una copia de él o solicitaría su desglose de aquel juicio para agregarlo a éste. No obstante la falta del título antiguo, el apoderado ya en su alegato de conclusión dice: "Los linderos de este globo, insertos como los anteriores en el escrito de oposición, linderos correspondientes a los dos lotes que lo forman, permiten apreciar fácilmente el estado de superposición, proyectándolos sobre el precitado plano topográfico de la propuesta. Y si no es excesivo solicitarlo, podría-se consultar con el expediente de la oposición de este mismo Municipio, sobre los mismos lotes, a la propuesta Nº 105 de la Tropical Oil Co."

Al conceptuar sobre estas pruebas el Departamento Técnico del Ministerio observa: "Por los datos que el opositor suministra, condensados y sin incluír la documentación correspondiente, veo que se trata de los mismos terrenos por los que hizo oposición el municipio de Sabanalarga a la propuesta Nº 105, de la que informó esta Sección el 17 de noviembre de 1942", y agrega más adelante: "Por los resultados a que se llegó en aquel estudio las áreas de los predios en medidas agrarias modernas son, aproximadamente, de 6.012 hectáreas el primero y de 3.398, 2 hectáreas el segundo. Utilizando los datos de linderos que figuran en las diligencias de mensura para el primer predio o sea el de ponedera, es posible localizarlo aproximadamente, y según la localización que tiene el lote de la propuesta 131 es probable que se superpone en una pequeña parte de ese predio. El segundo predio que es el de Sabanalarga, no es posible localizarlo con los datos hallados en el expediente de la oposición a la propuesta 105. Como el lote de la propuesta 131 es limítrofe con el de esa otra y como la ubicación del predio es indeterminada, no se sabe si en él se superpone o no el lote de la propuesta."

Como es obvio, la Sala no puede basar su examen sino en los elementos probatorios que se encuentran en este expediente. Por eso, como el único documento que hay en los autos es la tántas veces mencionada copia de "inscripción de propiedades" (folio 4 de la oposición), con los datos que ella arroja no se puede establecer la ubicación de las tierras y la relación que tengan con el área de la propuesta. La simple enunciación de los puntos o sitios señalados en aquel documento no alcanza ese fin. No es, como lo dice el apoderado, que los linderos insertos permitan apreciar fácilmente el estado de superposición, proyectándolos sobre el mapa Topográfico de la propuesta, pues aunque en tal plano se hallan indicados los sitios Arroyo Guayepo y Cascajal, los demás no lo están, y por lo mismo es imposible objetivamente identificar el perímetro o figura que pueda tener cada uno de los lotes en ese plano y el estado de superposición sobre ellos o sobre parte de ellos de las tierras objeto de la propuesta de contrato. Tan evidente es esto, que ya desde el escrito de oposición el apoderado al referirse a la superposición que él considera que tiene el área de la propuesta, dice que puede serlo en todo o en parte "según deduzca el Departamento Técnico de ese Ministerio previo estudio de los

títulos y linderos", pero para ello pide luego a la Sección Técnica y ahora a la Corte, que examine los documentos que se hallan en un expediente distinto a este (propuesta 105 de la Tropical Oil Co.), lo que está indicando clara e inequívocamente que la identificación no es apreciable con el solo título traído a estos autos y la vista del plano de la propuesta. No hallándose probada la determinación de los terrenos denominados "Sabanalarga" y 'Ponedera', la oposición que por ellos se ha formulado no puede prosperar.

Por último, conviene repetir aquí lo ya anotado sobre agregación de documentos al cuaderno de esta oposición, del folio 52 en adelante. Ellos no pueden ser estimados por el juzgador por no haberse aportado en forma legal y dentro de los términos que señala expresamente el artículo 597 del Código Judicial.

El estudio que antecede respecto de las varias oposiciones a la celebración del contrato de exploración y explotación de petróleos señalada con el Nº 131 en el Ministerio del ramo, ha demostrado que solamente prosperan dos de ellas, la de los señores Julián Llinás Rodríguez, César Vicente Llinás Rodríguez y Luis Eduardo Manotas, y la de los señores Nicolás Llinás Vega y Luis Eduardo Manotas; las demás deben ser declaras ineficaces para los fines con ellas buscados. El juicio que ahora se desata por medio de esta sentencia es de aquellos a que la ley daba el carácter de breves y sumarios, y por eso la presente decisión deja abierta la vía del juicio ordinario también reconocida por la legislación vigente cuando se surtió este proceso.

Fallo

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley decide:

1º—Son fundadas las oposiciones de los señores Julián Llinás Rodríguez, César Vicente Llinás Rodríguez y Luis Eduardo Manotas; y la de los señores Nicolás Llinás Vega y Luis Eduardo Manotas. La primera referente a los terrenos denominados "Sabananegra" o "Cañaguatal" y la segunda con relación a los terrenos conocidos con el nombre de "Almadillo" y "Guaimaral de Orijata", ubicados todos en el Distrito de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, y determinados respectivamente por los linderos de esos títulos, examinados en la parte motiva de esta sentencia

2º—Son infundadas las oposiciones de la Gran Comunidad de Molinero, sobre los terrenos del mismo nombre; Comunidad de Isabel López por las tierras de Isabel López; de Sebastián M. Alcalá por los lotes Maná y La Piedra, y del Municipio de Sabanalarga por los terrenos "Almadillo y Maná", y "Rincón Cochero", "Del Santísimo" y "Comunidad de Sabanalarga y Ponedera".

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán.

Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACLARACION A LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Pide el señor Procurador Delegado en lo Civil que la sentencia dictada en este juicio se aclare, en el sentido de que la oposición sobre los terrenos de Sabanalarga o Cañaguatal se declara fundada "en cuanto a la parte de terreno que está dentro de la propuesta 131, cuyo dominio conserven los opositores". Esto a fin de que queden a salvo derechos que no han sido controvertidos en el juicio.

Funda su petición en que de acuerdo con el dictamen pericial referente a ese terreno, sólo la parte meridional, en un 60% aproximadamente, queda incluída dentro de la propuesta 131. "El 40% restante —añade— queda cobijado por otra propuesta colindante con el Nº 131, que es la número 105...".

No puede ofrecer motivo de duda lo resuelto en el fallo sobre el mencionado terreno. Si la oposición a una propuesta para explorar y explotar petróleos no puede versar sino sobre la zona de terreno determinada en ella, el pronunciamiento o la declaratoria de dominio privado del petróleo que se haga, legalmente no puede extenderse a otras zonas. Y no otra cosa dice el fallo en la parte relacionada con la superposición: "Acerca de la relación entre el predio Cañaguatal y las tierras objeto de la propuesta de contrato, ya se ha visto cómo la parte meridional del primero, desde el arroyo Manga, queda incluído dentro de las segundas, lo que quiere decir que el terreno de ésta (la propuesta) se superpone en esa parte al de Cañaguatal". Al declararse fundada la oposición no cabe duda sobre el alcance jurídico de ese pronunciamiento. No hay base alguna para entender que tal declaración se refiere a zonas de terreno que no están comprendidas dentro de la propuesta Nº 131. No es por tanto necesaria la aclaración pedida en este punto de la sentencia.

También pide la Procuraduría aclaración del fallo en lo relativo a la oposición formulada por los señores Nicolás Llinás Vega, Luis Eduardo Manotas y otros sobre los terrenos denominados Almadillo y Guaimaral de Orijata.

"En la sentencia a que me refiero —expresa el Procurador— no se dice cosa alguna en relación con el subsuelo de los lotes que corresponden a 'otros interesados'... a quienes los opositores Llinás Vega y Manotas les vendieron lotes de terreno o porciones de terreno, según ellos mismos lo reconocen y confiesan en su memorial de oposición... y por tanto surge la duda acerca de la propiedad del subsuelo de esos diversos y distintos lotes adquiridos por esos terceros;... aunque debe advertirse que la oposición hecha en forma oficiosa a nombre de ellos, no se hizo por linderos determinados referentes a las parcelas adquiridas por cada no de ellos como ha debido hacerse para cumplir los requisitos legales; ni en el memorial de coadyuvancia del apoderado (se refiere al poder que algunos de los interesados dieron al doctor Llinás Pimienta) se indican linderos de ninguna clase, ni siquiera los nombres de los poderdantes y coadyuvantes, ni se presentaron los títulos respectivos...".

La sentencia no hizo declaración expresa respecto de la situación jurídica emanada de la oposición que oficiosamente formuló el doctor Llinás Vega en nombre de quienes habían adquirido anteriormente algunas porciones de terreno dentro del lote de propiedad suya y del doctor Manotas, algunos de los cuales dieron poder posteriormente al doctor Llinás Pimienta (f. 74 cuad. Nº 6). Tal circunstancia podría prestarse a duda sobre elcance del fallo, y es pertinente por tanto la aclaración.

La documentación presentada al juicio por los opositores Llinás Vega y Luis Eduardo Manotas no hace referencia a las parcelas comprendidas dentro del globo general que éstos vendieron a otras personas. Y la oposición, en cuanto a esas otras personas se refiere, no fue formalizada legalmente ni sostenida en modo alguno a lo largo del proceso con probanzas o siquiera escritas

que la apoyaron. Toda la motivación del fallo se concreta al examen de los hechos y pruebas aducidos por los doctores Llinás Vega y Manotas, en lo que respecta a su propiedad, y lógicamente el resultado de la oposición —la declaración pertinente— los comprende de manera exclusiva. Esto es, que la oposición se declara fundada sólo en cuanto a la propiedad del subsuelo petrolífero de las tierras de que son poseedores inscritos los doctores Nicolás Llinás Vega y Luis Eduardo Manotas dentro de los terrenos conocidos con los nombres de Almadillo y Guaimaral de Orijata.

Sobre esta misma oposición advierte el Procurador que el dictamen pericial dedujo que una pequeña parte de los terrenos, cien hectáreas aproximadamente, queda fuera de la propuesta y por lo mismo debe aclararse el fallo en el sentido de que tal parte no se halla amparada por la declaración de ser fundada la oposición. No es necesaria tal aclaración, pues como ya se dijo, el fallo no puede recaer sino sobre los terrenos comprendidos dentro del área de la propuesta de contrato.

Por último, la Procuraduría manifiesta que sería igualmente oportuno aclarar, que la sentencia, en lo que se refiere a Almadillo y Guaimaral de Orijata, no tiene relación ni efectos con Pablo E. Llinás y Helvia C. v. de Torrenegra, aunque las parcelas que ellos poseen estén comprendidas dentro de esos terrenos, pues la oposición por ellos formulada ante el Ministerio de Minas y Petróleos no fué aceptada. Es obvio que no siendo objeto del juicio la oposición no admitida por el Ministerio del ramo, la sentencia no la comprende.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Aclárase la sentencia de fecha veinte de septiembre último, en el sentido de reconocer fundada la oposición de los doctores Nicolás Llinás Vega y Luis Eduardo Manotas, únicamente en lo que se refiere a las porciones de que son poseedores inscritos de los terrenos "Almadillo y Guaimaral de Orijata", conforme al certificado de registro que obra a folios 69 a 71 del cuaderno número 11.

No es el caso de hacer las demás aclaraciones pedidas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Cuervo. —**Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.**— **Néstor Pineda.**— **Jorge García Merlano,** Secretario.

REPUBLICA... CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EMBARGO DE BIENES EN JUICIO EJECUTIVO Y DESEMBARGO DE LOS QUE LO FUERON INDEBIDAMENTE

1—Para decretar el embargo de bienes dentro del juicio ejecutivo, la ley no exige que el actor presente la prueba de que los bienes cuyo embargo pretende, pertenecen al deudor. El ordinal 6º del artículo 999 del C. J., exige sólo que el acreedor, jurando no proceder de malicia, denuncie como de propiedad del deudor determinados bienes claramente especificados.

2—Conforme al artículo 1019 del C. J., la cuestión de si los bienes fueron o no indebidamente embargados no es susceptible de reposición o apelación que se interpongan contra el auto de embargo, sino que debe resolverse en la oportunidad y bajo el procedimiento indicados en la norma legal citada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, septiembre veinte y uno de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Néstor Pineda)

Surtido el trámite legal correspondiente, procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el señor apoderado de The Dorada Railway Company Limited contra el auto de fecha 15 de mayo de 1954, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ejecutivo que contra aquella compañía adelanta el Departamento del Tolima.

Previo denuncio juramentado del apoderado del ejecutante, el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la providencia apelada, decretó el embargo y avalúo de los siguientes bienes "de propiedad del demandado":

"1º—El Ferrocarril de La Dorada, que principia en Ambalema y termina en La Dorada, situado en la banda occidental del río Magdalena, en los Municipios de Ambalema, Honda y La Dorada, los dos primeros del Departamento del Tolima y el último del Departamento de Caldas, con una anchura de veinte metros en toda su extensión. Este denuncio incluye la zona del ferrocarril y la carrilera y también las estaciones, bodegas, talleres, galpones, depósitos y demás edificios pertenecientes a la Empresa del Ferrocarril y su prolongación un puente sobre el río Magdalena y otros en diversos sitios, y los teléfonos, telégrafos, maquinaria, material fijo y rodante, locomotoras, coches, wagones y demás muebles de la empresa, así como las concesiones de que la sociedad goza en Colombia en relación con el expresado ferrocarril"

Los edificios y demás inmuebles a que se refiere este punto se describen y alindan en el auto de embargo, tal como fueron indicados por el actor en su memorial de denuncia.

"2º—Todos los derechos que la Compañía ejecutada tiene en otra compañía denominada The Dorada Railway (Ropeway Extension) Limited, sociedad inglesa que en la República de Colombia tiene el asiento principal de sus negocios en las ciudades de Honda y Mariquita, y que generalmente se conoce con el nombre de Compañía del Cable Aéreo de Mariquita".

Dispuso además el auto recurrido, resolviendo una petición de la compañía ejecutada: "No se accede a permitir que la Compañía demandada actúe en papel común dentro de este juicio, por cuanto ella no fue eximida del impuesto de papel sellado en las cláusulas pertinentes de los contratos a que alude el apoderado de la Compañía citada".

Sostiene el recurrente que el ferrocarril no puede ser embargado porque, según los contratos que tiene con el Gobnerno Nacional, es una propiedad que el deudor posee fiduciariamente, y que según el artículo 1.677 del Código Civil, la prohibición que él contiene se refiere no sólo a la propiedad fiduciaria que reglamentan los artículos 794 a 822 del mismo Código, sino a todo caso en que el poseedor lo sea fiduciariamente, con título provisional y con la carga de restituír a otros los bienes poseídos "al cumplimiento de alguna condición o al vencimiento del plazo".

El recurrente sostiene que el embargo decretado en el punto segundo de la providencia apelada es contrario al numeral 6º del artículo 999 del

C. J., por no estar, a su juicio, los bienes embargados "claramente especificados".

"En lo tocante con el uso del papel sellado en este juicio, dice el recurrente, no tengo qué agregar a lo expuesto en mi escrito de 22 de mayo del presente año, sino que en el auto que se denegó la revocación del proveído apelado, el Tribunal, que restringió el alcance de la resolución ministerial en que se reconoció que la Compañía estaba exenta del impuesto de papel sellado en virtud de contrato, evadió considerar el inciso 9º del artículo 10º del contrato sobre concesión allí transcrito".

Se considera:

Para decretar el embargo de bienes dentro del juicio ejecutivo, la ley no exige que el actor presente la prueba de que los bienes cuyo embargo pretende pertenecen al deudor. Sólo exige el ordinal 6º del art. 999 del C. J., que el acreedor, jurando no proceder de malicia, denuncia como de propiedad del deudor determinados bienes claramente especificados.

En casos como el presente, "decretado el embargo de un inmueble, el Juez, al comunicarlo al Registrador de Instrumentos Públicos, en la forma prevenida por el artículo 39 de la Ley 57 de 1887, le ordena que, a costa del ejecutante, expida un certificado en los términos del artículo 635 sobre la propiedad del inmueble y sobre los gravámenes que tenga, certificado que debe extenderse a un período de treinta años, si es posible. Si de este certificado aparece que el ejecutado no es el poseedor inscrito del inmueble, el Juez ordena inmediatamente el desembargo y la consiguiente cancelación del embargo".

Además, conforme al artículo 1019 del mismo Código Judicial, la cuestión de si los bienes fueron o no indebidamente embargados no es susceptible de ser resuelta de plano, mediante los recursos de reposición o apelación que se interpongan contra el auto de embargo, sino en la oportunidad y bajo el procedimiento indicados en la norma legal citada, que dice así:

"El ejecutado puede pedir por una sola vez, antes de la sentencia de pregón y remate, el desembargo de bienes indebidamente embargados. Si hay hechos que probar, la solicitud se sustancia como articulación".

En la articulación que el ejecutado tiene la facultad de proponer, según el citado artículo 1019, puede surtirse el trámite contradictorio para llevar legalmente al proceso las pruebas pertinentes, que no pueden apreciarse en la forma que pretende el recurrente, allegadas algunas junto con su memorial de 6 de mayo de 1954 (fl. 267 del Cuaderno número 1), y otras que hacen parte de una articulación de nulidad de lo actuado, ya decidida hace bastantes años.

De manera que, por una parte, no puede pretermitirse el trámite de la articulación de desembargo prevista en el artículo 1019, ni apreciarse pruebas traídas a los autos en forma y oportunidad distintas de las contempladas por el artículo 597 del C. J.

Se ajusta a la exigencia del ordinal 6°, artículo 999 del C. J., el embargo de "todos los derechos que la compañía ejecutada tiene en otra compañía denominada The Dorada Railway (Ropeway Extensión) Limited", los cuales quedaron así claramente especificados de tal manera que no pueden confundirse con otros.

En cuanto al uso de papel sellado para la actuación, se tiene que, en regla general, todo lo relacionado con exención de impuestos, compete determinarlo a las correspondientes oficinas de hacienda, cuyas resoluciones están sujetas a los recursos legales ante las autoridades de lo contencioso administrativo. Por otra parte, si se tratara de un litigio entre la Compañía y la Nación, con motivo de la interpretación de una cláusula contractual sobre exoneración de impuestos, el Tribunal tampoco sería competente para decidir el punto, conforme al art. 40 del C. J. No siendo, pues, competente el Tribunal para conocer de la súplica sobre exoneración del uso de papel sellado, la parte pertinente del auto recurrido debe anularse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, **confirma la providencia recurrida**, excepto en la parte que dice:

"No se accede a permitir que la Compañía demandada actúe en papel común dentro de este juicio, por cuanto ella no fue eximida del impuesto de papel sellado en las cláusulas pertinentes de los contratos a que alude el señor apoderado de la Compañía citada". Se anula, por incompetencia de jurisdicción, esta parte del auto apelado.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.— Jorge García Merlano, Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA DE CONTRATO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE UNAS MINAS DE ALUVION DE METALES PRECIOSOS PERTENECIENTES A LA RESERVA NACIONAL

El dueño de una mina de las de la clase cuyo dominio se reservó la Nación por medio de la Ley 13 de 1937 que habiendo perdido su derecho y posesión por el no pago oportuno de los impuestos, no ejerció la facultad de recuperarlos antes de que entrara en vigencia la reserva nacional decretada por dicha ley, perdió definitivamente el dominio y posesión regular de la mina.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

En apelación de la sentencia de primer grado dictada por el Tribunal Superior de Pasto el 19 de enero de 1954 ha venido a la Corte el presente juicio ordinario de la señora Josefina Segura viuda de George contra la Nación.

Antecedentes del juicio

La señora Ruth Velasco de Cortés formuló ante el Ministerio de Minas y Petróleos una propuesta de contrato para explorar y explotar las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional, existentes en una zona de la margen derecha del río Telembí, de mil ochocientos cincuenta y nueve (1.859) metros de longitud, comprendida desde la desembocadura de la quebrada "Boace" en el Telembí, ésta aguas abajo hasta la confluencia de la quebrada "Jiguara" en el mismo río, y limitado en su latitud por una línea recta de ochocientos cincuenta metros con cuarenta centímetros (850.40) y rumbo N. 61º 40' W., trazada entre dichas desembocaduras. La zona está situada en el Municipio de Barbacoas del Departamento de Nariño. El Ministerio aceptó la propuesta en Resolución Nº 643 de 5 de noviembre de 1948 y dispuso se siguiera el trámite administrativo correspondiente.

En tiempo oportuno la señora Josefina Segura viuda de George se opuso a la propuesta de contrato, alegando que la zona cuya adjudicación pretende la proponente invade parte de la mina "Clemencia", de su propiedad, delimitada así: "Tomando como base la desembocadura de la quebrada "BOACE", en el río Telembí base que es de dos kilómetros a uno y otro lado del cauce de esa quebrada se extiende, aguas arriba, en una extensión de cinco kilómetros hasta el punto "La Cortadura", con dos líneas paralelas por ambas orillas de esa quebrada".

La opositora presentó el título de la mina "Clemencia" y un certificado de estar a paz y salvo por concepto de impuestos mineros.

En vista de tal oposición el Ministerio dispuso, por Resolución Nº 546 de 26 de julio de 1949, confirmada por la Nº 71 de 20 de enero de 1950, enviar el expediente al Tribunal Superior de Pasto, para que éste, mediante el juicio ordinario de mayor cuantía, decidiera "si pertenecen al Estado o a la opositora señora Josefina Segura v. de George los metales preciosos encerrados por los linderos de la mina conocida con el nombre de "Clemencia". Dispuso igualmente que se procediera a la celebración del contrato entre la señora Ruth Velasco de Cortés y la Nación, debiendo dejarse establecido en el respectivo texto del convenio que si la decisión judicial fuere favorable a la Nación, la zona objeto de la oposición quedaría incluída en el contrato.

Posteriormente, con fecha 23 de marzo de 1950, se celebró el aludido contrato (fs. 28 a 33 cd. Nº 1), y luego se hizo la entrega material de la zona a la señora Ruth Velasco de Cortés, por los linderos señalados en la diligencia respectiva de fecha 27 de marzo de 1951, cuya copia obra al folio 143 del cuaderno Nº 4.

La demanda

Tal como lo ordena el artículo 3º de la ley 85 de 1945, la señora Josefina Segura viuda de George presentó demanda ante el Tribunal Superior

de Pasto, por medio de apoderado, para que en juicio ordinario de mayor cuantía se hagan contra la Nación las declaraciones y condenas que en seguida se expresan:

a) La mina "Clemencia", de aluvión u oro corrido, según el denuncio que de ella se hizo, la diligencia de posesión y entrega de la misma, los recibos de pago del impuesto de estaca, y el título expedido al adjudicatario, es un rectángulo cuya base a un lado y otro lado de la quebrada "Boacé" tiene dos kilómetros, y se extiende, aguas arriba, de la desembocadura de ésta en el río Telembí, hasta el punto "La Cortadura" en una longitud de cinco kilómetros.

b) Por no ser navegable la quebrada "Boacé" en ninguna época del año, y también por haberse expedido el título de la mina con anterioridad a la vigencia de la ley 13 de 1937, todo el mineral que aluvialmente se ha acumulado en su extensión rectangular, está fuera de la zona de la reserva que la expresada ley 13 de 1937 estableció para la Nación en el cauce y riberas del río Telembí. c). La mina "Clemencia", con la extensión aludida pertenece en dominio y posesión regular a la señora Josefina Segura viuda de George, por haber salido del patrimonio del Estado.

d) El Estado, al otorgar a la señora Ruth Velasco de Cortés la concesión para explorar y explotar la zona aurífera a que se refiere la Resolución Nº 71 de 20 de abril de 1950, del Ministerio de Minas y Petróleos, se apropió indebidamente de parte de la mina "Clemencia".

e) Consecuencialmente debe condenarse a la Nación a restituír el dominio y la posesión regular de la zona apropiada a la demandante y también a devolverle lo que por concepto de participaciones hubiere recibido el Gobierno por la explotación de la mina.

También pide la demandante que como consecuencia de la anterior declaración de dominio, o independientemente, se declare a la Nación responsable del daño infringido a su poderdante por los actos u omisiones de las autoridades y funcionarios del Ministerio de Minas y Petróleos al hacer entrega de la zona de la concesión a la señora Ruth Velasco de Cortés, y se le condene a la indemnización de perjuicios en la cuantía que se establezca en el curso del juicio o posteriormente.

Apoya su demanda en las disposiciones pertinentes del Código de Minas y en las leyes y decretos que lo modifican y adicionan; y en los artículos 719, 720, 724, 669, 673; 740; 756; 762; 765; 775; 945, 947, 948, 950 y 952 del Código Civil.

Trabada la litis mediante la contestación de la demanda, se recibió el juicio a prueba y en tiempo hábil se allegaron a los autos por la parte demandante varios recibos del pago del impuesto de minas (fs. 1 a 16 cd., Nº 4), y copia de varias piezas del proceso administrativo. Se practicó una inspección ocular sobre el terreno en litigio, con intervención de peritos, y se rindió el dictamen correspondiente.

Concluído el trámite, el Tribunal dictó el fallo que ha sido apelado, en cuya parte resolutiva se declara:

"**Primero.**—El derecho de dominio o propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos existentes en el trayecto de la margen derecha del río Telembí, de mil ochocientos cincuenta y nueve metros (1.859) de longitud, que se halla comprendido desde la desembocadura de la quebrada "Boacé" en el Telembí, éste aguas abajo, hasta la confluencia de la quebrada "Jiguará" en el río, y limitado en su latitud por una línea recta de ochocientos cincuenta metros con cuarenta centímetros (850,40), y rumbo 61º 40' W., trazada entre dichas desembocaduras, en jurisdicción del Municipio de Barbacoas del Departamento de Nariño no pertenece a la demandante señora Josefina Segura viuda de George, sino al Estado Colombiano.

"**Segundo.**—El Gobierno Nacional, al contratar con la señora Ruth Velasco de Cortés la exploración y explotación de metales preciosos existentes en la zona anteriormente demarcada, no irrogó perjuicio alguno a la demandante señora Josefina Segura viuda de George, por lo cual no hay lugar a hacer ninguna condenación al respecto, sobre esta petición de la demanda.

"Sin costas por no haberse causado".

Llegados los autos a la Corte en virtud de la apelación interpuesta por la demandante contra el fallo mencionado, se ha surtido el trámite correspondiente a la instancia. Las partes presentaron sus alegatos de conclusión y fueron citadas para sentencia. Por consiguiente se procede a fallar.

Personería

A la demanda acompañó la opositora el expediente distinguido con el número 1123 (fs. 5 a 12 cuaderno Nº 2), que contiene las diligencias rela-

cionadas con la adjudicación y posesión de la mina de oro corrido llamada "Clemencia", al señor Francisco George, adelantadas ante la Gobernación del Departamento de Nariño, y que constituyen el título de propiedad particular de dicha mina expedido el 17 de diciembre de 1920. Igualmente acompañó la escritura pública número 2467 de 21 de octubre de 1948, Notaría Tercera de Cali, debidamente registrada, en que consta la liquidación de bienes de la sociedad conyugal formada por los esposos Francisco George y Josefina Segura de George y la adjudicación a ésta última de la referida mina "Clemencia". Se trajo también un certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Nariño que acredita que la mina "Clemencia", ubicada en la quebrada "Boacé", Municipio de Barbacoas, se halla a paz y salvo por concepto del impuesto de minas correspondiente a los años 1937 a 1948 inclusive.

Estos documentos prueban que la llamada mina "Clemencia" salió legalmente del patrimonio del Estado en 1920, y que por virtud de la adjudicación hecha a la señora de George, aparece ella como propietaria. Demuestran por tanto su interés legítimo y personería sustantiva en el juicio.

Tanto la demandante como la Nación han actuado en el proceso por medio de sus representantes legales.

Localización, forma y extensión de la mina

Importa ante todo conocer la ubicación, forma y extensión de la mina objeto del litigio. En el título de propiedad antes citado, la denuncia de la mina es del tenor siguiente: "Señor Gobernador del Departamento.— Pasto.—Yo, Arquímedes J. Monzón, mayor de edad y vecino de este lugar, a Ud., atentamente digo: —Que en el cauce de la quebrada "Boacé", correspondiente a este Distrito Municipal, he descubierto una mina nueva de aluvión formada en el lecho de ella y deseando obtener la posesión y propiedad de aquélla para el Sr. Francisco George, la denuncio con tal objeto en debida forma. Esta mina se denominará "Clemencia". Fijo desde ahora como base la desembocadura de la mencionada quebrada en el alto río Telembí, debiendo seguirse la medida hasta el punto llamado "La Cortadura", y reservándome para hacerlo en el acto de la posesión el derecho de alteración que concede el art. 26 del Código de Minas".

En la diligencia de posesión, llevada a cabo el 15 de noviembre de 1920 por el señor Inspector del Corregimiento de Sucre, en asocio del interesado señor Francisco George y los peritos Pablo Llorente C., y Manuel de Jesús Sevillano, nombrados para medir la zona, éstos procedieron así: "Habiendo tomado por base la boca o desembocadura de la quebrada "Boacé" en el río Telembí, en el cauce de dicha quebrada se midieron aguas arriba, por las orillas, cinco kilómetros (5), y donde terminaron, que fue en el punto denominado "La Cortadura", se fijaron dos mojones de piedra; esto es, en las dos extremidades de las dos líneas paralelas, que partiendo de las orillas de la desembocadura de la quebrada de que se trata, quedó demarcada la medida de la mina..." Concluída ésta se dio "posesión legal y material al señor don Francisco George, de la mina de aluvión en el cauce de la quebrada "Boacé", denominada "Clemencia", dentro de las medidas que se han verificado. Como el señor Francisco George manifestó que recibía la posesión se declaró terminado el acto...".

En la súplica primera de la demanda se pide al Tribunal que declare: «a)—La mina "Clemencia" de aluvión u oro corrido, según el aviso o denuncio que de ella se hizo, la diligencia de posesión y entrega de la misma... es un rectángulo, cuya base a uno y otro lado de la quebrada "Boacé", tiene dos kilómetros; y se extiende aguas arriba de la desembocadura de ésta en el río Telembí, hasta el punto "La Cortadura", en una longitud de cinco kilómetros...".

Afirma, pues el demandante que el área de la mina es un rectángulo de dos kilómetros de base por cinco de altura. Desde luego esta afirmación no se ajusta a los términos de la denuncia de la mina ni a la medida hecha por los peritos en la diligencia de entrega y posesión a Francisco George. Entonces se señaló como base la desembocadura de la quebrada "Boacé" en el Telembí, pero no se tomó medida alguna que fijara en dos kilómetros la extensión de esa base; simplemente se dijo que habiendo tenido por base la desembocadura de la quebrada, "en el cauce de dicha quebrada se midieron aguas arriba, por las orillas, cinco kilómetros (5), y donde terminaron, que fue en el punto denominado "La Cortadura", se fijaron dos mojones de piedra; esto es, en las dos extremidades de las dos líneas paralelas, que partiendo de las orillas de la desembocadura de la quebrada de que se trata, quedó demarcada la medida de la mina". En ninguna parte expresan los peritos que en aquella oportunidad hubieran

demarcado un rectángulo de dos kilómetros de base por cinco de altura; lo que allí se dice claramente es que de la base y por las orillas de la quebrada se midieron cinco kilómetros y donde terminaron se fijaron dos mojones de piedra; que en las dos extremidades de las líneas paralelas quedó demarcada la zona. Y tal medida y demarcación se ajustaron a los términos de la propia denuncia de la mina, hecha por el señor Arquimedes Monzón a nombre de don Francisco George: "Que en el cauce de la quebrada "Boacé"... he descubierto un nueva mina formada por el lecho de ella". Además se observa que aun cuando el denunciante de la mina se reservó para la diligencia de entrega el derecho de alteración de que trata el art. 26 del C. de M., en tal diligencia el señor Francisco George, quien estuvo presente, no hizo objeción alguna al trabajo de medición y recibió de conformidad.

Este concepto sobre la forma superficial de la mina se reafirma con el dictamen de los peritos que actuaron en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo dentro de este juicio. En efecto, los ingenieros, interpretando las disposiciones legales sobre la materia —que transcriben en el dictamen— procedieron a levantar un rectángulo de 2 x 5 kilómetros, que según el actor tiene o le corresponde a la mina "Clemencia" y observaron:

"Como en el acto de la adjudicación se midieron cinco kilómetros, aguas arriba de la quebrada "Boacé", se deduce que para formar el trapecio rectangular se debe prolongar esa base y medir un kilómetro a lado y lado del eje de la quebrada. Pero ocurre que al hacer esto, el rectángulo o trapecio rectangular de dos kilómetros de base por cinco de altura se sale de la adjudicación hecha, porque la orientación de la quebrada "Boacé" es muy distinta del último tramo, en la desembocadura, base del rectángulo de adjudicación. Véase plancha número 1. En definitiva, si nos atenemos a las disposiciones del C. de M., el rectángulo se sale en casi su totalidad de lo adjudicado al señor Francisco George".

"En atención a lo anterior, a los peritos no nos queda otro recurso sino el de coordinar los términos de la adjudicación hecha con las disposiciones vigentes; o sea, levantar normales al eje de la quebrada y medir un kilómetro a uno y otro lado del mismo, advirtiendo que al hacer esto se invaden zonas ya adjudicadas con anterioridad a la de la mina "Clemencia", según nos informaron algunas personas de Barbacoas". Advierten los peritos que proceden a esa medición en las hipótesis de que el Tribunal decida que la mina "Clemencia" no es únicamente el cauce de la quebrada sino un rectángulo.

Los croquis adjuntos al dictamen (fs. 158 a 160 c. Nº 4) demuestran objetivamente las observaciones de los peritos. Estos hicieron un levantamiento que abarca áreas distintas al cauce de la quebrada y que conduce a extremos inaceptables o absurdos: que el rectángulo, levantado en la primera forma, se sale totalmente de la zona minera que dice la parte actora que le corresponde, yque la figura de la segunda, o sea, tomando como eje el curso de la quebrada, invade zonas ajenas. De donde se deduce sin lugar a duda, que lo adjudicado al señor George no pudo ser el área comprendida por un rectángulo, como lo pretende el demandante.

El artículo 24 del Código de Minas dispone que en la denuncia de la mina se fijarán dos puntos que determinen la línea que ha de servir de base a la medida de la pertenencia que se debe entregar, y otro punto generalmente conocido que indique hacia qué lado de la línea debe continuar la medida. En la denuncia del señor Monzón, como se ha visto, se indicó la línea de base —desembocadura de la quebrada— y el otro punto conocido —el sitio "La Cortadura"— para indicar que hacia ella debía continuarse la medida. El artículo 313 de la ley 153 de 1887, que subrogó el 28 del C. de M., establece que la extensión de las minas de aluvión será un cuadrado que tenga tres kilómetros de base, o un rectángulo de dos kilómetros de base y cinco de lado; que si el denunciante se conformare con una extensión menor, la designará claramente y se observará lo dispuesto en el art. 26; éste indica que el punto de partida será el que se designe en la denuncia, pero que el denunciante podrá hacer todas las alteraciones que quiera.

Ya se ha visto cómo don Francisco George no pide en el denuncio de la mina que se le adjudique una zona cuadrada de tres kilómetros de lado, ni un rectángulo de dos kilómetros de base por cinco de altura, sino que determina claramente como zona pretendida el cauce de la quebrada, y aunque expresamente se reservó el derecho de alteración para el momento de la medida, no ejercitó tal derecho en esa oportunidad, no obstante hallarse presente en la diligencia Por el contrario, habiendo presenciado que los técnicos no procedieron a medir en ningún momento los dos kilómetros de base del rectángulo, ni los tres del cuadrado, sino que simplemente midie-

ron cinco kilómetros por las orillas de la quebrada y a su término levantaron los mojones de piedra, guardó silencio y tomó posesión de la zona y la recibió de conformidad con lo señalado.

Todo lo anterior demuestra inequívocamente que la mina adjudicada al señor Francisco George abarca solamente el cauce de la quebrada "Boacé" desde su desembocadura en el río Telembí hasta el sitio "La Cortadura", pues tal fue lo denunciado, medido y entregado, como aparece de los documentos aludidos y de la aplicación de las disposiciones legales respectivas que se han citado.

Abandono de la mina

Con apoyo en las pruebas traídas a los autos por la propia demandante, el Tribunal de Pasto anota, y así lo ha verificado esta Sala, que los impuestos de los años 1937-1942 se pagaron el 28 de marzo de 1944 (f. 6 cuad. Nº 4) y los correspondientes a los años 1945-1948 se cancelaron el 3 de enero de 1949 (f. 11 a 13 cuad. Nº 4), por lo cual, de conformidad con los artículos 12 y 14 del Decreto 223 de 1932, la mina "Clemencia" cayó en abandono por falta de pago oportuno de los impuestos mineros. Y agrega el Tribunal, que habiéndose hecho las cancelaciones posteriormente se podría argumentar que a virtud de lo dispuesto por el art. 163 del Código de Minas, la dueña de la mina "Clemencia" recuperó el derecho de propiedad sobre la misma por no haber sido denunciada por otra persona, pero que, estando vigente la ley 13 de 1937 que estableció la reserva nacional sobre las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables, en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río, la titular de la mina "Clemencia" perdió el derecho a la recuperación sobre la zona de la reserva del río Telembí. "Consiguientemente —se dice en el fallo— la titular de la mina 'Clemencia' por el no pago del impuesto de estaca que dejó de cubrir oportunamente, no puede recuperar el dominio de la parte de la mina que, por encontrarse en la margen del río Telembí, entró a formar parte de la reserva nacional...".

El apoderado de la parte demandante, refiriéndose en el alegato de conclusión a este aspecto de la sentencia, la impugna en los siguientes términos:

"Por el art. 1º de la ley 13 la reserva nacional sólo abarca una zona de un kilómetro a cada lado del cauce normal del río navegable. Por esto el Tribunal a que no podía llegar a la conclusión que llegó de negar la declaración del dominio total de la mina "Clemencia" por dos razones potísimas: a). Porque el inciso 1º de la ley 13 dice que a pesar de la reserva nacional decretada quedan a salvo los derechos adquiridos con títulos; el Tribunal de Pasto no podía superponer o colocar por encima del derecho adquirido y titulado, otro dueño con título de reserva nacional. b). Porque en el supuesto absurdo de que así no fuera, la reserva nacional abarcaría sólo un kilómetro hacia afuera de la margen derecha del Telembí, desde la desembocadura del Boacé, aguas abajo. Es decir, que la mina Clemencia quedaría afectada con la reserva nacional sólo con un kilómetro cuadrado por la margen derecha únicamente de la quebrada Boacé...".

No está de acuerdo la Corte con la tesis del aparte a) de la exposición del apoderado, por las siguientes razones: el artículo 148 del Código de Minas dispone: "Los dueños de minas cuyos títulos señalen la extensión de ellas, tendrán que pagar el derecho que corresponda según dicha extensión, para conservar su derecho a la referida mina". Y el artículo 12 del Decreto 223 de 1932 establece: "Se reputan legalmente abandonadas las minas no redimidas a perpetuidad por las cuales no se paguen oportunamente los impuestos establecidos en los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del presente Decreto". De acuerdo con estas disposiciones es condición esencial para conservar el dominio y posesión regular a que da derecho el título de una mina el pago completo y oportuno del impuesto; si así no se hace, las minas "se reputan legalmente abandonadas", o sea, que la propiedad revierte al Estado por ministerio de la ley. Sin embargo el artículo 163 del Código estableció la facultad de recuperar la posesión pagando las cuotas de los años atrasados con el interés del uno y medio por ciento mensual, siempre que no se haya denunciado la mina antes de hacerse el pago. Pero como desde la vigencia de la ley 13 de 1937 la nación se reservó la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río, tales zonas mineras pasaron definitivamente al Estado, salvo los derechos adquiridos sobre ellas conforme a las leyes.

Estas normas están diciendo claramente que si el dueño de una mina conserva su posesión regular, por estar explotándola y hallarse a paz y sal-

vo en concepto de impuestos, no puede comprenderlo la reserva nacional, puesto que sus derechos quedan a salvo. Pero tales derecho y posesión se pierden por el no pago oportuno, o por no haberse ejercido la facultad de recuperarlos antes de la reserva, o por inactividad en la explotación. Tal es lo que acontece con la mina "Clemencia", que por haber dejado de pagarse los impuestos correspondientes a los años 1937, 1938, 1939, 1940, 1941 y 1942 cayó en abandono. En el primer año citado, 1937, pasó a ser de la reserva nacional la mina "Clemencia" en extensión de un kilómetro sobre la margen derecha del río Telembí. El resto de la extensión de la mina fue recuperado con el pago hecho en 1943 de las cuotas de los años atrasados según el mencionado artículo 163 y de acuerdo con los comprobantes de pago traídos al juicio.

El argumento del aparte b) del apoderado no se apoya en las conclusiones de la sentencia del Tribunal, porque ésta no dijo que la totalidad de la mina "Clemencia" entró a la reserva nacional, sino que textualmente expresó: "Consiguientemente, la titular de la mina "Clemencia", por el no pago del impuesto de estaca que dejó de cubrir oportunamente, no puede recuperar el dominio de la parte de la mina que, por encontrarse en la margen del río Telembí, entró a formar parte de la reserva nacional". Tampoco contempla el argumento la realidad de la zona que abarca la reserva nacional, pues concluye el apoderado "que la mina Clemencia quedaría afectada con la reserva nacional sólo con un kilómetro cuadrado por la margen derecha de la quebrada Boacé...", lo cual no es cierto porque, según se vio en el estudio sobre la forma y extensión de la mina, ésta está constituída únicamente por el cauce de la quebrada, es decir, que la zona de la reserva comprende un kilómetro del cauce de la quebrada Boacé desde su desembocadura en el Telembí, aguas arriba, y nada más. Los otros terrenos de las márgenes, como no hacen parte de la mina Clemencia, no se afectan con la propiedad nacional minera que se formó al constituírse la reserva.

Falta de explotación

El fallo de primera instancia concluye que la mina Clemencia cayó igualmente en abandono por falta de explotación, de acuerdo con los artículos 5º y 6º del Decreto 223 de 1932. A este respecto observa el apoderado que el Tribunal olvidó las prórrogas que para el laboreo de las minas establecieron los artículos 1º de la ley 54 de 1944 y 1º de la ley 81 de 1946, de conformidad con los cuales el referido plazo se prorrogó hasta el 31 de marzo de 1950, y cita además el artículo 2º de la ley 54 mencionada, según el cual las minas que hubieren caído en abandono por falta de explotación, y que no hubieren sido denunciadas como tales, no se reputarán desiertas siempre que se pague el doble del impuesto. Y el apoderado razona así: "Si la concesión, según el expediente llevado al Ministerio de Minas, fue solicitada en 29 de junio de 1948 por la señora Velasco de Cortés; si las prórrogas para la explotación de minas se extendieron hasta el 31 de marzo de 1950 ; y si las declaraciones de estar desiertas las minas no se pueden hacer desde la vigencia del art. 2º de la ley 54 de 1944, el Tribunal no podía jamás apoyarse en los arts. 5º y 6º del Decreto 223 de 1932 para declarar abandonada la mina Clemencia por falta de explotación".

Las anteriores observaciones del apoderado se ajustan a los ordenamientos legales respectivos y son por tanto procedentes. En efecto, el artículo 2º de la ley 54 de 1944 establece: "Las minas que al entrar en vigencia esta ley hayan caído en abandono en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º y 6º antes citados, y que no hayan sido denunciadas como tales, no se reputarán desiertas, y en consecuencia, les será aplicable la disposición contenida en el artículo anterior". Y el artículo 1º de esa ley dice: "Prorrógase, desde la vigencia de esta Ley y hasta el 31 de marzo de 1947, el término señalado en los artículos 5º y 6º del Decreto 223 de 1932, para el abandono de las minas que no se trabajen formalmente. Pero durante el término de la prórroga aquí decretada, tales minas pagarán el impuesto doble establecido en el artículo 5º antes citado". Por el artículo 1º de la ley 86 de 1946 se prorrogó el término para la explotación formal de las minas por tres años más, es decir, hasta el 31 de marzo de 1950. Se advierte pues cómo la primitiva disposición que señaló el plazo para explotar las minas (art. 5º Decreto 223) sufrió varias modificaciones en cuanto al término y al propio tiempo se dijo que las minas abandonadas por la no explotación no se reputarían desiertas si se pagaba el doble del impuesto establecido ordinariamente y siempre que no se hubieran denunciado (art. 2º ley 54 de 1944). Hay, por tanto, respecto a la mina "Clemencia" circunstancias de orden legal que llevan a no aceptar la conclusión del Tribunal en cuan-

to al abandono por falta de explotación de dicha mina; en primer lugar, porque no consta en los autos que persona alguna la hubiera denunciado como desierta por la no explotación, en segundo lugar, porque existen los comprobantes del pago de los impuestos, y porque es evidente que cuando se formuló la oposición de la señora de George aún no estaba vencido el plazo para la explotación, fijado por la ley 81 de 1946.

Objeto de la concesión

De conformidad con el contrato celebrado entre el Gobierno y la señora Ruth Velasco de Cortés, cuya copia auténtica obra a folios 28 y ss., del cuaderno Nº 1, el derecho de la concesionaria a explorar y explotar metales preciosos se concreta "en un trayecto de la zona de la reserva nacional de la margen derecha del río Telembí, de mil ochocientos cincuenta y nueve metros (1.859 m.) de longitud, que se halla comprendido desde la desembocadura de la quebrada "Boacé" en el Telembí, éste aguas abajo, hasta la confluencia de la quebrada "Jiguará" en el mismo río, y limitado en su latitud por una línea recta de ochocientos cincuenta metros con cuarenta centímetros (850.40)". De la zona mencionada, según la cláusula primera de dicho contrato, "queda expresamente excluída el área que pueda corresponder a la mina denominada "Clemencia"... Pero si la decisión en el juicio que sobre dicha mina dispusc adelantar el Ministerio de Minas y Petróleos... ante el Tribunal Superior de Pasto fuere favorable a la Nación, el área mencionada quedará por ese mismo hecho incorporada en el presente contrato". Así se efectuó la entrega a la señora Velasco de Cortés según la copia del acta visible al folio 143 del cuaderno Nº 4.

De las anotaciones que preceden se deduce: a) la mina "Clemencia" según el denuncio, la medida y entrega de ella y el dictamen pericial rendido dentro del juicio, abarcó solamente el cauce de la quebrada Boacé, desde su desembocadura en el río Telembí punto La Cortadura; b) por virtud de la ley 13 de 1937, y por no haberse recuperado en tiempo la posesión como lo prevé el artículo 163 del Código de Minas, pasó a la reserva nacional la parte de la mina "Clmencia" que comprende un kilómetro a partir de la desembocadura de la quebrada Boacé en el Telembí, por haberse incorporado a dicha reserva todo el territorio minero correspondiente a la zona de un kilómetro sobre las márgenes de los ríos navegables; c) La zona dada en concesión a la señora Ruth Velasco de Cortés no invade la mina "Clemencia" en la parte no comprendida por la reserva nacional.

El fallo de primera instancia no decide directamente sobre el objeto del juicio según la Resolución Nº 546 de 26 de julio de 1949 del Ministerio de Minas y la principal petición de la demanda. Esta última impetra la declaración de que la mina "Clemencia", con el área que al efecto indica, pertenece a la señora Josefina Segura viuda de George y la Resolución ministerial tiende a que se decida si pertenecen al Estado o a la señora Josefina Segura v. de George los metales preciosos encerrados por los linderos de la mina Clemencia. El fallo del Tribunal, como queda dicho, se pronuncia indirectamente respecto a este punto, al limitarse a declarar el dominio y propiedad del Estado sobre los aluviones de metales preciosos objeto de la concesión a la señora Ruth Velasco de Cortés, por los mismos linderos de la propuesta de contrato, lo que desde luego indirectamente niega la propiedad privada de la opositora en la zona que, habiéndole pertenecido, pasó a la reserva nacional. La decisión ha debido ser explícita, clara y en armonía con el objeto del pleito.

El actor promueve también en la demanda una acción independiente de la principal, al pretender la declaración de que el Estado es responsable "extracontractualmente" de los daños que dice se inflingieron a su poderdante con la diligencia de entrega a la señora de Cortés, que deben serle indemnizados. Sobre este punto la sentencia del Tribunal se pronuncia en forma negativa. La decisión en el particular es acertada y debe mantenerse, no sólo por la conclusión a que se llega sobre la forma y extensión que realmente tiene en la actualidad la mina "Clemencia", de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones anteriores, sino por el hecho muy claro de que en la diligencia de entrega de la zona minera dada en concesión a la señora Velasco de Cortés expresamente se dejó la siguiente constancia: "De la zona cuyos linderos acaban de describirse queda expresamente excluída el área que pueda corresponder a la mina denominada "Clemencia", la cual área, que se excluye de manera absoluta de la presente entrega, mide aproximadamente siete hectáreas (7 Hcrs.), de acuerdo con el plano elaborado por el servicio técnico de minas del Ministerio..." (f. 143 cd. Nº 4). No obstante tal

aclaración, el abogado de la opositora pidió al Ministerio que se improbara la diligencia y se ordenara verificarla de nuevo, por considerar que lo entregado abarcaba la zona en litigio. El Ministerio en Resolución Nº 20 de 18 de abril de 1951 (fs. 146 y 147 ibidem) negó lo pedido apoyándose en el texto del contrato. Por consiguiente, deducida la verdadera forma y extensión de la mina "Clemencia" en la parte pertinente de esta providencia y teniendo en cuenta la diligencia de entrega a la señora Velasco de Cortés el 27 de marzo de 1951, lógicamente se concluye que en tal entrega no se invadió ninguna parte de la pertenencia de la opositora y por lo mismo ningún perjuicio pudo irrogársele. Por tanto no hay base legal para la condena pedida.

Sentencia

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada y declara:

1º—La mina Clemencia ,de aluvión u oro corrido, tal como fue adjudicada al señor Francisco George conforme al título de propiedad, abarcó únicamente el cauce de la quebrada Boacé, desde su desembocadura en el río Telembí, hasta el sitio La Cortadura, en el Municipio de Barbacoas, Departamento de Nariño.

2º—Es de propiedad de la señora Josefina Segura viuda de George la mina Clemencia, limitada al cauce de la quebrada Boacé, desde el punto La Cortadura hasta un kilómetro antes de la desembocadura de dicha quebrada en el río Telembí, en el municipio de Barbacoas; lo demás de la antigua mina Clemencia pertenece a la reserva nacional.

3º—Niéganse las demás peticiones formuladas en el libelo de demanda.

Costas de la instancia a cargo de la demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.— Jorge García Merlano, Secretario.

NO HAY LEGITIMACION DE LA PARTE DEMANDADA EN EL PROCESO CUANDO SE DEMANDA A LA NACION REPRESENTADA POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO EN RELACION CON UNO DE LOS BIENES CUYO MANEJO EL ESTADO DIO AL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene personería privativa en todo lo que tiene relación con los bienes dados a él en administración por el Estado, ya sea que tales bienes estén o hayan estado bajo su guarda y siempre que se trate de algo referente a ellos, como su posesión, en reivindicación, los créditos activos o pasivos originados en el manejo de tales bienes. El Estado dió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles su representación extrajudicial y en juicio para todo lo concerniente al patrimonio que le confió.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado las señoras Isabel Malo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard demandan a la Nación, representada por el Procurador, ante esta Sala de la Corte, para que en juicio ordinario se declare:

"Que la Nación está obligada, previo pago a ella de dos mil setecientos nueve pesos 25/100 m. l., por parte de mis poderdantes, a devolver a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio del señor Arturo Malo O'Leary y de la señora Elvira Tanco Malo la zona de terreno destinada al servicio del Ferrocarril de Zipaquirá, especificada en el artículo 1º de la promesa de contrato celebrada por el Ministro de Fomento, señor Manuel José Goenaga G., en nombre del Gobierno Nacional y el señor Arturo Malo O'Leary el 30 de septiembre de 1892, por haberse cambiado la línea del Ferrocarril mencionado tal como se previó en el artículo 4º del mencionado contrato. Esta zona de terreno mide seis mil setecientos setenta y tres metros catorce centímetros cuadrados. o sea seiscientos quince metros setenta y cuatro centímetros de largo por once metros de ancho comprendido el grueso de las paredes divisorias y linda así: por el Oriente y Occidente con propiedades que fueron de Arturo Malo O'Leary denominada (sic) Quinta de Merced o Rosales; por el Norte, con propiedades que fueron de la señora Luisa Carbonell y después de F. Montaña y Pedro Jaramillo y por el Sur con la Quinta de la Magdalena que fue de propiedad de Paulina Carrasquilla y Ana Rita Espinosa aguas del río del Arzobispo de por medio".

Se apoya la demanda en varios hechos, entre ellos la celebración de un contrato de promesa de compraventa el 30 de septiembre de 1892 entre la Nación y el señor Arturo Malo O' Leary. El artículo 1º de tal convención acuerda la venta del terreno y señala sus linderos. El artículo 2º se refiere al precio, que se fija en la cantidad de $ 6.403.65. Por el artículo 3º el señor Malo O'Leary se obliga a elevar a escritura pública dicho convenio tan pronto como reciba la suma de dinero fijada como precio. El artículo 4º establece: "Artículo 4º—Queda claramente estipulado que si por cualquiera causa fracasare la empresa del Ferrocarril de Zipaquirá, o si se hiciere un cambio en la línea del ferrocarril en virtud del cual la carrilera deje de pasar por el predio de Malo O' Leary, éste tiene derecho a que se le devuelva el terreno materia de este documento, reintegrando previamente al Gobierno el precio recibido". El artículo 5º, expresa que para la validez del contrato se requiere la aprobación del Vicepresidente de la República encargado del Poder Ejecutivo. Y lo firman José Manuel Goenaga G., como Ministro de Fomento, y Arturo Malo O'Leary. El 30 de septiembre de 189? la convención dicha se aprueba por el Gobierno Nacional.

Se dice en los hechos 4° y 5º que el señor Malo O'Leary firmó el 9 de febrero de 1893, en la Notaría 2 ªde Bogotá, la escritura de compraventa del inmueble, pero que tal escritura no fue firmada por el comprador por razones que se igno-

ran, y que el señor Malo O'Leary cumplió todas las obligaciones a su cargo provenientes del contrato de promesa de compraventa mencionado.

En los hechos 11 y 12 se afirma que en 1934 se hizo un cambio en la línea del ferrocarril de Zipaquirá en virtud del cual la carrilera deja de pasar por el predio cedido por el señor Arturo Malo O'Leary a la Nación, que ésta no ha devuelto la zona mencionada y que está obligada a hacerlo en las personas de los causahabientes del señor Malo O'Leary.

La demanda se funda en los artículos 1494, 1495, 1530, 1540, 1541, 1606, 1603, 1604 del Código Civil y 89 de la ley 153 de 1887.

Admitida que fue se corrió traslado de ella al señor Procurador Delegado en lo Civil, y este funcionario antes de contestarla propuso la excepción de inepta demanda, según el artículo 333, numeral 2º, del C. J., por considerar que se dirige contra persona distinta de la obligada a responder, pues es al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y no al Procurador de la Nación a quien corresponde llevar la personería de la parte demandada. Para sustentar su pedimento adujo el Procurador motivos y razones con apoyo en las facultades y deberes que los Decretos 1420, 1842 y 2645 de 1943 señalan al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Surtido el trámite propio de la excepción, fue resuelta desfavorablemente por el Magistrado que sustanciaba el negocio, y luégo, al decidirse la súplica respecto de tal providencia, la Sala respectiva resolvió mantene- la decisión. Conviene destacar los fundamentos esenciales de aquellas determinaciones.

En el auto de Sala unitaria puede leerse: "Porque si todo el razonamiento del Procurador Delegado se endereza —según lo entiende la Sala— a demostrar que por tratarse de un acto de administración como lo es el cambio o variación de la línea —que de haber ocurrido debió ser ejecutado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles— es éste y no la Nación la llamada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda, resulta claro que la excepción propuesta más que a controvertir la personería adjetiva de quien en el libelo se señala como representante de la Nación demandada, se dirige a desconocer la obligación que se pretende deducir a cargo de ésta para desplazarla sobre el Consejo, representado en la persona del Administrador General. En otros términos, el problema así planteado no versa ciertamente sobre cuál es el órgano por cuyo conducto debe en este caso comparecer en juicio la Nación, sino sobre una cuestión de mayor entidad, a saber: contra cuál de los dos —Nación o Consejo Administrativo— ha de promoverse la demanda. Y es obvio que ello no podría decidirse mediante los trámites de un simple incidente de excepciones dilatorias, en el que sólo se permite discutir cuestiones relacionadas con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y no aquellas que se oponen a lo sustancial de la acción".

En el auto de la Sala Plural que resolvió el recurso de súplica se expresa lo siguiente: "Se deduce, pues, de lo dicho, que dentro de las características que la ley quiso asignarle a este establecimiento, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, si dependiente del Estado en cuanto a la forma y términos como cumple su función puramente administrativa, es sin embargo en el campo de la vida civil una persona jurídica independiente y autónoma, capacitada como tal para comprometer sólo su personal responsabilidad en los bienes que administra, mas no los de la Nación en el patrimonio general de que fue expresamente separado. ...Y esto es así porque estableciendo el artículo 2º del Decreto Nº 2645 de 1943 que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales 'disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma' y 'ejercerá todas sus funciones con una completa independencia', no puede entenderse que en la última parte del artículo, cuando se agrega que el Consejo 'tendrá la personería activa y pasiva de la Nación... en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios', se quiera desconocerle aquella autonomía jurídica. Más congruente es admitir que esta parte de la disposición se refiere únicamente a los bienes e intereses nacionales sometidos al Consejo, en el sentido de que éste tenga la personería activa y pasiva de ese patrimonio nacional descentralizado, por medio de su Administrador General".

Confirmada la providencia de la Sala Unitaria que declaró no probada la excepción dilatoria y ordenó contestar la demanda, el señor Procurador Delegado en lo Civil así lo hizo y el juicio siguió su curso, habiendo llegado, después de los trámites correspondientes a su clase, al estado de recibir sentencia que le ponga término, a lo cual se procede, comenzando, como es razonable y lógico, por el examen de la excepción referente a la personería de la parte demandada, planteada

primeramente como excepción dilatoria y luégo como perentoria por el señor Procurador Delegado. En su escrito de 23 de mayo de 1952, al folio 49 del cuaderno respectivo, y al contestar la demanda expresa: "Los actos, contratos y hechos mencionados en que intervino el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, y de que dan cuenta las citadas escrituras, son el ejercicio de facultades legales respecto de una zona territorial administrada por él como 'persona jurídica autónoma', al tenor de la ley 29 de 1931. Por consiguiente, la actual demanda contra la Nación ha debido igualmente dirigirse contra dicho Consejo, ya que se presenta un caso evidente de litis-consorcio pasiva necesario. No fue demandado el Consejo, 'persona jurídica autónoma', luego el libelo a que me refiero adolece de ineptitud sustantiva". Y en el alegato de conclusión, de 14 de junio de 1954, el mismo funcionario manifiesta: "La Procuraduría reitera e insiste en la excepción de inepta demanda, por haberse dirigido contra persona diversa de la obligada a responder, excepción que fue propuesta desde la contestación del libelo y sostenida a lo largo de todo el juicio...".

El apoderado de las demandantes comenta en estos términos, en su alegato final, la cuestión de que aquí se trata:

"'Avocada así la Sala Dual al problema de especial y previo pronunciamiento, le hizo saber al señor Agente del Ministerio Público que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles tenía la representación activa y pasiva del patrimonio manejado por él en su tráfico jurídico, sin que pueda considerarse como mandatario de la Nación y sin que pueda por consiguiente, comprometer la personería de ésta en cuestiones ajenas a dicho patrimonio; y como la Sala Dual rechazó la excepción, establecido quedó en este proceso, que la demanda no versa sobre patrimonio alguno de la entidad autónoma denominada Consejo de Ferrocarriles. Así, pues, en el momento y lugar precisos del procedimiento, o sea en las excepciones dilatorias, quedó dicho que la Nación sí está bien representada en este juicio por el señor Procurador; de ahí que no haya yo de insistir sobre el particular agregando a lo muy bien dicho por mi antecesor y por la Corte misma, en las excepciones, que sería completamente anómalo que tuvieran mis mandantes que discutir con una persona que no celebró el contrato en que se funda la demanda, ni es su representante legal, porque la Nación no está en entredicho, ni el Consejo de Ferrocarriles está administrando el contrato celebrado en el año 1892 con el señor Malo, cuando ni siquiera tenía Colombia este flamante órgano de administración de ferrocarriles (no de contrato) ni, por último, se encontraba administrando la zona reclamada al proponerse la demanda que ha originado este juicio, puesto que en el evento en que se funda la acción de constatación propuesta en el capítulo 1º de la demanda, es precisamente el de que la zona fue entregada al Municipio de Bogotá, quien ha hecho avenida usando, en parte, lo ajeno, regalado o cuasitomado por la Nación en acto de fácil desprendimiento".

Se considera:

a) La Corte, al declarar no probada la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador, consideró que no tenía ese carácter, y que antes bien participaba de la naturaleza de una excepción de fondo o perentoria, que no podía decidirse en un auto de previo pronunciamiento, "ya que se dirige a desconocer la obligación que se pretende deducir a cargo de ésta (la Nación) para desplazarla sobre el Consejo, representado en la persona del administrador general". (fl. 26 v. c. 1).

b) Si la Corte declaró, como lo anota acertadamente el apoderado de los actores, que la demanda podía adelantarse como se había propuesto, advirtió también que el punto tocante con la representación de la Nación debía ser resuelto al momento de la sentencia.

c) El Procurador Delegado en lo Civil, al contestar la demanda, propuso como excepción perentoria la que había presentado como dilatoria.

d) Debe por tanto la Corte pronunciarse en la presente oportunidad sobre dicha excepción.

e) La excepción se funda en los ordenamientos de los Decretos 1420, 1482 y 2645 de 1943, particularmente en el último, ahora vigente, y en la ley 29 de 1931. Se argumenta que esas normas le dieron al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles completa autonomía e independencia para administrar los bienes nacionales de esa clase y ordenan que el Consejo lleve en juicio la representación activa y pasiva de la Nación; por lo cual el presente ha debido adelantarse con el Consejo, como personero de aquélla, y no con el Procurador Delegado en lo Civil.

f) No parece necesario repetir lo ya expuesto por la Sala en relación con las atribuciones del

Consejo Administrativo de los Ferocarriles Nacionales, derivadas de la ley 29 de 1931 y los Decretos de 1943. Con todo, deben destacarse estas características: existencia de un patrimonio nacional descentralizado, autonomía e independencia del Consejo para administrarlo y facultad y deber de comparecer en juicio como demandante o demandado en lo que se refiere a la defensa de dicho patrimonio.

g) Se agrega que en todo lo que tiene relación con los bienes dados a él en administración por el Estado, hay personería privativa en el Consejo. Bien sea que los bienes estén o hayan estado bajo su guarda, y siempre que se trate de algo referente a ellos, como su posesión, su reivindicación, los créditos activos o pasivos originados en el manejo de tales bienes. El Estado dio al Consejo Administrativo de los Ferocarriles su representación extrajudicial y en juicio para todo lo concerniente al patrimonio que le confió. La devolución de la zona de terreno que se persigue en el presente pleito se refiere directamente a un bien cuya administración pasó al Consejo Administrativo al encargarse de dirigir y administrar el Ferrocarril del Norte. Todavía tiene esa administración el Consejo, luego no es siquiera dudoso que a esa entidad le corresponde llevar la representación del Estado en este juicio, sin que los Agentes del Ministerio Público intervengan, pues así lo dispone el art. 2º del Decreto número 2645 de 1943, cuando establece que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, "con exclusión del Ministerio Público".

h) Que la Nación y no el Consejo hubiera celebrado la promesa de contrato en 1892, no significa que el Consejo haya de ser extraño a las controversias sobrevivientes, los cuales debe atender conforme a las leyes y decretos que lo crearon y le señalaron sus atribuciones. Si la Nación enajenó la zona, con derecho o sin él, es asunto que le toca afrontar al Consejo y no a la Procuraduría en repreentación de aquélla, que había entregado el patrimonio de los ferrocarriles a una persona autónoma e independiente para que lo administrara.

i) La demanda no prospera, por haberse dirigido contra persona distinta de la obligada. No ha habido legitimación en el proceso de la parte demandada. Y por tanto no es el caso de decretar las peticiones contenidas en el libelo.

Así lo decide la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Costas a cargo del demandante.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Cuervo.— Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.— Néstor Pineda.— Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE ACCEDE A LA ACLARACION DE LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.— Bogotá, noviembre dieciocho de mil novecientos cincuenta y cuatro..

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El fallo de esta Sala dictado el 29 de septiembre anterior termina con esta declaración:

"La demanda no prospera, por haberse dirigido contra persona distinta de la obligada. No ha habido legitimación en el proceso de la parte demandada. Y por tanto no es el caso de decretar las peticiones contenidas en el libelo".

Principal fundamento en la providencia fue el considerar que la demanda no se dirigió contra la persona obligada a responder, o sea contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Se pide ahora por el apoderado de los actores una aclaración, que a juicio de la Sala no es necesaria, pues su pensamiento respecto a la presentación en el juicio de una excepción perentoria, no dilatoria, aparece en todas las decisiones de la Corporción, y fue además compartido por el propio demandante en la parte de su memorial que corre a folios 32 a 34, cuaderno número 1, bajo este epígrafe: "No es inepta la demanda, sino la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador, **porque la excepción alegada es perentoria"** (se subraya). A este pasaje de su escrito pertenecen estos conceptos: "Por lo tanto, tiene toda la razón el señor Magistrado Ponente, quien dice en el auto recurrido: 'el problema así planteado no versa ciertamente sobre cuál es el órgano por cuyo conducto debe en este caso comparecer en juicio la Nación, sino sobre una excepción de mayor entidad, a saber: contra cuál de los dos —Nación o Consejo Administrativo— ha de promoverse la demanda. Y es obvio que ello no podría decidirse mediante los trámites de un simple incidente de excepciones dilatorias, en el que sólo se permite discutir cuestiones relacionadas con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, no aquéllas que se oponen a lo sustancial de la acción'. Resulta, pues, que la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador es inepta porque se refiere no a una cuestión adjetiva (si la Nación está bien o no representada en este juicio) sino a una cuestión de fondo: si es obligada a responder por los hechos constitutivos de la demanda, la Nación (representada por el señor Procurador) o la 'persona jurídica independiente y autónoma' que se denomina Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Trátase pues de una excepción perentoria y no dilatoria, como lo anota muy bien el auto recurrido, por lo cual es infundada la súplica".

La cuestión planteada y sostenida por el señor Procurador a lo largo del juicio la decidió la Sala en providencia de la cual se solicita aclaración. Y en modo alguno el fallo en que esto se hizo es una "nueva sentencia de excepciones dilatorias".

Cuando la Corte hubo de pronunciarse inicialmente sobre las excepciones destacó en sus dos autos, el del Magistrado sustanciador y el de la Sala, su pensamiento acerca de que la persona obligada a responder en el juicio era el Consejo, entidad autónoma en la administración de un patrimonio nacional descentralizado, el de los Ferrocarriles. El auto de la Sala que resolvió sobre la súplica mantuvo el del Magistrado sustanciador, que había negado la excepción dilatoria, y uno y otro determinaron la continuación del juicio.

Estas observaciones, idénticas a las que se hicieron en la decisión a que el memorialista se refiere, sirven, lo mismo que aquélla, para responder a las preguntas que formula el señor abogado.

Siendo el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales una entidad autónoma para la administración de un patrimonio nacional descentralizado, es obvio que él, como tal, responde de las acciones referentes a esos bienes, no la nación.

Al resolver la Corte sobre la excepción propuesta en el comienzo del juicio, lo hizo manifestando que tenía carácter de perentoria, no el de dilatoria, lo que razonablemente no impidió el curso del negocio.

La contradicción de conceptos que cree encontrar el señor apoderado en la providencia mencionada, no existe. Cualquier duda en el particular se disipa leyendo estos pasajes del mismo fa-

llo: "f) No parece necesario repetir lo ya expuesto por la Sala en relación con las atribuciones del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, derivados de la ley 29 de 1931 y los decretos de 1943. Con todo, deben destacarse estas características: existencia de un patrimonio nacional descentralizado, autonomía e independencia del Consejo para administrarlo y facultad y deber de comparecer en juicio como demandante o demandado en lo que se refiere a la defensa de dicho patrimonio. h) Que la nación y no el Consejo hubiera celebrado la promesa de contrato en 1892, no significa que el Consejo haya de ser extraño a las controversias sobrevinientes, las cuales debe atender conforme a las leyes y decretos que lo crearon y le señalaron sus atribuciones. Si la nación enajenó la zona, con derecho o sin él, es asunto que le toca afrontar al Consejo y no a la Procuraduría en representación de aquélla, que había entregado el patrimonio de los ferrocarriles a una persona autónoma e independiente para que lo administrara".

La Corte no se ha ocupado en la cuestión llamada "adjetiva" por el señor apoderado "de si la Nación está bien o no representada en este juicio", sino de la de fondo, consistente en determinar si es la Nación o es el Consejo Administrativo la persona obligada a responder por los hechos de la demanda. Todos los conceptos de la Sala sobre esta cuestión están subordinados a su pensamiento cardinal, claramente expuesto. La expresión del fallo al decir que "El Estado dio al Consejo Administrativo de los Ferocarriles su representación extrajudicial y en juicio", se basa en los términos del art. 2º del Decreto 2645 de 1943, según el cual tendrá la personería activa y pasiva de la Nación", afirmando al propio tiempo tal Decreto que es una persona jurídica autónoma y ejerce sus funciones con una completa independencia. Refiriéndose la Sala a estas calidades reconocidas al Consejo, dijo en la providencia de que ahora se trata, repitiendo sus propios anteriores conceptos: "Más congruente es admitir que esta parte de la disposición se refiere únicamente a los bienes e intereses nacionales sometidos al Consejo en el sentido de que éste tenga la personería activa y pasiva de ese patrimonio nacional descentralizado, por medio de su Administrador General".

La providencia cuya aclaración se pide y los conceptos en ella expresados no ofrecen pues motivo de duda que impongan una aclaración al tenor de lo dispuesto por el art. 482 del C. J. Al fallar el litigio se resolvió que no había legitimación en el proceso de la parte demandada, por haberse dirigido la acción contra persona distinta de la obligada. Esta decisión fue consecuencia natural de una cuestión que se planteó y sostuvo durante el juicio, y que, como la propia parte actora lo admitió, sólo debía ser materia de un pronunciamiento de fondo, al ponérsele término al asunto.

En consecuencia la Sala resuelve:

No es el caso de hacer aclaración alguna a su fallo de 29 de septiembre.

Notifíquese.

Publíquese en la Gaceta Judicial junto con la sentencia de que se trata.

Luis Enrique Cuervo. — Aníbal Cardoso Gaitán.— Roberto Goenaga. —Néstor Pineda.— Jorge García M., Secretario.

I N D I C E

Págns.

SALA DE CASACION CIVIL

El heredero sí puede gravar con hipoteca uno o varios inmuebles determinados de la sucesión ilíquida.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Jesús M. Rodríguez contra Daniel Roldán Uñate y otro, sobre simulación de un contratrato .—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 537

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 542

Recurso de Revisión.—Se declara infundado el recurso de revisión que contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario de Félix Jinete y otros contra Rafael Fonseca intentó Rafael Vizcaíno.—Magistrado Ponennente: Dr. Alberto Zuleta Angel 543

Acción reivindicatoria.—Necesidad de que la propiedad del actor aparezca plenamente comprobada respecto de la cosa singular que es objeto de la reivindicación, para que ésta prospere.—En el juicio ordinario que Julio Gallego siguió contra Pablo Rodríguez, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, y, en su lugar, confirma la del Juez 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, absolutoria del demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 544

Cuantía para el recurso de casación.—Apreciación de un dictamen pericial por parte del Juzgador.—Se declara legalmente denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario de Miguel Ruget C., y otro contra Pablo Alejandro Rodríguez.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 549

Imposibilidad de equiparar o confundir la simulación y la nulidad.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la del Juez 6º Civil del Circuito de la misma ciudad, que absolvió de todos los cargos de la demanda, a los demandados en el juicio ordinario intentado por Luis Alberto Bustamante contra Juan B. Ruiz y otra.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 553

En juicio de rescisión por lesión enorme, el avalúo catastral no constituye sino un indicio lejano del valor del inmueble objeto del contrato cuya rescisión se demanda.—En el juicio ordinario que Enrique y Segundo Ortega B., intentaron contra Julio Ortega B., la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 558

Cuando la cosa es poseída en común por varias personas, deben demandarse todas en el libelo con que se intente la reivindicación de ella.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó la del Juzgado del Circuito de Guaduas, proferida en el juicio ordinario seguido por "Compañía Colombiana de Crédito Comercial, S. A." contra Eduardo Noguera S., y declaró que "por falta de uno de los presupuestos procesales necesarios para el ejercicio de la acción incoada, no es procedente el estudio de fondo de la acción de dominio instaurada..." y que "en consecuencia, no se hace ninguna de las declaraciones solicitadas en el libelo".Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 564

Págns.

Las disposiciones legales que limitem la libertad de los contratantes para estipular los términos de un contrato, son excepcionales y no admiten interpretación ni aplicación extensivas—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario seguido por Francisco Camargo O., contra Mario Cogollo.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 569

Acciones de petición de herencia y reivindicatoria.—Caso en que un tercero posea bienes de una herencia en virtud de adquisición hecha de manos de un heredero putativo. Casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Flor María Rivera Casas siguió contra Emilia Rivera García de Puerto y otras. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 565

Improcedencia del incidente de nulidad procesal en la secuela del recurso de casación. Se niega el pedimento de nulidad procesal formulado por el Procurador Delegado en lo Civil en el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín para decidir el juicio ordinario seguido por el Presbítero José Miguel Agudelo contra el Municipio de Bello.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 582

Objeciones a una partición. — Distribución de los frutos producidos por bienes de la herencia cuando se trata de sucesión intestada y durante el tiempo que duró la indivisión.— Patrimonio de familia inembargable.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá; se revoca la del Juez 8º Civil del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar, la Corte imprueba la partición practicada en el juicio de sucesión intestada de Luis E. Restrepo Botero y ordena entregar el expediente al partidor para que en el término de cinco días la rehaga en lo concerniente a la distribución de los frutos producidos por los bienes herenciales y conforme a lo expuesto en la parte motiva del fallo.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 584

Cuándo puede decretarse en casación la nulidad de la actuación.—No se accede a la petición formulada por el Sr. Procurador Delegado en lo Civil para que se decrete la nulidad de parte de lo actuado en el juicio de pertenencia de Miguel J. Neira y otros.—Auto proferido con ponencia del Magistrado Dr. Darío Echandía 591

Soberanía del Tribunal en la apreciación de la prueba pericial.—Su alcance. — En el juicio ordinario que Obdulia Mejía Isaza y otras, siguieron contra el Municipio de Medellín, sobre indemnización de perjuicios, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad y favorable a las demandantes.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez ... 592

Acción de filiación natural.—Para que pueda hacerse la declaración de paternidad con base en la posesión notoria del estado civil de hijo natural por parte del demandante, se requiere que la expresión conceptual de los testigos sobre el trato y la fama, esté respaldada por los hechos de crianza, sostenimiento y educación del del actor realizados por el pretenso padre. La Corte deniega todas las peticiones contenidas en la demanda ordinaria incoada por Víctor Fernández contra la sucesión de Otoniel Fernández, representada por Elvira Huertas de Fernández y otras; y absuelve a la parte demandada, de todos los cargos deducidos contra ella en el libelo, para todo lo cual casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y revoca la del Juez del Circuito Civil de Facatativá.— Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 596

Las contradicciones en la parte motiva de la sentencia no inducen motivo de casación. Antes de la liquidación de la comunidad, los copartícipes no tienen individualmente propiedad, en el estricto sentido de la palabra, en ningún cuerpo cierto de los que componen la comunidad.—El error de he-

Págns.

cho en la apreciación de las pruebas del juicio.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de Eutiquio Castellanos y otro contra Eduardo Emilio López.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. .. 601

Acción reivindicatoria. — Causal segunda de casación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario de Emigdio José Correa Alvarado y otros contra Jesús María Gómez, en cuanto en ella no se decidió sobre pago de frutos, y reformando la del Juzgado 2º Civil del Circuito de Tuluá, la Corte condena al demandado a pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles del inmueble materia de la reivindicación. Magistrado Ponente: Dr Luis Felipe Latorre U. 609

No es nulo el testamento en que el testador dispuso de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal o a terceros.—En el juicio ordinario seguido por Pablo Alzate Fernández y otros contra María Teresa Gutiérrez y otros, sobre nulidad del testamento de Gregorio Nacianceno Salazar, se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 612

Prescripción de la acción para obtener la rescisión de un contrato de seguro.—Cláusula de indisputabilidad.—No es posible equiparar en su naturaleza y alcance jurídicos la reticencia y el dolo.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Julieta Ramírez Durán de Cortés y otra contra la Compañía de Seguros Bolívar, sentencia condenatoria de la parte demandada.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 617

Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Abelardo Gómez Bautista y otra contra Isaías Pérez, y declarando probada la excepción de contrato no cumplido, resuelve que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 625

Juicio divisorio de un bien común.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmando la del Juez del Circuito Civil de Zipaquirá, aprobó el trabajo de partición rehecho, en el juicio divisorio promovido por Rosa Rodríguez de Robayo como heredera en la sucesión ilíquida de Jesús Rodríguez, contra Ignacia Rodríguez de Rodríguez y otros, herederos en la de Milcíades Rodríguez.—Magistrado Ponente: doctor Eduardo Rodríguez Piñeres 630

La acción de rescisión por lesión enorme, no es incompatible con el contrato de permuta.—En el juicio ordinario que José Jesús Díez Vélez siguió contra Roberto Montoya Moncada, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 634

Salvamento de voto del Magistrado Eduardo Rodríguez Piñeres 642

Es posible ejercer la acción de filiación natural aún después de fallecido el presunto padre.—Con hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, los hijos extramatrimoniales nacidos cuando ella todavía no regía, pueden acreditar la posesión notoria del estado de hijo.—No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Tunja decidió el juicio ordinario seguido por Waldina Márquez contra Simón Patarroyo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 643

Salvamento de voto del Magistrado Rodríguez Piñeres 648

Causal primera de casación.—Infracción directa e infracción indirecta de la ley.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la del Juez Civil del Circuito de Pacho que con-

Págns.

denó al demandado en el juicio de Mario Fernández y otra contra José del Carmen Bernal, a restituír a los demandantes el bien objeto de la reivindicación, y reformó esta misma sentencia en lo tocante con la calificación del reo en cuanto a su posesión—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Párra 657

Las personas que no han tenido el carácter de demandantes o de demandados en un juicio, no pueden, en otro posterior, pedir la declaración de nulidad de aquél, por falta de citación o emplazamiento o por indebida representación; aunque digan obrar en su carácter de herederos de la misma persona como sucesores de la cual obraron otros que fueron parte en el juicio cuya nulidad se pretende.—Casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona y confirmando la del Juez del Circuito de Ocaña, absuelve a Luis Carlos Quintero o Luis Clavijo de los cargos formulados en la demanda con que se inició el juicio ordinario seguido contra aquél por Angela Sanjuán de Llaín y otra.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 661

Casación por haber interpretado el Tribunal en forma errónea una disposición testamentaria.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que aprobó el trabajo de partición realizado en el juicio de sucesión de Encarnación Uribe de Bravo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 669

No es el caso de declarar la falta de demanda legalmente admisible cuando, aunque en apariencia se hayan ejercido simultáneamente la acción de simulación y la de nulidad de un mismo contrato solemne, la actuación procesal demuestra que la segunda se propuso como subsidiaria.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por Luis F. Cediel contra Rosa Cadiel y otros, sentencia que declaró probada la "excepción temporal o de forma, de petición de un modo indebido".—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez ... 673

Págns.

Prueba de la alteración que las partes han realizado de lo convenido en contrato solemne.—En el juicio ordinario de Cleofe Mariela Rivera Lozano contra Eugenio Garcés Uribe, sobre resolución de un contrato y sobre otros objetos, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, favorable al demandado.— Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 679

Obligación de los Tribunales Superiores de sustanciar un juicio sumario con audiencia del acusado y de imponer las sanciones previstas en los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, cuando del proceso resulta que por parte de un abogado pudieron cometerse hechos contrarios a la delicadeza o el decoro profesionales. —Casación por violación indirecta de la ley.—Error de derecho en la apreciación de las pruebas.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario de Bertha Velasco de Caicedo contra Ismaelina Triviño, y dispone que el Tribunal en el auto que ordene obedecer y cumplir la de la Corte, dispondrá que se tramite juicio sumario para investigar los hechos a que se hace referencia en la parte motiva del fallo de casación.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 686

Causal sexta de casación.—El representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente, no puede invocar nulidad por ilegitimidad de su personería adjetiva.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por Demetrio Muñoz F., contra Samuel Muñoz y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 693

Improcedencia de la causal segunda de casación cuando la sentencia es totalmente absolutoria.—En el juicio ordinario que Alejandro Acosta siguió contra Alberto Pérez Visbal, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 696

Alcance de la declaración de propiedad hecha en sentencia proferida en juicio rei-

Págns.

vindicatorio.— El embargo o el depósito de una finca en juicio ejecutivo, no implican interrupción de la prescripción. —No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Carlos Melguizo E., contra Blanca Bernal de Ruiz.—Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 698

La casación no puede revaluar el concepto de los jueces de instancia sobre si los hechos probados constituyen o no la violencia con virtud suficiente para violar el consentimiento.—El error de hecho en la apreciación de las pruebas y el recurso de casación.—En el juicio ordinario seguido por Juan de Dios Trujillo contra María Josefa Losada de Icopo y otros, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 716

Para que la venta sea justo título, no es necesario que el vendedor sea dueño de la cosa vendida.—No se requiere de nueva transmisión para que la propiedad pase al tercero, aunque éste sea menor cuando se celebra contrato de compra para otro.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario de Gabrielina Chiriví de Salvatier contra Adolfo Medina. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 721

Rescisión por lesión enorme de la partición efectuada en un juicio de sucesión. — En el juicio ordinario de Consolación Castrillón contra Manuel Vicente Patiño Saucedo, la Corte decide no casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 729

SALA DE CASACION PENAL

Prevaricato.— Identidad de personas dentro de un juicio civil.—Se sobresee definitivamente en favor del Dr. Manuel de Jesús Lucio, por cargos de responsabilidad que como Magistrado del Tribunal Superior de Cali, le formuló en su denuncia Rosalbina Leyton.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 736

Incompetencia de la justicia militar para conocer de procesos contra los antes detectives y actuales agentes secretos de la policía judicial.—Dirime la Corte la colisión surgida entre el Juez Penal del Circuito de Honda y el Comandante del Destacamento de Orden Público del Tolima, con sede en Ibagué, acerca del conocimiento de un proceso contra Gil Roberto Téllez y contra José Manuel Bonilla, por el delito de lesiones personales en Vicente Gutiérrez.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 739

Es causa de nulidad constitucional el omitir dar traslado al Procurador cuando el recurrente es el Fiscal del Tribunal.—Se declara nulo parte de lo actuado en un recurso de casación en que fue recurrente el Fiscal del Tribunal Superior de Buga.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 741

En los juicios en que interviene el jurado, la imprevisión de la riña debe ser declarada expresamente por éste, para que el juez de derecho pueda dar aplicación a las normas penales que prevén el caso en que un homicidio se haya realizado en riña imprevista.—Nulidades en el proceso penal. No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pamplona condenó a Evelio Contreras Moncada a ocho años de presidio, como autor intencional de la muerte de Benigno Becerra.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez ... 743

Para llevar al proceso pruebas relacionadas con los antecedentes del sindicado, no es necesario que previamente se ordene tal cosa por auto del juez o del funcionario de instrucción.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió en el proceso contra Pastor Porras García, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 749

Los delitos de homicidio y de lesiones per-

Págs.

sonales cometidos en riña que se suscite de modo imprevisto, si son computables para efectos de la reincidencia.—La Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Roque Lozada Escandón a la pena principal de nueve años cuatro meses de presidio, y en su lugar, lo condena a la de ocho años y seis meses de la misma pena.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 752

Delito de prevaricato. — Cuándo es jurídico proferir en una misma providencia un sobreseimiento definitivo y una orden de cesar el procedimiento.—Revoca la Corte la providencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona que ordenó cesar todo procedimiento contra el Dr. Alfonso Villalobos Serpa, por cargos de abuso de autoridad: y confirma el sobreseimiento definitivo que en favor del mismo funcionario y por el cargo de prevaricato, se profirió en la dicha providencia.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 756

Incompetencia de la Corte para conocer de denuncias contra los Procuradores Delegados.—La Corte se inhibe de conocer de la denuncia que el Dr. Pedro Pérez Sotomamayor formuló contra el Dr. Miguel Bernal Medina, Procurador 2º Delegado en lo Penal; y ordena pasar el memorial en que ella se contiene, a la Secretaría de la H. Cámara de Representantes, para lo de su cargo.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 759

Cuál es el máximo de pena que debe tenerse en cuenta para decidir de la admisibilidad del recurso de casación, cuando del proceso conoció en primera instancia un juez de circuito.—No se infirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Leopoldo Castro González como responsable del delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 761

La injusticia de la violencia y la de la provocación para que pueda tenerse como realizando el hecho en legítima defensa o en estado de ira o intenso dolor, según el caso.—En el proceso contra Víctor Gil Mateus, no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 765

Se declara desierto un recurso de casación, porque el abogado que presentó la demanda no estaba inscrito en la Corte.—Deniega la Corte la reposición de su propio auto por el cual declaró desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Hernando López Garavito por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr Luis Zafra 769

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción reivindicatoria.—Venta de una misma cosa a dos personas.—Se confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a la Nación a restituír a la entidad demandante un inmueble ubicado en el Municipio de Bello; sentencia proferida en el juicio ordinario seguido por la sociedad "Ciudad Niquía S. A." contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 771

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Roberto Goenaga 771

Acción de indemnización de perjuicios. — Pruebas supletorias del estado civil.—En el juicio ordinario seguido por José Ramón Castaño y otros contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 773

Demanda intentada por comunero en favor de la comunidad.—La falta de legitimación en el proceso por parte del demandante, determina el insuceso de la demanda.—Se resuelve que no es el caso de decretar las peticiones de la demanda con que se inició el juicio ordinario de única instancia intentado por Ana Dolores Hernández v. de

Págns.

Quintero contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 778

La localización, en el propio terreno, de los linderos y cabida, no es diligencia que siempre sea esencial para que prospere una oposición a una propuesta de contrato sobre petróleos.—En el juicio breve y sumario originado en las oposiciones formuladas por Julián Llinás Rodríguez y otros a la propuesta Nº 131, hecha por la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos, se declaran fundadas algunas de las oposiciones e infundadas las restantes.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.. 781

Aclaración a la sentencia anterior 805

Embargo de bienes en juicio ejecutivo y desembargo de los que lo fueron indebidamente.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá decretó el embargo de unos bienes pertenecientes a The Dorada Railway Company Limited; y se revoca la misma providencia en cuanto por ella se resolvió que "no se accede a permitir que la Compañía demandada actúe en papel común dentro de este juicio".—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 807

Oposición a una propuesta de contrato de exploración y explotación de unas minas de aluvión de metales preciosos pertenecientes a la reserva nacional. Se reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Pasto profirió en el juicio que se originó con la oposición que Josefina Segura viuda de George formuló a la propuesta de contrato hecha ante el Ministerio de Minas y Petróleos por la Sra. Ruth Velasco de Cortés, y relacionada con la exploración y explotación de metales preciosos en la margen derecha del río Telembí.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán ... ...

No hay legitimación de la parte demandada en el proceso cuando se demanda a la Nación representada por el Agente del Ministerio Público en relación con uno de los bienes cuyo manejo el Estado dió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Se decide que la demanda no prospera por haberse dirigido contra persona distinta de la obligada, y que por tanto no es el caso de decretar las peticiones contenidas en el libelo con que se inició el juicio de Isabel Malo de Nieto y otra contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 817

No se accede a aclarar la sentencia de que se trata el aparte precedente de este Indice 821



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nª 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

(PUBLICACION DIRIGIDA POR LOS DOCTORES JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI Y LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA)

TOMO LXXVIII - BOGOTA, COLOMBIA, OCTUBRE DE 1954 - NUMERO 2147

PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R., EN EL HOMENAJE QUE LE RINDIO EL EXTERNADO DE COLOMBIA AL SEÑOR DOCTOR RICARDO HINESTROSA DAZA, PRESIDENTE QUE FUE DE LA CORTE SUPREMA, CON MOTIVO DE LOS OCHENTA AÑOS DE EDAD; SESENTA Y CUATRO, DE PROFESOR; SESENTA Y DOS DE GRADUADO Y VEINTIUNO DE RECTOR DE DICHO INSTITUTO

Señor Doctor Ricardo Hinestrosa Daza:

Nos hemos congregado aquí por imperativo de una ley moral, cuya vigencia reposa en la propia naturaleza humana que, por ser racional es libre, y por ser libre vive en la necesidad perenne de ser justa. Necesidad de ser justos, ley síntesis del vivir, de todos los deberes y de todos los derechos que exaltan la criatura humana a la cumbre de su albedrío, para dar a Dios lo que es de Dios, al César lo que es del César, a los hombres su derecho y a nosotros mismos la paz de la conciencia.

Tratamos, por tanto, de ser justos ahora, profesores y alumnos del Externado de Colombia, para con quien ha sido guía seguro en la dirección del instituto, fanal en la cátedra, arquetipo de abogados y magistrado en quien se fundieron las más acendradas esencias del decoro, del saber, de la labor constante y la honestidad.

Cada una de estas disciplinas marca en vuestra vida un proceso espiritual y mental que por sí solo bastaría para perpetuar vuestra memoria en las generaciones, con admiración y con afecto. Y cada una de tales disciplinas nos pone ineludiblemente ante tres grandes problemas nacionales de la hora presente: el ejercicio de la profesión de abogado, la carrera del profesor y la carrera del juez. Mas no es para tratar de estos temas en la forma y extensión requeridas por su importancia y actualidad, sino en tres pinceladas sobrias y simples.

El Abogado

Fuisteis en el ejercicio de la profesión paradigma de consejeros y procuradores. Sabiais que la administración de justicia es obra común y solidaria de jueces y abogados, pues si aquéllos aplican el derecho, éstos aportan los materiales con que se construye el proceso, y fallan también al absolver la consulta inicial, a veces en única y definitiva instancia cuando aconsejan no promover el litigio, por falta de firmeza moral o jurídica; y también cuando logran transigir las diferencias o la litis, redimiendo a las partes del azote del pleito, una plaga no incluída por Dios entre las que fulminó sobre el pueblo egipcio.

Conviene observar, como contraste de vuestros ejemplos, que las normas de la ética relativas al ejercicio profesional, se han ido destiñendo en

esta hora de modernismo en la vida y en el criterio para vivirla, en la interpretación de no pocos fenómenos humanos y en las artes. Hora de incesante y progresiva velocidad, para cruzar mares y hemisferios; para suministrarnos a domicilio la inmensidad sonora de los espacios o la presencia luminosa de hombres y cosas lejanos; para conseguir dinero, porque la fortuna hay que hacerla pronto, no importa con qué medios, pero hacerla; aún para aprender y saber, tocando por encima la ciencia, y para llegar cuanto antes aun cuando el esfuerzo esté lejos de merecerlo. En esta hora las normas positivas resultan inadecuadas para encauzar ordenadamente el ejercicio de toda profesión, oficio o actividad. Sabido es que no faltan litigios que se inician sin estudio previo suficiente; ni tampoco los que por el error cometido al promoverlos, o la manera de conducirlos avanzan sin pies ni cabeza, hasta el fracaso final, con un saldo de varios años de zozobras, inclemencias y costos. No son pocos los recursos de casación, por ejemplo, que se pierden por el desconocimiento de la especialidad, ya que en Colombia tan fácilmente se redacta una demanda de policía como una de casación, ante la indiferencia del Estado que ya habría podido exigir condiciones para ejercer en dicho ramo, en bien de la doctrina y de la justicia. No faltan tampoco los procedimientos con que se atenta contra la moral profesional. Todo ello ha venido creando en el país una conciencia subestimativa del gremio y de inferioridad respecto de la carrera, contra lo cual tenemos que reaccionar denodadamente. Los doctores no son ya los doctos, ni siquiera los graduados, sino todo el mundo, tenga o no tenga título, tenga o no tenga qué ver con la ciencia jurídica, y el título de doctor va cayendo en un descrédito que apenas si corresponde lógicamente a tan pintoresca y ridícula costumbre, en cuya consagración todos tenemos culpa Por qué no dejamos de graduar de doctores, para graduar de licenciados, como se practica en países de más tradición jurídica, para valorizar de paso a los licenciados y evitar la total desvalorización de los doctores?

El país tiene que entrar en una era de rectificación forense, así como ha entrado en una etapa de rectificación judicial, que no puede aplazarse por más tiempo. El instrumento que la ley 69 de 1945 confió a los Tribunales Superiores, con el objeto de moralizar el ejercicio profesional, deficiente por varios conceptos, no ha dado resultado. Si el abogado no colabora con permanente estudio, diligencia y honestidad, los jueces tendrán que acomodar su magna tarea a un aporte profesional deficiente, oscuro y en muchas ocasiones dañado. "No habrá gran magistratura sin gran abogacía", dijo un famoso abogado francés. Para lo cual es menester organizar el gremio, en colegios u órdenes, con potestad sobre sus miembros a fin de hacer de la profesión una fuerza cooperadora de primer orden en la tarea dispensadora de la justicia. Es entendido y huelga decir que en la república son muchos los juristas notables que viven aportando a esta empresa fundamental los dones de su inteligencia, ilustración y rectitud.

Los distintos proyectos de reforma constitucional sobre la organización de la rama jurisdiccional, se olvidan de que el suministro de la justicia es función conjunta que han de cumplir austera y armónicamente juzgadores y abogados. No podrá darse reforma al respecto, si al lado de los jueces no se organiza también a los abogados, en razón de esa solidaridad institucional, moral y jurídica. Debemos agregar que en el proyecto de la Corte Suprema de Justicia sobre reforma constitucional en esta materia ,se provee a este esencial aspecto de la organización de la justicia.

El Profesorado

También la enseñanza jurídica de largos años, que habéis servido con asiduidad, sabiduría y celo incomparables, es motivo que induce a meditar sobre la carrera del profesorado, cuyo esfuerzo es menester encauzar mejor, para bien del catedrático mismo, del Derecho y de la comunidad.

Ya el profesor, tipo colombiano, ha cumplido su misión y ha cumplido con la Patria. Nos referimos al profesor, cuya cátedra tiene que ser necesariamente algo secundario, si no en el alma, sí en la vida, porque siempre pobre, tiene que dedicar sus actividades de la mañana a la noche, a ganar el pan. Pensar en una reforma universitaria sin partir de la base de la carrera del profesorado, es soñar con lo imposible. La mora estatal en esa materia ya es de lustros y lustros. Coincide la crisis universitaria con la crisis de la justicia, y así como no podrá haber una verdadera administración de justicia sin carrera judicial, no podrá haber verdadera reforma universitaria sin

carrera de profesor. En alguna ocasión propusimos un canon constitucional para proveer a ello, en lo concerniente a las materias básicas, de inmediato en el campo oficial y luego en el privado de acuerdo con la capacidad económica de los institutos, y es de esperar que la veamos establecida para bien de la Jurisprudencia, llamada siempre a cuidar y defender el patrimonio moral y material del individuo humano; de la administración de justicia, llamada a garantizarlo; y de la ciencia, de cuyo desarrollo no puede estar ausente la Patria.

Porque en una verdadera carrera los profesores no pueden ser abogados en ejercicio, ni jueces, ni magistrados, ni empleados o funcionarios de ningún orden, sino profesores y nada más que profesores, por haber consagrado la vida al estudio, a la enseñanza, a la investigación y a dejar obra, porque nos vamos muriendo, después de dictar clases sin tasa ni medida por años y años, sin que una obra cristalice el esfuerzo y sirva a los que vienen.

De la obra de Fernando Vélez a la de Valencia Zea, transcurrió medio siglo; la de Rodríguez Piñeres no llegó a la mitad y la de Champeau y Uribe apenas alcanzó al primer tomo. Se han publicado en todas las ramas del Derecho, libros, y estudios de valía, preparados con sacrificios fuera de lo común, sin poder disponer del tiempo y de la consagración que sólo puede brindar la carrera del profesorado. Para no hablar de los países viejos, en los cuales la carrera expresada ha sido el cimiento primordial de su cultura, no pocos países americanos presentan hoy obras jurídicas densas y voluminosas, frutos del profesorado y aportes muy valiosos al progreso de sus instituciones y a la ciencia.

Una carrera de profesor, en síntesis, para hacer más sólida la preparación forense; para combatir la mentalidad del común de las gentes, conforme a la cual el Derecho no requiere estudios serios sino preparación de exámenes a fin de año, y es para muchos afición artificial, secundaria, o accesoria, cuando no recurso subsidiario de profesiones que se juzgan no tan fáciles; una carrera contraria a la institución de los profesores "madres" que tánto mal han hecho; que reivindique para la ética su papel primordial en una disciplina que depende casi totalmente de las normas morales; que restaure la vieja concepción de que la abogacía no es simplemente un oficio, entre tantos, ni un sistema para conseguir dinero, ni siquiera un medio de ganar la vida, sino el instrumento de que la personalidad humana se sirve para ver respetados y garantizados sus derechos y su libertad; en fin, una carrera de profesor que coopere esforzadamente, en la formación esmerada del nuevo sacerdocio de la justicia, en la amplitud que habrá de permitirlo la absoluta entrega de la vida a la enseñanza y a la investigación.

Carrera Judicial

Necesita el país una reforma medular en sus sistemas de organización de la justicia. Hace algunos años no se podía hablar de esto. La confusión entre la justicia y la política y el papel desempeñado por ésta en la fuente de esa organización, no lo permitían. Los sistemas se fueron desacreditando a tal extremo que unas elecciones de magistrados hechas por el Congreso, se quedaron escritas. La Carta permite que los abogados que litigan ante la Corte, pasen al Capitolio, de congresistas, a elegir los magistrados ante quienes habrán de seguir ejerciendo, en los periódicos recesos del órgano legislativo.

Distintos proyectos de reforma se han formulado, todos incompletos, algunos estrafalarios, y ninguno apoyado en el anhelo nacional de una verdadera carrera judicial, a excepción del de la Corte Suprema, el cual le fue entregado al Ministro de Justicia, quien, preocupado vivamente por este complejo problema, ha sugerido importantes adiciones encaminadas a lograr un estatuto mejor. En todo caso, tendremos carrera judicial, en el sentido verdadero de la expresión, porque se trata de uno de los propósitos más vivos y firmes del Gobierno actual, cuya realización le ganará la gratitud del pueblo colombiano.

Con la renovación de la Carta, el órgano jurisdiccional dispondrá, sin duda alguna, de los fondos necesarios para realizarla. La partida no podrá ser menos de un diez por ciento de las rentas nacionales. En verdad, no es pedir demasiado para el servicio público de cuyo suministro eficaz dependen la suerte del país y el bienestar de los asociados, porque donde se dispense a los hombres una justicia sin distingos políticos ni sociales, pronta, imparcial y recta, todo lo demás vendrá por añadidura, inclusive el noventa por ciento restante del presupuesto como el señor Presidente de la República lo expresó certeramente a la Corte Suprema cuando le fue solicitada el alza de las asignaciones de los magistrados de los Tribunales Superiores. En mayo próximo estas

corporaciones tendrán que nombrar los jueces de Circuito y Superiores de todo el país; mas, no será posible hacer en ese campo lo que hizo la Corte en el de los Tribunales, ni acometer el implantamiento de la carrera, con la partida presupuestal con que hoy cuenta el órgano jurisdiccional. Se requiere una reforma que cree un verdadero sacerdocio de la justicia, a base de vocación, vocación para la permanente disciplina mental, para la abnegación y la austeridad, para la suma pulcritud de la mente y del alma y para el trabajo tesonero. Porque hoy no se requiere vocación, pues tan fácilmente se administra justicia como se ejerce la abogacía, se desempeñan cargos diversos, públicos y privados, o se labora en la política o en los negocios. Vocación genuina, única y excluyente, ya que tampoco puede ser la rama jurisdiccional escuela preparatoria para quienes con vocación para ejercer se valen de la administración de justicia para estudiar; ni amparo de profesionales a quienes les fue esquivo el ejercicio de la carrera, y mucho menos reducto de quienes jamás tuvieron contacto con la administración de justicia.

Carrera de los jueces, por los jueces y para los jueces, único medio de extirpar la política como origen de la integración del órgano jurisdiccional y para garantía de su independencia, de manera que se forme asímismo con sus propios miembros, a base de méritos y de ascensos, sin el menor influjo de la política. Porque la justicia no tiene política, ni viene de la política. Procede de Dios y es de Dios, en Quien sintetiza todos sus infinitos atributos. Y por ser pertenencia del Supremo Juez, la recibimos los hombres para administrarla en la tierra, que por ello no deja de ser de Dios, según San Agustín. Entonces, cuánta ignominia en medir la justicia por la política de las partes o de los procuradores, o en buscar por la política de los jueces a los procuradores! Y cuántas ínclitas virtudes no ha de reunir el juez y cuántos esfuerzos no han de realizar la comunidad y el Estado para administrar, servir y glorificar este excelso dón de la justicia?

Señor doctor Hinestrosa Daza:

Porque supisteis cuidar y administrar ese bien indeficiente, como es debido; porque habéis sido ejemplo de maestro de juventudes y profesor en quien se compendian los mejores atributos; porque llevásteis al ejercicio profesional todas las dotes necesarias para servir a la justicia; por la serenidad espiritual de vuestra vida, que os ha permitido sobrellevar con grandeza cristiana las tribulaciones con que el Todopoderoso prueba a las almas heroicas; y porque habéis sido espejo de virtudes en un hogar esclarecido, perfecto ciudadano y patriota, caballero sin tacha, sencillo y bondadoso, por todo ello, loadas sean vuestra obra y vuestra vida hoy y después.

José J. Gómez R.

Bogotá, 29 de octubre de 1954.



S A L A P L E N A

QUEJA CONTRA LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL SUPERIOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Se inició este informativo el 15 de septiembre de 1951, a raíz del memorial en que varios ciudadanos del Chocó acusan ante la Corte Suprema de Justicia a los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Guillermo Botero Restrepo, Aureliano Perea Aluma, Carlos Hernán Perea Gómez y Guillermo Valencia Ibáñez, por la forma como se hizo la elección de jueces del distrito el 14 de agosto de 1951. Manifiestan los memorialistas que tal elección se realizó con un criterio político personalista y que se siguió consagrando la interinidad de los jueces como medio eficaz para fines inconfesables de los Magistrados. Los cargos que enumeran de modo concreto son: 1º que la la elección se hizo por lo bajo; 2" que de los 20 jueces del distrito sólo uno es abogado titulado; 3º que en el Juzgado Superior de Quibdó se reemplazó a un abogado titulado por un contabilista; 4º que para el Juzgado Civil del Circuito se designó a un Inspector de Policía de Medellín, y para el Juzgado Penal a un individuo destituído del mismo cargo en Segovia (Antioquia) por mala conducta.

El Fiscal del Tribunal, doctor Marcial Barrios Ferrer, haciendo referencia al oficio de la Corte distinguido con el número 2121 de fecha 16 de octubre de 1951 (que no aparece en los autos) "remisorio del memorial que varios ciudadanos de ese territorio dirigieron a la Honorable Corte, en que se hacen graves acusaciones a los Magistrados", y afirmando haber sido comisionado por esta Corporación para investigar los hechos, acompaña en efecto las declaraciones tomadas por él a varios de los firmantes del aludido memorial de quejas, y conceptúa "que en realidad los cargos formulados no existen, y sólo se trata de una campaña de resquemor prohijada por el doctor Aureliano Perea Aluma.. por no haber obtenido algunos nombramientos en candidatos dados por él". Y agrega adelante: "La Fiscalía se ve en el penoso de tener (sic) que informar a la H. Corte que precisamente es el Magistrado Perea Aluma quien se ha dado a la tarea de entorpecer la marcha del Tribunal y obstaculizar la administración de justicia. El Magistrado Perea Aluma cuando los negocios de que antes era apoderado y que ahora le agencia el Dr. Meluk Aluma, suben al Tribunal, quiere a todo trance que se le resuelvan de acuerdo con su criterio cuando era apoderado, y como esto no puede suceder se encabrita (sic) y con los colegas que conocen de estos negocios".

A su vez, en telegrama visible al folio 19, el señor Gobernador del Departamento del Chocó expresa que ha recibido informe fidedigno de que el doctor Perea Aluma ejerce subretipciamente la profesión de abogado y trata de influenciar a los demás Magistrados y al Fiscal en los negocios de que antes era apoderado; pero que no le constan tales hechos.

El señor Edgardo Santacoloma dirigió también un memorial al Procurador (fs. 44 y 45) acompañado de varias declaraciones extrajudiciales. Dice que tal documentación demuestra que el doctor Perea Aluma ha venido ejerciendo y ejerce la abogacía, o al menos sirve como asesor y consultor de particulares, e interviene ante los juzgados personalmente o por medio de otros abogados dependientes suyos. Cita como caso particular el del juicio ejecutivo que adelanta Jorge Díaz contra Joaquín Giraldo, en el que aparece un memorial suscrito por el doctor Perea Aluma con fecha 3 de julio de 1951. Que personas de seriedad comentan que el doctor Perea Aluma ha llamado privadamente a algunos presos a su propio domicilio para proponerles que él está listo a hacerles cualquier trabajo en su defensa.

La señora Cristobalina Mosquera se dirige igualmente a la Corte (f. 49) acusando al doctor Perea Aluma de haber intervenido personalmente en el juicio de alimentos que ella le adelanta en el Juzgado de Menores, y de regañar a los empleados de ese juzgado porque el juicio no sigue el curso que él aconseja. La memorialista acompaña copia de las actas de las audiencias llevadas a cabo en el juicio de alimentos referido.

Conocimiento de la Corte

Por determinación de la Sala Plena de la Corte, los documentos mencionados pasaron a la Sala Penal de la Corporación, según oficio Nº 2154 de la Secretaría General (f. 21). Consideró el Presidente de la Sala Penal que debían investigarse separadamente, como faltas disciplinarias y como hechos delictuosos, los cargos que aparecen en la documentación, debiendo la Corte en Pleno resolver antes sobre los primeros, y por tanto pasó el expediente a la Presidencia. Por reparto de ésta correspondió el negocio al Magistrado doctor Francisco Bruno, quien en proveído de cinco de junio de 1952 (f. 56), coimsionó al Juez 36º de Instrucción Criminal para que, de conformidad con el Decreto 3665 de 1950, haga conocer del acusado los cargos que se le formulan, y dentro del término legal presente los descargos y pruebas que a bien tenga; para que se cite a los firmantes de los distintos memoriales y les reciba declaración jurada, y para que allegue las copias de los documentos y los certificados conducentes.

El Magistrado Perea Aluma, en memorial que obra a folios 59 a 69, formula sus descargos así:

Primero: Que no es cierto que haya tenido ingerencia en el memorial de quejas que varios ciudadanos dirigieron a la Corte sobre la elección de jueces; que personalmente se dirigió a la Corte en comunicado del 5 de septiembre de 1951 para expresarle de modo concreto su pensamiento sobre la forma como mediante el Acuerdo Nº 28 de 1951 —agosto 14— se habían elegido por el Tribunal los jueces del distrito; que no es culpa suya que otras personas participaran de su descontento y de su pensamiento en cuanto al significado y males que para la administración de justicia del Departamento significa la elección hecha con elementos sin preparación jurídica de ninguna clase.

Segundo: Que no es cierto que su interés radicara en que se aceptaran sus candidatos; que su propósito fue siempre el de que todos los Magistrados participarón en forma efectiva y por igual en la elección de los jueces y que cada uno de los elegidos representara el máximun de eficacia y honestidad.

Tercero: Que es calumnioso el cargo de que él esté entorpeciendo las labores del Tribunal; que ha tenido divergencias con sus colegas únicamente en lo que se refiere a la interinidad de los jueces por el sólo hecho de no querer nombrar a abogados desafectos a determinadas agrupaciones políticas.

Cuarto: Que es falso, por decir lo menos, que haya pretendido presionar a los demás Magistrados para que fallen favorablemente los negocios en que habiendo sido apoderado sustituyó los poderes al ser elegido Magistrado.

Quinto: Que el Fiscal recoge la conseja callejera de que algunas veces se le ha visto llegar al local en donde tenía antes su oficina de abogado —que después perteneció al doctor Meluk y luego al doctor Alvaro Cuesta Lenis— para deducir que sigue litigando; que es verdad que fue varias veces a esa oficina a conversar sobre temas cuotidianos con su condiscípulo y amigo doctor Meluk y otras veces con el doctor Neftalí Mosquera, con quienes salía luego a pasear todas las tardes.

Refiriéndose a los cargos y declaraciones presentados por el doctor Edgardo Santacoloma, continúa el doctor Perea Aluma (f. 62) así:

Sexto: Que no es cierto el ejercicio clandestino de la profesión de abogado por parte suya con posteridad a su ingreso al Tribunal el día cuatro (4) de julio de 1951. Las declaraciones que dicho doctor Santacoloma hizo recibir extrajudicialmente, las comenta en esta forma:

a) La de Oscar Castro Conto. Dice que este señor se encuentra profundamente enemistado con él por haber sido apoderado de la señora Leticia Díaz Bello, quien en su calidad de mádre natural de tres niños, promovió un juicio de alimentos contra dicho señor Oscar Castro, a quien hubo de embargarle el sueldo; pero que al entrar al Tribunal sustituyó en el doctor Gabriel Meluk el referido poder. Que posteriormente Oscar Castro, al sentirse molesto con el embargo, instó a su contendora para que desistiera del juicio, pero que ésta en principio no se avino sin consultar previamente. Que fue así como la señora Leticia Díaz se presentó un día a su despacho del Tribunal a consultarle el caso, y él le manifestó que siendo ahora Magistrado no podía aconsejarle nada y debía dirigirse al sustituto. Esa la causa para que Castro Conto en convivencia con Satacoloma, resolvieran convertir en ilícito lo que deja relatado.

b) Declaración de Rafael E. Martínez Caicedo. Este sujeto —dice— está disgustado con todos los Magistrados porque habiéndose manejado mal en el desempeño del cargo de Director de la cárcel de Quibdó fue destituído de su empleo por los informes que el Tribunal le pasó al Ministro de Justicia.

c) Cristobalina Mosquera de Palacios. Que sus malquerientes se valieron de esta mujer de vida airada, adúltera desde hace varios años, para entablar contra él una demanda temeraria de alimentos, pretextando ser él padre de una hija suya. Que no es verdad que él litigara en ese juicio. "Como el procedimiento de la ley 83 de 1946 es inquisitivo y el juez goza de amplias facultades, el día de la audiencia en los juicios de alimentos está facultado para hacer que los padres reales o presuntos hablen respecto de la situación económica del menor y respecto de la manera como cada uno de ellos ha cumplido con las obligaciones inherentes a dicha calidad, no por mi voluntad sino por mandato del Juez expresé mi situación desde el punto de vista legal y moral en dicho proceso." Que no quiso pues litigar ni estuvo en su ánimo hacerlo y por eso en todo el juicio fue apoderado por el doctor Próspero Ferrer Ibáñez. Que la demanda fue temeraria y de ahí que la sentencia le fuese favorable. Que es cierto que estuvo en el Juzgado de Menores a ver el expediente y tomar apuntes para mejor información de su apoderado y para que él obrara en consonancia.

Pruebas del acusado doctor Perea Aluma

1º—Copia de la diligencia de posesión del cargo de Magistrado del Tribunal de Quibdó el día 28 de junio de 1951 (f. 73 vuelto).

2º—Cértificado del Presidente del Tribunal de Quibdó en que consta que el doctor Perea Aluma entró a ejercer la magistratura el día 4 de julio de 1951, y desde ese día comenzó a devengar sueldos (fs. 113 v. y 114 v.).

3º—Declaración del Magistrado doctor Hernán Perea Gómez en que aparece: a) no recuerda haber estudiado negocio alguno en el cual el doctor Gabriel Meluk aparezca como abogado sustituto del doctor Perea Aluma. Tuvo con éste un roce indirecto pues supo que criticaba ante los otros Magistrados una ponencia en el proceso seguido contra Aquileo Arias Vivas, por disentir de las tesis expuestas por Perea Aluma cuando fue apoderado y porque en la ponencia se hablaba de "abogados que argumentaban con sofismas más o menos atrayentes"; que esa actitud del doctor Perea Aluma fue censurada por los Magistrados, pero "En honor a la verdad debo confesar que la actitud del Magistrado Perea Aluma es un exceso de amor propio y el empecinado orgullo de sacar siempre avante sus tesis. Pero jamás en móviles de lucro, políticos, de proselitismo o de cualesquiera otra índole." b) a raíz del nombramiento de jueces "se produjo una situación de tirantez en el Tribunal y los cordobistas (seguidores del doctor Diego Luis Córdoba, grupo al cual pertenece el doctor Perea Aluma) se dedicaron a sabotear las labores del Tribunal, haciendo circular las más mezquinas e incidiosas versiones.. No puedo afirmar que el doctor Perea Aluma dirigía esa campaña pero como ella coincidía con las declaraciones que él hacía en las sesiones del Tribunal, sobre él recayeron muchas sospechas." c) "Profundas fueron las desaveniencias entre nosotros con ocasión de los nombramientos de jueces. La génesis radica en que en el Chocó el partido liberal siempre ha estado dividido en dos grupos: el liberalismo genuino dirigido por el doctor Arriaga Andrade, que sigue las líneas tradicionales, y el cordobismo, capitaneado por el socialista Diego Luis Córdoba..Los candidatos liberales que yo presenté fueron preferidos a los del doctor Perea Aluma, pues los Magistrados conservadores alegaron que los cordobistas eran muy beligerantes en política y casi siempre constituían fuente de pugnas y discordias con las demás autoridades." Luego dice que pasado algún tiempo la normalidad regresó al Tribunal y el doctor Perea Aluma obtuvo el nombramiento de tres jueces de la fracción cordobista; y termina así: "Anteriormente dije y eso es así, que el Magistrado Perea Aluma es un hombre pulcro y honesto."

4º—Declaración del Magistrado Guillermo Botero Restrepo (f. 109, en que dice: a) que no le ha correspondido ni como ponente ni como miembro de otras Salas fallar algún negocio que por apelación interpuesta por el doctor Gabriel Maluk y como sustituto del doctor Perea Aluma, hubiera éste último prohijado en primera instancia; que ni en momento alguno el doctor Perea Aluma en esos o en otros negocios ha pretendido presionarlo, ni él lo hubiera aceptado; b) que no es cierto que el doctor Perea Aluma haya saboteado las labores del Tribunal y por el contrario puede afirmar que en lo que se refiere a fallos, luego de previo estudio, escasamente han existido salvamentos de voto; c) que es cierto que existieron profundas diferencias respecto a la elección de jueces, pero que también lo es, que en las labores judiciales cada uno de los Magistrados obra con la mayor honradez y capacidad jurídica.

5º—Declaración del Magistrado Guillermo Valencia Ibáñez (f. 111). Expresa que no recuerda que a su mesa de Magistrado haya llegado negocio alguno por apelación del doctor Gabriel Meluk Aluma; ni puede aseguar que las discusiones tenidas con su colega doctor Perea Aluma hayan

tenido el ánimo de presionarlo en un u otro sentido en los fallos. Que sí le causó extrañeza la acalorada discusión que un día tuvo el doctor Perea Aluma con el Fiscal respecto de un negocio contra Aquileo Arias Vivas; que el Fiscal le relató después que se debió a que el doctor Perea criticaba el concepto rendido por él en ese negocio. b) que el propio doctor Perea Aluma, con fecha 20 de septiembre de 1951, les dirigió a los Magistrados una carta que expresa en sus apartes principales: "Quiero decir a los señores Magistrados que respeto muchísimo la opinión científica que los falladores puedan tener sobre el litigio (Aquileo Arias Vivas). Lo que sí me parece impropio de los mismos es que se entiendan con el derecho de insultar a las partes o de lanzar contra ellas feroces diatribas como se hace en la aludida providencia." c) Que es cierto que la elección de jueces dió lugar a desavenencias entre los Magistrados, las que fueron tomadas por la corriente política a que pertenece el doctor Perea Aluma para una campaña de difamación contra el Tribunal, en bares, cantinas y demás sitios públicos. Campaña que tuvo su culminación en el memorial que algunos elementos de la corriente racial-política de esa región hicieran llegar a la Corte y al Procurador. Que como algunos de esos datos consignados en ese memorial no podían haberse obtenido sino por boca de uno de los Magistrados, fue voz popular que el doctor Perea Aluma no había sido ajeno a esa campaña. d) Que a pesar de esas divergencias en la elección de jueces debe manifestar que hasta el presente los negocios han sido fallados armónicamente, dando aplicación a las normas legales y aportando cada Magistrado con toda honradez, sus conocimientos en derecho.

6º—Certificación del Presidente del Tribunal, visible al folio 120, en la que expresa refiriéndose al proceso contra Aquileo Arias Vivas por homicidio "Que es cierto que en tal providencia, se hallan las siguientes frases: "Los defensores de Arias Vivas en sus memoriales, con sofismas mas o menos atrayentes, han pretendido desquiciar este juicio, restándole valor a las pruebas que responsabilizan al procesado. Pero todo ese castillo de palabras se tiene que desplomar ante el peso de la evidencia." "Todas estas afirmaciones resultan demasiado traídas por los caballos..". "Los abogados han formado un alboroto alrededor del certificado....".

7º—Certificado del Secretario del Tribunal (f. 124) que expresa que del 4 de julio de 1951 hasta la fecha (15 de julio de 1952), según consta en los libros, solamente se han pronunciado dos salvamentos de voto.

8º—Acta de la sesión en que se hizo la elección de jueces (fs. 130 a 148). Consta que los Magistrados Botero Restrepo y Valencia Ibáñez presentaron una lista de candidatos para los juzgados que les habían correspondido a su partido, y que los Magistrados Carlos Hernán Perea Gómez y Aureliano Perea Aluma presentaron listas diferentes. Luego de un breve receso los Magistrados Botero y Valencia manifestaron su apoyo a la lista presentada por el doctor Perea Gómez. El Magistrado Perea Aluma manifestó entonces su inconformidad con lo resuelto por aquéllos, pues dijo que no debía acogerse solamente los candidatos de un Magistrado; que en su sentir debía aplicarse el sistema del cuociente electoral y no el de las dos terceras partes, porque en esas condiciones él, para los efectos de la elección, quedaba en calidad de convidado de piedra. El doctor Perea Gómez expresó que había presentado una lista separada porque en el Chocó era ya una tradición la división existente entre los dos grupos liberales; que no estaba en pugna con los candidatos presentados por el doctor Perea Aluma, pero que tratándose de personas que habían estado actuando dentro de la política comarcana y que además lo calumniaban y denigraban, no era justo ungirlos con su voto. Después de otras intervenciones alrededor de este tema, el doctor Perea Aluma manifestó que se retiraba de la sesión en señal de protesta y habiéndolo hecho, se procedió a la elección de jueces aclamando la lista del doctor Perea Gómez y la presentada por los Magistrados Botero y Valencia Ibáñez.

9º—Copia expedida por el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó tomada del juicio ejecutivo seguido por Joaquín Giraldo Gómez contra Jorge E. Díaz, en la que aparece el doctor Perea Aluma suscribiendo un memorial para ese juicio con fecha 3 de julio de 1951, es decir, un día antes de entrar a ejercer el cargo de Magistrado (f. 75 vuelto).

10—Certificado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Chocó f. 76), sobre la existencia de una demanda presentada por el doctor Aureliano Perea Aluma como apoderado de Víctor Abadía Asprilla el 21 de mayo de 1.951 la cual se halla en suspenso, es decir, presentada con anterioridad a la Magistratura del doctor Perea Aluma.

11—Certificación del Magistrado Guillermo Valencia Ibañez (f. 176), en que aparece que el doctor Perea Aluma fue defensor de Cayetano Llo-

reda en la causa que se le siguió a éste por el delito de lesiones personales, hasta el 15 de junio de 1951, pues de ahí en adelante aparece como defensor el doctor Ramón Lozano Garcés; que la excarcelación del sindicado se llevó a cabo, no por solicitud especial, sino porque en la sentencia se ordenó su libertad.

12—Declaraciones rendidas a solicitud del doctor Aureliano Perea Aluma por los señores Gabriel Meluk, Edgardo Santacoloma, Armando Lozano, Oscar Castro, Francisco José Caicedo, Herminio Mesa, Víctor R. Quesada, Antonio José Maya, Próspero Ferrer Ibañez y Pedro Adán Caicedo.

Otras pruebas

Declaraciones rendidas ante el Fiscal del Tribunal de Quibdó por varios de los firmantes del memorial de quejas contra los Magistrados del Tribunal con motivo de la elección de jueces del Distrito.

Consideraciones de la Corte

De todo el acervo probatorio que acaba de citarse se desprenden los siguientes hechos:

El día 14 de agosto de 1951 se llevó a cabo en el Tribunal Superior de Quibdó la elección de jueces del Distrito, para lo cual los señores Magistrados pasaron tres listas: una conjuntamente por los doctores Botero Restrepo y Valencia Ibañez y dos correspondientes a los Magistrados Perea Gómez y Perea Aluma. De éstas no fue acogida las del doctor Perea Aluma.

La referida elección dio base al memorial de quejas que originó las presentes diligencias. De los varios ciudadanos llamados a declarar a la Fiscalía, firmantes del memorial ,no ratificaron los cargos Alejandro Torres, Carlos Perea, Sixto Olivo Hinestroza, Liborio Perea, Antonio Rentería y José V. Asprilla. Los declarantes Melchor Murillo e Hildebrando Murillo dicen haber firmado el memorial por ser un hecho notorio que se arrebataron los derechos de un Magistrado en la elección. Y los testigos Pedro Adán Caicedo, Ricaurte Mosquera y Fidel A. Chaverra afirman de modo general que la elección fue hecha con criterio político personalista y que además se eligió a personas no idóneas para el cargo.

Examinada la actitud de cada uno de los Magistrados en el acto de la elección de jueces, se observa el criterio que la informó, a través de sus respectivas exposiciones. El Magistrado Carlos Hernán Perea Gómez expresó que los candidatos que presentaba el doctor Perea Aluma "..habían estado actuando dentro de los hechos y dentro de la política comarcana, y eran definidamente personas que lo calumniaban y denigraban y combatían, porque, aunque miembros de un mismo partido no militaban en el grupo, no era justo ungirlos con su voto". Y el Magistrado Valencia Ibañez dijo "que como la paridad y las últimas disposiciones dictadas por el Gobierno estaban precisamente encaminadas a arrancar hasta donde más fuera posible la cuestión partidista de la justicia, porque esto era lo que la hacía más inoperante e injusta, él manifestaba enfáticamente que no votaría por los candidatos del Magistrado Perea Aluma, ya que no los consideraba capaces de desprenderse del concepto político como norma de sus actuaciones." El Magistrado Botero Restrepo expuso: "Que la facultad de elegir era potestativa de los Magistrados y en ella se consultan circunstancias de índole objetiva en la cual nadie podía intervenir." Por último, el Magistrado Perea Aluma insistió en que la elección debía hacerse por el sistema del cuociente electoral; que siendo veinte los Juzgados, a cada Magistrado debían corresponderle cinco; que de no hacerse así 'para los efectos de la elección, él quedaba en calidad de convidado de piedra porque no tendría cabida ninguno de sus candidatos". Y más adelante expresó: "..lo que ocurre es que el Magistrado doctor Valencia Ibañez quiere hacer primar sus rencores políticos."

Las declaraciones que rindieron los Magistrados en las presentes diligencias, en lo tocante a la elección de jueces, demuestran que tal acto dio ocasión a serias divergencias entre ellos, según sus propias expresiones, originadas en la afiliación política y de grupo de los candidatos propuestos por el doctor Perea Aluma. Y estas declaraciones, como el acta de la sesión y lo dicho por los particulares, revela que la elección no se desarrolló dentro del ambiente sereno y normal que deben tener esos actos. Hubo consideraciones ajenas al criterio de selección, basada en la idoneidad y corrección de los aspirantes. Los candidatos del Magistrado Perea Aluma resultaron rechazados en su totalidad, observándose la ausencia de un examen sobre las calidades y condiciones de cada uno de ellos, y teniéndose solamente en cuenta que pertenecían, en general, a determinada corriente política-personalista. Tal cargo se hizo precisamente con el argumento de la apoliticidad que debía guiar la elección, incurriéndose como es obvio en una contradicción mani-

fiesta. Pese por tanto a las explicaciones dadas por los Magistrados incurrieron en una falta, que si no está prevista en el Decreto Nº 3665 de 1950 como causal de sanciones disciplinarias, no por eso deja de ser censurable, por contrariar elementales normas de imparcialidad, acierto y justicia en la elección.

Cargos al Magistrado Perea Aluma

De la acusación inicial sobre elección de jueces se desprendieron los cargos directos al Magistrado Aureliano Perea Aluma hechos por el doctor Edgardo Santacoloma y por el Fiscal de la Corporación. El primero afirma que dicho Magistrado se ha dado a la tarea de entorpecer la marcha del Tribunal y obstaculizar la administración de justicia, y que pretende influir en la conciencia de sus colegas para hacer que se resuelvan los negocios de acuerdo con su criterio cuando era apoderado. Y el Fiscal dice: "El Magistrado Perea Aluma, cuando los negocios de que antes era apoderado y que ahora le agencia el Dr. Meluk Aluma, suben al Tribunal, quiere a todo trance que se le resuelvan de acuerdo con su criterio cuando era apoderado, y como esto no puede suceder, se encabrita (sic) con los colegas que conocen de esos negocios."

Estos cargos no tienen comprobación en los autos. Los señores Magistrados declaran uniformemente, que no han conocido de negocio alguno en que figure el doctor Gabriel Meluk como sustituto del doctor Perea Aluma, y que no es cierto que éste haya intentado obstaculizar las labores del Tribunal. Además rechazan la afirmación de que el doctor Perea Aluma los haya presionado o intentado presionar en sus decisiones. En consecuencia, no hay mérito alguno para aplicar por este aspecto sanciones disciplinarias al Magistrado acusado.

Con relación a los cargos que tanto el Fiscal como el doctor Edgardo Satacoloma hacen al Magistrado Perea Aluma sobre el ejercicio de la profesión de abogado en incompatibilidad con la Magistratura, y que se refieren concretamente a tres casos: 1º Haber intervenido personalmente en el juicio de alimentos que le siguió la señora Cristobalina Mosquera siendo Magistrado; 2º Haberle prometido a un preso de apellido Cuero obtenerle la libertad; y, 3º Haber impedido a una antigua cliente suya, Leticia Díaz, que presentara un memorial de desistimiento en el juicio que ésta seguía contra Oscar Castro Conto en el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó por alimentos, son cargos referentes a hechos que no están comprendidos en las faltas, omisiones e irregularidades que el Decreto Nº 3665 de 1950 sanciona disciplinariamente, sino en la ley penal. Por tanto no es procedente analizar las pruebas y contrapruebas que por este aspecto se han allegado a los autos, porque la Corte en Pleno no es competente para ello.

Por estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—No aplicar sanciones disciplinarias a los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Guillermo Botero Restrepo, Aureliano Perea Aluma, Carlos Hernán Perea Gómez y Guillermo Valencia Ibañez, por los cargos aducidos contra ellos por la elección de jueces hecha en agosto de 1951;

2º—Enviar el expediente a la Sala de Casación Penal para que se investiguen los cargos al doctor Aureliano Perea Aluma en relación con el ejercicio simultáneo de la profesión de abogado y la Magistratura.

Dése cuenta de esta decisión al Ministerio de Justicia, Departamento de Vigilancia Judicial, para los efectos del artículo 8º del Decreto Nº 3665 de 1950.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga

Manuel Barrera Parra, Aníbal Cardoso Gaitán, Luis Enrique Cuervo, Darío Echandía, Jesús Estrada Monsalve, José J. Gómez, José Hernández Arbeláez, Ricardo Jordán Jiménez, Luis Felipe Latorre, Alfonso Márquez Páez, Néstor Pineda, Eduardo Rodríguez Piñeres, Domingo Sarasty M., Luis Zafra, Alberto Zuleta Angel, Ernesto Melendro L., Secretario.

SE ABSTIENE LA CORTE DE PROFERIR SENTENCIA SOBRE LA ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 16 DE 1949, POR SUSTRACCION DE MATERIA.

Cuando en el momento de proferirse el fallo, la disposición o disposiciónes acusadas por inconstitucionales, han dejado de regir, no hay lugar a dictar sentencia. Esta ha sido doctrina constante de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena. Bogotá, veintidos de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, Dr. Roberto Goenaga.)

El 21 de noviembre de 1949, el doctor Alfonso Isaza Moreno presentó demanda sobre inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley 16 de 1949 (octubre 14), "por la cual señala fecha para las próximas elecciones".

El actor principia por hacer una extensa exposición de carácter político-moral en torno al proceso de expedición del estatuto acusado, afirma que éste viola el Art. 114 de la Carta, porque obliga a los ciudadanos "a votar el día 27 de noviembre (de 1949, se entiende) precedido por la más afrentosa violación de los derechos humanos y en condiciones que hacen imposible la libre expresión de la voluntad ciudadana." Luego añade:

"....Tenéis en vuestras manos, por un acto de voluntad, la salvación de la justicia, de la paz y de la democracia. Vosotros no representáis un partido político sino a la nación entera que confía en vuestro juramento de acatar la juridicidad. Decidir ahora, en esta oportunidad histórica que os envidio, que la ley es inexequible cuando es contraria a la paz, finalidad suprema del derecho, cuando ha sido dictada bajo el vicio de la violencia, o cuando al ser aplicada viola la libertad del sufragio, base de nuestra democracia...".

Afirma más adelante que el artículo 1º acusado "viola también el derecho de ser elegido para tal cargo (el de Presidente de la República), que constituye la fase pasiva de la función comicial, a la cual se refiere el artículo 129 de la Carta....", ya que muchos ciudadanos que podían ser elegidos para la primera magistratura de la Nación en el momento de salir la ley, perdieron ese derecho al anticipar la fecha de la elección presidencial que venía rigiendo.

Se corrió el traslado al señor Procurador General de la Nación, quien con fecha 23 de enero de 1950 sentó este concepto que comparte la Corte:

"Ha sido doctrina permanente de la H. Corte la de que no hay lugar a dictar sentencia sobre demandas de inexequibilidad —por sustracción de materia— cuando la disposición o disposiciones demandadas no rigen en el momento de dictarse el fallo. Intimamente relacionada con esta doctrina, la Corte ha sentado la de que el fallo de inexequibilidad equivale a derogatoria, no a declaración de nulidad. Las dos doctrinas tienen aplicación en el presente negocio: el artículo demandado ya no tiene vigencia, puesto que la fecha señalada para las elecciones pertenece al pasado, no al futuro; la derogatoria del artículo demandado no produciría efecto alguno."

Consistiendo la materia **sub-judice** solamente en el señalamiento de una determinada fecha futura para las elecciones presidenciales, y habiendo pasado ya esa fecha, es evidente que ha desaparecido la materia a que se contrae la acusación.

Estima, pues, la Corte que la acción pública intentada carece ya de objeto, por sustracción de materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECIDE:

No es el caso de pronunciarse sobre el acto acusado.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga. — Manuel Barrera Parra.— Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo. J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez — Luis Felipe Latorre—Alfonso Márquez Páez— Néstor Pineda—Eduardo Rodríguez Piñeres — Domingo Sarasty Montenegro—Luis Zafra—Alberto Zuleta Angel—Ernesto Melendro Lugo, Srio.

SALA DE CASACION CIVIL

LAS RESPUESTAS DADAS EN POSICIONES EXTRAJUDICIALES O EN CUALQUIER ACTUACION JUDICIAL, CIVIL O PENAL, PUEDEN CONSTITUIR PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. —NO ES NECESARIO QUE EL ESCRITO ESTE FIRMADO POR LA PERSONA A QUIEN SE OPONE O POR SU REPRESENTANTE

Un escrito cualquiera puede constituir un principio de prueba, no importa la forma, la ocasión y el propósito al extenderse: cartas, telegramas, registros y papeles domésticos, anotaciones al margen de un documento, copia de correspondencia, actuaciones judiciales, etc., etc. El principio de prueba puede consistir en un solo escrito, o en la reunión de diversos escritos distintos cuando uno solo de éstos no sea suficiente por sí mismo.

El escrito debe emanar de la persona a quien se opone o de su representante. Pero no se exige que esté firmado por él mismo, pues basta que provenga del obligado. Las respuestas dadas en posiciones extrajudiciales o en cualquier actuación judicial, civil o penal, pueden constituir principio de prueba por escrito. Lo que importa es que el escrito sea expresión de la voluntad consciente del demandado.

El escrito debe hacer verosímil lo que se quiere probar, o sea, que entre el hecho resultante del escrito y el hecho que se quiere probar debe haber un nexo de causalidad. No es necesario que el escrito demuestre una de las circunstancias o elementos del hecho que se pretende acreditar. Basta que sea sólo el punto de partida para un razonamiento lógico del juzgador, es decir, que sirva de base para la inferencia indiciaria. El juzgador no debe limitarse a tomar en cuenta sólo el hecho demostrado y el hecho litigioso, sino que habrá de examinar toda la controversia, pudiendo fundar su razonamiento en circunstancias ajenas al mismo escrito para dar a éste su verdadero alcance.

Por último, en razón del mismo fundamento que autoriza el principio de prueba por escrito, debe afirmarse que éste ha de aparecer en documento público o estar reconocido expresa o tácitamente por la persona a quien se opone, y agregarse original o en copia auténtica al juicio. Es inadmisible que por medio de testigos se acredite la autenticidad del escrito o su existencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, cinco (5) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1.954).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil el 9 de febrero de 1953 en el juicio ordinario promovido por Isaías León Archila contra Abel Rincón sobre simulación absoluta de una compraventa.

Antecedentes:

1.—Por escritura Nº 94 de 1º de marzo de 1943 otorgada en la Notaría Primera de Málaga, María Teresa Alvarez v. de Rojas vendió a su sobrino Pedro A. Rincón N. "todos los derechos y acciones que tiene y le corresponden o pudieran corresponderle en los bienes de la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez'".

2.—Por virtud de esta venta, Rincón entró en posesión de los bienes de dicha sucesión consistentes en varios imuebles ubicados en el municipio de Capitanejo.

3.—El 27 de abril de 1944 Pedro A. Rincón N.

dio muerte violenta a su tía María Teresa Alvarez, en la ciudad de San Gil.

4.—En el juicio de sucesión de María Teresa Alvarez, sustanciado y decidido en el Juzgado Civil del Circuito de San Gil, se adjudicaron a sus sobrinos Ignacio Aristocles, Aníbal y José Segundo Alvarez los bienes de la causante, o sea, los derechos radicados en los inmuebles de la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez.

5.—Por escritura Nº 11 de 18 de enero de 1951, extendida en la Notaría Primera de Málaga, los mentados Ignacio Aristocles, Aníbal y José Segundo Alvarez vendieron a Isaías León Archila los bienes que se les habían adjudicado en la sucesión de su tía María Teresa Alvarez.

6.—La venta anterior fue ratificada por los mismos otorgantes, según escritura Nº 2595 de 16 de octubre de 1951 de la Notaría Primera de Bucaramanga. Por dicho instrumento los Alvarez cedieron a título gratuito a favor de Archila la acción o acciones judiciales que les corresponden como herederos de Teresa Alvarez v. de Rojas para obtener la nulidad por simulación absoluta de la venta que ésta hizo a Pedro Abel Rincón por escritura Nº 94 de 1º de marzo de 1942 de la Notaría Primera de Málaga.

7.—Ante el Juzgado Civil del Circuito de San Gil, Isaías León Archila promovió demanda ordinaria contra Pedro Abel Rincón para que se declare la simulación absoluta de la venta hecha por Teresa Alvarez v. de Rojas a Pedro Abel Rincón y se ordene la restitución de los bienes que éste ocupa como consecuencia del tal venta. El actor afirma que esta venta fue "simulada o de confianza", "afectada de simulación absoluta, ya que tal venta no existió en ningún momento, porque no hubo de la supuesta vendedora intención de vender ni de parte del supuesto comprador intención de comprar, ni hubo pago del precio ficticiamente estipulado en tal insrumento", que el propósito de la aparente vendedora fue confiar la administración de los bienes que ella poseía, a su sobrino Pedro Abel Rincón para que "con el producido de esa administración..atendiera a la subsistencia de la mencionada señora".

8.—Entre los hechos fundamentales de la demanda el actor hace referencia al proceso penal seguido contra Pedro Abel Rincón por homicidio en su tía Teresa Alvarez v. de Rojas, en el cual aparece demostrado que uno de los móviles del delito fue evitar que la citada señora intentara las acciones judiciales para obtener la invalidación de la venta ficticia y el rescate de los bienes.

9.—El Juzgado Civil del Circuito de San Gil en sentencia del 12 de julio de 1952 desató la litis absolviendo al demandado.

10.—Apelado este fallo por la parte actora fue confirmado por el Tribunal Superior de San Gil en sentencia del 9 de febrero de 1953.

II—Sentencia acusada

El fallo recurrido se funda en dos consideraciones atinentes a la prueba de los presupuestos de la acción de simulación, a saber :

a) Por no hallarse acreditada suficientemente la titularidad del actor, pues la escritura en que los Alvarez cedieron a Archila la acción de simulación no aparece inscrita en la oficina de registro de Bucaramanga, lugar en que fue otorgada;

b) Porque siendo el actor Archila causahabiente de los Alvarez y éstos herederos de Teresa Alvarez v. de Rojas, ni éstos ni aquél podrían adelantar prósperamente la acción de simulación para obtener la prevalencia del acto secreto u oculto sino demostrando la existencia de la contraestipulación mediante prueba literal o mediante un principio de prueba por escrito, o confesión, complementados estos dos últimos con otros medios de prueba. Y en el juicio no aparece ni prueba literal, ni principio de prueba por escrito, ni por confesión emanada del supuesto comprador.

III—Demanda de casación

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. y con base en ella formula los siguientes cargos:

1º—"Violación indirecta de los artículos 1.759, 1.766 y 1.769 del C. C., como consecuencia de la errónea aplicación del artículo 91 de la Ley 153 de 1.887 que hizo el sentenciador al sostener que no se ha presentado la prueba idónea para demostrar la simulación, negando todo valor a la conclusión que en ese sentido sentaron los jueces penales y absteniéndose de estudiar esa prueba emanada del proceso penal y el haz probatorio restante";

2º—'Violación directa del art. 1.967 del C. C. e indirecta de los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1.887, por error del sentenciador al apreciar los hechos sobre los cuales fundamenta el fallo la negativa a aceptar que el demandante ,en este caso, es un tercero de buena fe, en posición por

lo mismo de probar la simulación acudiendo a toda clase de pruebas".

3º—"Violación directa del art. 2.653 del C. C. e indirecta aplicación del art. 2.655 del mismo Código, cuando la sentencia recurrida sostiene que carece de personería sustantiva la parte actora por estar mal registrada la escritura en que se cedió expresamente al demandante la acción de simulación".

IV—**Examen de los cargos**

En reciente fallo de la Sala Plena de Casación Civil, fechado el 8 de junio de 1954, proferido en el juicio ordinario de Ana Felisa Montoya y otros contra Elisa Montoya viuda de García, fallo aún no publicado en el órgano de la corporación, esta Sala reafirmó su doctrina en materia de simulación, fenómeno jurídico distinto de la nulidad sustantiva. Dicho fallo expresa:

"1) La nulidad de los actos y contratos está definida y especificada en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, como lo dice el Tribunal. Según el primero de ellos, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto, según su especie o calidad. El segundo artículo expresa cuándo la nulidad es absoluta y cuándo es relativa.

"La nulidad sustantiva sólo puede ocurrir respecto de los negocios jurídicos, esto es, de las manifestaciones **verdaderas** de voluntad encaminadas a producir consecuencias jurídicas. O de otro modo: no hay nulidad sino en las manifestaciones volitivas tendientes a que nazcan, se modifiquen o se extingan relaciones de derecho.

"Incuestionablemente el negocio jurídico tiene como presupuesto necesario la **seriedad en la intención** y en la voluntad de quien o quienes se proponen crearlo, para lo cual es preciso que esas personas procedan con sometimiento estricto a las normas dictadas por el legislador, ya en cuanto éstas se refieran a los elementos esenciales del acto o contrato mismo, ya en cuanto digan relación a la forma que deba contenerlo. Pero puede acontecer, y a menudo acontece, que a pesar de esa intención y de esa voluntad **serias**, el negocio jurídico carezca de alguno o algunos de esos elementos, que se suponen existentes; o que ellos surjan a la vida con determinados vicios señalados en la ley. Entonces el acto o contrato será nulo, absoluta o relativamente, según que el defecto encaje en una o en otra de las dos especies de nulidad mencionadas. Así, por ejemplo, el acuerdo de voluntades, sincero y sin ambages, mediante el cual una parte pretende adquirir de otra una cosa que se da por existente y en realidad no existe (art. 1870 del Código Civil), **es nulo** por falta de **objeto** y, por consiguiente, por **falta de causa** (esta opinión la expresan los doctrinantes Vera y Vélez). Igualmente **nula** por **falta** de **causa** será la compra de cosa propia prevista en el art. 1872 del mismo Código; de suerte que si el acuerdo de voluntades se ha ajustado realmente sobre esa base falsa, "el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que ha dado por ella". **Habrá nulidad absoluta** en cualquiera de los actos y contrato a que se refieren los artículos 1519, 1520, 1.521 y 1.523 **ibidem** porque en la realidad, y según la ley, tienen un **objeto ilícito**. Y la misma nulidad se presenta cuando el móvil del acto o contrato que se realiza por el espontáneo querer de las partes está prohibido por la ley, o es contrario a las buenas costumbres o al orden público, porque entonces se entiende que en él hay **causa ilícita** (artículos 1.524 y 1.741 del Código Civil). Además, en todos los casos en que el consentimiento nace pero viciado por error, fuerza o dolo, el negocio jurídico es nulo **relativamente**, o, mejor dicho, rescindible o anulado.

"En síntesis, la nulidad sustantiva, en cualquiera de sus especies, no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación.

"2.) La simulación, en cambio, es fenómeno complejo que tiene características enteramente distintas de la nulidad, aunque con ellas tenga puntos tangenciales que requieren un deslinde ideológico para evitar confusiones de graves consecuencias.

"Simulación, ha dicho Ferrara, es la declaración de un contenido de voluntad no **real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes,** para producir con fines de engaño la **apariencia de un negocio jurídico** que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo".

"El profesor argentino Héctor Cámara dice: "El acto simulado consiste **en el acuerdo** de las partes de dar una declaración de voluntad o designio divergente de sus pensamientos íntimos", y agrega: "con el fin de engañar innocuamente, **o en perjuicio de la ley o de terceros".**

"El Decano de la Facultad de Derecho de París, profesor Julliot de la Morandiere, la define así: "Hay simulación cuando las partes ,habiendo celebrado una convención aparente, modifican o suprimen sus efectos por medio de otra convención, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta". Y detalla así sus características:

"Primera característica: Las partes están plenamente de acuerdo sobre los que en realidad quieren hacer; ellas no se engañan mutuamente. Así viene a distinguirse cuidadosamente la simulación del dolo. Hay dolo cuando una de las partes ha disimulado algunos elementos del contrato a la otra, la cual, a consecuencia de esas maniobras fraudulentes, viene a ser inducida a error. Por tanto, las dos partes no están exactamente de acuerdo sobre lo que ellas quieren hacer. En la simulación, al contrario, las dos partes están de acuerdo. Volvamos a tomar mi ejemplo: están de acuerdo para hacer una donación en realidad y una venta en apariencia; es en virtud de su voluntad común como su acto real viene a quedar disimulado bajo otro **acto** aparente.

"Segunda característica :El acto que modifica al primero, es contemporáneo del primero. Es preciso distinguir la simulación de la revocación y de la resiliación. Hay revocación o resiliación cuando las partes que han hecho y querido hacer un acto que produzca ciertos determinados efectos ,se entienden en seguida para poner fin a tales efectos o para modificarlos. Mas en el momento en que han celebrado el primer acto jurídico, estaban de acuerdo para querer ese acto y sus efectos. Cambian en seguida de parecer. La simulación supone al contrario que el primer acto no tiene ,en el espíritu de las partes, ningún valor desde el momento en que lo verifican y que la segunda convención, que es la real, es contemporánea de la primera.

"Tercera característica: El acto modificador es un acto secreto; tal acto no debe ser anunciado por el primero; el acto aparente no debe revelar que él disimula otro".

"De la doctrina expuesta por esos autorizados tratadistas se desprende, en primer término, la diferencia específica que hay entre la nulidad y la simulación, pues en tanto que la primera es un vicio determinado por la ley que destruye o puede destruír la eficacia de un verdadero negocio jurídico, considerado en sí mismo, la simulación consiste, ya en el encubrimiento de una situación jurídica existente, que en el fondo no se quiere modificar sino tan sólo ocultar (simulación absoluta); o también es el disimulo convenido del **contrato** realmente celebrado, que no se quiere publicar (simulación relativa). En uno y otro caso los simulantes realizan el ocultamiento con el velo de un contrato lícito, que es meramente aparente porque carece, cuando menos, por el querer verdadero y secreto de las partes, de alguno o algunos de los elementos sin los cuales no existe.

"3) La diferencia doctrinaria de estos dos fenómenos, lleva necesariamente a establecer que la hay en el concepto de **causa** cuando éste se relaciona con ellos.

"Según la doctrina clásica, la causa en los contratos bilaterales, es la contraprestación a que están obligadas las partes, y siempre se mantiene idéntica en el mismo tipo de contratos; al paso que en los contratos unilaterales ella puede consistir en la mera liberalidad y no es preciso expresarla. Distinto es el significado del vocablo en los contratos simulados: la **causa simulandi** es más que el **motivo,** lícito o ilícito, y siempre variable en cada caso, que induce a la ficción del "contrato" ostensible. Cuando se trata de la causa de los negocios jurídicos, se está hablando de la razón de ser ello existentes. Pero este concepto no cuadra con los negocios aparentes porque de la inexistencia (que a ello equivale la apariencia) no puede decirse que tenga causa. Entiéndese, e consecuencia, que la **causa simulandi** no es más que la causa subjetiva, el móvil que explica por qué se ha tenido una cortina de humo, por qué se ha fabricado una máscara con las cuales se oculta y disimula una situación jurídica que antes existía, o un contrato verdadero que a su amparo y simultáneamente se hace nacer para que produzca sus efectos indirectamente.

"De aquí se derivan las siguientes consecuencias atañaderas a la ilicitud de la causa:

"1ª—Mientras que la **causa ilícita** destruye o está en aptitud de destruír el negocio jurídico por razón del vicio congénito que en sí lleve, la **causa simulandi** no produce semejante resultado respecto del convenio real disfrazado, al que. considerado aisladamente debe tener su propia causa —lícita o ilícita—, a virtud de la cual genera, con independencia de la **causa simulandi,** efectos en derecho o carece de ellos, según sea la calidad de su misma causa. En otros términos: apartado el velo simulatorio, ha de analizarse el pacto secreto en su propia formación, de acuerdo con las normas comunes que rigen los contratos. De esta suerte, la **causa simundi** no sirve sino para explicar el por qué del engaño, de la ficción ante terceros, señalando, además, el derrotero, para inquirir las pruebas con que se establezca que el negocio declarado es nada más que aparente.

"2ª—Las acciones para demandar la nulidad y la simulación tienen naturaleza y contenido distinto. La de nulidad es **constitutiva y de condena:** lo primero, porque destruye una situación jurídi-

ca creada; lo último, porque según la ley, lleva a reivindicar la cosa, aún contra terceros de buena fe. En cambio la acción de simulación es meramente **declarativa** porque con ella tan sólo se busca descubrir le verdadero pacto, el culto, dándole la prevalencia que le corresponda sobre el fingido. Pero esto no es óbice para que a la acción de simulación se la considere como principal y puedan acumulérsele otras, encaminadas a amparar derechos que tengan nexos con la situación jurídica encubierta. "Quien la promueve —dice Ferrara, no necesita demostrar que la simulación fué fraudulenta, ya que la acción sería admisible aunque aquélla hubiere sido lícita. Aunque el fraude interviene con frecuencia en los actos simulados, ello es indiferente desde el punto de vista jurídico porque el acreedor no pretende fundarse en esa responsabilidad del obligado para rescindir los actos perjudiciales, sino probar solamente la inexistencia de los actos realizados, y sentar que ni ha sufrido por ellos perjuicio alguno ni debe sufrirlo. Su acción se dirige a restablecer la verdad, a poner en claro lo dudoso o equívoco, a destruír la apariencia, y no tiene por qué apoyarse en la culpabilidad delictuosa del deudor. El único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de interés, determinado a veces por el elemento del daño y cuya naturaleza y extensión son diversas, porque si en la Pauliana el perjuicio consiste en la insolvencia del deudor, en la de simulación resulta el perjuicio de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y, por consiguiente, de la amenaza de su posible violación. Además, el elemento del daño en la acción de simulación tiene un aspecto más amplio y multiforme, ya que no consiste solamente en una disminución de la garantía de los acreedores, sino en cierto peligro de perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal".

"4) No son exactas las afirmaciones hechas por el recurrente de que en la legislación colombiana haya ausencia de norma precisa sobre simulación y de que la Corte se haya constituído únicamente en importadora de teorías foráneas, elaboradas en otros países donde la ley sí ha consagrado esa figura jurídica. El artículo 1766 del Código Civil colombiano —igual en el fondo a los artículos 1.319 del italiano y 1.321 del francés, establece lo siguiente: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran con la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

"De esta norma, sabiamente analizada por la jurisprudencia —cuya misión es interpretar el derecho positivo y mantenerlo en función dinámica, adecuándolo racionalmente a los nuevos hechos sociales y preparando, en cierto modo, las reformas legislativas—, se ha desentrañado lo siguiente: a) que contra lo declarado por las partes en escritura pública, puede haber declaraciones secretas de las mismas; b) Que esas declaraciones privadas, pueden tener efectos entre quienes las hacen, no **contra** terceros, y c) Que los terceros, si bien no tienen por qué perjudicarse con las declaraciones privadas, están en posibilidad de valerse de ellas, en cuanto los favorecen, considerando tales estipulaciones como **hecho**, no como contrato, ya que son para ellos **res inter alios acta.**

"Respecto de la prueba de las estipulaciones secretas contra lo estipulado en escritura pública, ha dicho la jurisprudencia, a la luz de los artículos 1759, 1766 del Código Civil, y de los artículos 91 (segunda parte) y 93 de la ley 153 de 1887 —mencionados por el recurrente en los cargos que se analizan— que tales contraestipulaciones no pueden probarse sino por escrito, o por confesión, cuando el litigio se traba entre las mismas partes simulantes, incluyendo en ellas a los sucesores a título universal, a menos que éstos concurran como terceros en defensa de sus asignaciones forzosas. Pero que los terceros, para quienes tales contraestipulaciones y el mismo contrato fingido no son más que **hechos**, pueden valerse de todos los medios probatorios para justificar la acción declarativa en estudio".

El doctor Antonio Rocha en su estudio sobre "La simulación y su prueba" (G. J., T. XLIII, números 1911-1912, páginas 704), ha precisado muy nítidamente la reiterada doctrina de la Corte respecto de este último punto. Expone lo siguiente:

"Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato simulado.

"Los herederos del que celebró el contrato simulado pueden ejercitar la misma acción, puesto que ocupan el mismo lugar que aquél.

"También puede ejercitar la acción de simula-

lación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible.

"Para el efecto, pues, de tener la acción y de poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros. El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros **no existe sino** desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que puedan acudir unos y otros.

"Cuando el acto ostensible no se celebró por escrito, los herederos del que lo celebró, así como este mismo, pueden contraprobar para demostrar el acto oculto que altera el ostensible, por todos los medios de prueba: tal como lo hubiera podido hacer su causante si viviera.

"Pero cuando el acto ostensible consta por escrito, sus herederos al ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejercitar, es decir, para ejercer la acción heredada ,están obligados como ésto, a dar la prueba del acto oculto por escrito, o por un principio de prueba por escrito, o por la confesión de la otra parte; el principio de prueba por escrito se puede completar por testigos, indicios y todo medio probatorio.

"Caso distinto es que los herederos quieran probar un fraude de sus derechos de la herencia, o mejor dicho que el acto aparente se celebró en fraude de esos sus propios derechos de herencia, porque entonces ya no ejercitan la acción derivada de su causante, sino otra en nombre propio, tal como la de menoscabo de sus legítimas; entonces los herederos o el heredero viene a ser **un tercero** respecto del causante y del otro contratante, quien defraudó su propio patrimonio heredado o que tenía derecho de heredar ,en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que lo sustrae a la prenda común de los acreedores.

"La prueba que entonces los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita (la del pacto privado), ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada en este caso por todo otro medio de prueba; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, y es lo más corriente, testigos, presunciones, etc.

"En fin, basta considerar que para demostrar el acto oculto las reglas son las generales sobre pruebas, artículos 1757 y siguientes del C. C., y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887".

La anterior doctrina de la Corte ha venido sustentada en numerosos fallos de casación civil desde el año de 1936. Entre otros pueden citarse los siguientes septiembre 30 de 1936, T. XLIII, Nos. 1911-1912, pág. 830; diciembre 12 de 1936, T. XLIX, Nos. 1920-1921, pág. 663; junio 25 de 1937, T. XLV, Nº 1925, pág. 257; marzo 29 de 1939, T. XLVII, pág. 735; febrero 21 de 1941, T. L, Nos. 1966-1968, pág. 755; junio 3 de 1941, T. LI, Nos. 1973-1974, pág. 533; diciembre 10 de 1942, T. LIV, bis, pág. 318; septiembre 30 de 1943, T. LVI. Nos. 2001-2005, pág. 172; septiembre 20 de 1945, T. LIX, Nos. 2025-2027 bis, pág. 936; febrero 11 de 1948; T. LXIII, Nos. 2057-2058, pág. 662; junio 22 de 1950, T. LXVII, Nos. 2083-2084, pág. 405; abril 13 de 1951, T. LXIX, Nº 2099, pág. 522; noviembre 22, de 1951, T. LXX, Nos. 2107-2108, pág. 837.

Respecto a la prueba de la simulación entre las partes, es necesario precisar el concepto del **principio de prueba por escrito.** El artículo 93 de la Ley 153 de 1887 lo define así: "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". Esta es más o menos igual en sus términos la definición del artículo 1347 del Código Civil Francés: "un acto por escrito que emana de aquél contra quien se formula la demanda o de quien lo representa, y que hace verosímil el hecho alegado".

La restricción de la prueba testifical y sus excepciones fueron consagradas en la legislación francesa en forma semejante a como rige entre nosotros según los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887. Establecida aquella restricción en la Ordenanza de Moulins de 1566, la jurisprudencia no exigía que el escrito invocado como principio de prueba emanara necesariamente de la persona contra quien se oponía, y la Ordenanza de 1767, que reprodujo iguales normas, no trató la cuestión, aceptando simplemente la prueba de testigos cuando existía un principio de prueba por escrito. Pothier sostenía que el escrito debía emanar siempre del adversario y fundaba su opinión de esta manera:

"El principio de pruebas por escrito debe resultar, o de un acto público en el cual aquél contra quien se quería rendir era parte, o de un acto privado firmado por él o a lo menos escrito de su mano. El acto escrito por el que ofrecía rendir prueba, no podía servirle de principio de prueba, porque uno no puede formarse títulos asimismo. El escrito de un tercero no puede servir de principio de prueba por escrito que pide la Ordenanza, porque este tercero no es más que un testigo, y lo que ha declarado por escrito no

puede equivaler sino a una prueba testifical" (Pothier, "Obligations", Nos. 807 y 808).

El Código Civil Francés acogió la doctrina de Pothier en la definición que da sobre el principio de prueba por escrito. Hay en esa definición tres ideas fundamentales que lo constituyen, a saber: a) que exista un escrito; b) que éste emane del demandado, y c) que haga verosímil el hecho litigioso.

El principio de prueba por escrito es, en el fondo, un indicio. Para la apreciación del principio de prueba por escrito opera el mismo proceso lógico aplicado a la prueba indiciaria: por vía de inducción, de un hecho conocido se pretende llegar a un hecho desconocido por fuerza del nexo de causalidad entre los dos. En este caso el hecho indicador es el que aparece demostrado con el escrito; el hecho indicado es el hecho litigioso que se pretende demostrar, y el nexo de causalidad es la relación de **verosimilitud,** o sea, que el hecho probado por el escrito haga verosímil el hecho litigioso que se quiere acreditar.

Se comprende, por lo anterior, que el principio de prueba por escrito no es cualquier indicio, sino un indicio calificado, ya que el hecho indicador tiene que aparecer demostrado específicamente con un escrito procedente de la persona contra quien se opone. Por esta suerte, la inducción tiene su base en una especie de confesión escrita que perjudica al autor del escrito.

Por otra parte, se comprende que la presunción judicial resultante del principio de prueba por escrito, es una prueba incompleta por su propia naturaleza, porque ella necesita ser completada con otros medios de prueba (testimonios, indicios, etc.) para demostrar el hecho controvertido. El principio de prueba por escrito nunca puede ser plena prueba del hecho litigioso.

Por la expresión empleada en la ley, **"acto escrito"**, algunos pocos entienden equivocadamente que el principio de prueba debe ser un **instrumento.** La jurisprudencia ha rectificado muchas veces tamaño error. Un escrito cualquiera puede constituir un principio de prueba, no importa la forma, la ocasión y el propósito al extenderse: cartas, telegramas, registros y papeles domésticos, anotaciones al margen de un documento, copia de correspondencia, actuaciones judiciales, etc. etc. El principio de prueba puede consistir en un solo escrito, o en la reunión de diversos escritos distintos cuando uno solo de éstos no sea suficiente por sí mismo.

El escrito debe emanar de la persona a quien se opone o de su representante. Pero no se exige que esté firmado por él mismo, pues basta que provenga del obligado. Las respuestas dadas en posiciones extrajudiciales o en cualquier actuación judicial, civil o penal, pueden constituir principio de prueba por escrito. Lo que importa es que el escrito sea expresión de la voluntad consciente del demandado.

El escrito debe hacer verosímil lo que se quiere probar, o sea, que entre el hecho resultante del escrito y el hecho que se quiere probar debe haber un nexo de causalidad. No es necesario que el escrito demuestre una de las circunstancias o elementos del hecho que se pretende acreditar. Basta que sea sólo el punto de partida para un razonamiento lógico del juzgador, es decir, que sirva de base para la inferencia indiciaria. El juzgador no debe limitarse a tomar en cuenta sólo el hecho demostrado y el hecho litigioso, sino que habrá de examinar toda la controversia pudiendo fundar su razonamiento en circunstancias ajenas al mismo escrito para dar a éste su verdadero alcance.

Por último, en razón del mismo fundamento que autoriza el principio de prueba por escrito, debe afirmarse que éste ha de aparecer en documento público o estar reconocido expresa o tácitamente por la persona a quien se opone, y agregarse original o en copia auténtica al juicio. Es inadmisible que por medio de testigos se acredite la autenticidad del escrito o su existencia.

El recurrente al fundar el cargo primero de su demanda de casación, afirma que el Tribunal dejó de apreciar "las pruebas del proceso penal y las decisiones judiciales de tal proceso", las cuales tienen **"el valor de un indicio no derivado de simple prueba testimonial,** apto por lo mismo para probar la simulación entre las partes, lo que tal indicio ha debido ser estudiado por el sentenciador." Ese solo indicio, en concepto del recurrente, "resulta necesario y suficiente, por lo mismo para despachar sin riesgo de equivocaciones, de modo favorable, las peticiones todas de la demanda en juicio. Pero no es esto solo. La existencia del anterior indicio imponía no sólo su estudio, sino que determinaba, conforme al mismo texto del art. 91 de la Ley 153 de 1887 y a las decisiones jurisprudenciales elaboradas sobre esta norma legal respecto a su vigencia en casos de simulación, la procedencia o conducencia de los demás indicios aportados al expediente **como pruebas complementarias** que en tal calidad han debido ser estudiadas".

Y en otro aparte de su demanda el recurrente afirma:

"No se podían desechar, sino a base de errónea interpretación y aplicación del art. 91 de la Ley 153 de 1887, que conducen a su directa violación y a la indirecta de las otras normas sustantivas del C. C. ya citadas, las pruebas del proceso penal, en las que hay pruebas escritas como cartas y telegramas del demandado Rincón N. y una póliza para una intentada escritura que no s eotorgó, y las decisiones judiciales de los jueces criminales, pruebas todas éstas constitutivas de un indicio necesario, que conduce a la inferencia de la simulación sin riesgo ni peligros de equivocación.....".

Como fundamento de primer cargo el recurrente también expone lo siguiente:

"El fallo del Tribunal Superior de San Gil, que acoge íntegra y textualmente el del Juez de la primera instancia, dice que no se aportó a este juicio sino prueba testimonial y una confesión extrajudicial formulada ante un testigo, por lo que, conforme al Art. 91 de la ley 153 de 1.887, no aparece la prueba idónea exigida para demostrar la simulación y "siendo así, no es del caso entrar a estudiar si, de acuerdo con las probanzas allegadas al informativo, se llega al convencimiento de que en verdad la escritura de que se trata es simulada".

"La anterior conclusión de la sentencia que se impugna, es inexacta y constituye errónea aplicación del Art. 91 de la ley 153 de 1.887 que provoca la directa violación de este precepto legal y la indirecta de los Artículos 1.759, 1766 y 1.769 del C. C., como voy a demostrarlo.

"No es cierto que la prueba aportada, a este juicio sea exclusivamente la testimonial y la confesión extrajudicial probada por la simple declaración de un testigo. Al presente juicio civil se llevó copia íntegra del proceso penal seguido contra el demandado Pedro A. Rincón N. por el asesinato de la anciana María Teresa o Teresa de Jesús Alvarez Gómez, la persona que le hizo la ficticia escritura Nº 94 cuya simulación se demanda. En ese proceso penal el Estado, por medio de los jueces penales, indagó los móviles del asesinato perpetrado por Rincón N. y luego de recaudar múltiples pruebas dejó **plenamente establecido** que Rincón N. asesinó a la anciana Alvarez Gómez para asegurarse el dominio de los bienes que ésta le había escriturado ficticiamente. En ese proceso penal, en el auto de proceder dictado por el Juez del conocimiento (Fl. 124 de las copias respectivas) se leen apartes como éste:

"El deseo exteriorizado por la anciana de recuperar los bienes, siquiera en parte, llevó el desasosiego al ánimo de Rincón, y desde entonces comenzó a planear la forma de terminar con la vida de su tía."

"Y en la providencia dictada por el mismo Tribunal Superior de San Gil, confirmatoria del auto de proceder del Juzgado, hay apartes del siguiente tenor:

"**Por una escritura de confianza,** se hace al dominio de los bienes de la inválida y decrépita anciana, a quien se compromete a mantener y mimar. Y cuando, por las disputas y rencillas, ve que la anciana tía y los otros familiares pueden sacar de su dominio los bienes **escriturados ficticiamente,** surge el avaro y aparece el delincuente. Para evitar la merma de su patrimonio, lo mejor es destruir, aniquilar, quitar de en medio **a la dueña moral y legal de las fincas de Capitanejo".** (Fl. 151 vto. de las copias respectivas).

"Con base en esas conclusiones de Juez y Magistrados consignadas en el auto de proceder —la pieza calificatoria del mérito de las probanzas allegadas al proceso penal— dictado contra Rincón N., tales funcionarios afirmaron que el homicidio perpetrado por éste en la persona de la anciana Alvarez Gómez tomaba la denominación de asesinato por haberse cometido con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y en tal sentido se produjo el llamamiento a juicio. Con tal cargo compareció ante los jueces populares y así fué condenado por éstos en veredicto que acogió el juez de derecho en sentencia en la que se aplicó a Rincón N. la pena de quince años de presidio, sentencia consentida por el condenado y su defensor, y cuya copia se trajo a este juicio. Desafortunadamente la sentencia confirmatoria del Tribunal Superior de San Gil, a donde el fallo subió en consulta, no alcanzó a ser dictada en tiempo oportuno para ser allegada al presente juicio".

La Sala considera:

El cargo examinado enjuicia la sentencia del Tribunal por infracción indirecta de los artículos 1.759 y 1.766 del C. C., como consecuencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas resultantes del proceso penal seguido a Pedro Abel Rincón N. por el delito de homicidio en su tía María Teresa Alvarez, error cometido a cau-

sa de no haber tenido en cuenta tales pruebas por una aplicación indebida del artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Debe examinarse si lo que el recurrente denomina impropiamente **indicio necesario**, resultante de las pruebas del proceso penal y de las decisiones de tal proceso, indicio no derivado de simple prueba testimonial, está comprendido dentro del concepto de **principio de prueba por escrito**, a que se refiere la Ley 153 de 1887. Porque aunque el recurrente haya incurrido en un manifiesto error de nomenclatura o tecnología, esto no impide a la Corte considerar la sustancia del hecho en sí.

Atrás se ha expuesto la doctrina sobre el principio de prueba por escrito y se ha sostenido que éste es un indicio calificado.

Ahora bien:

De la copia auténtica del proceso penal aludido, la cual hace parte del acervo probatorio del juicio civil por haberse acompañado a la demanda (Cuaderno Nº 2, fs. 1210), aparece:

1º—Que en la póliza reconocida por Rincón, de fecha 28 de febrero de 1943, se había proyectado hacer una compraventa de los inmuebles a que se hallaban vinculados los derechos y acciones herenciales de Teresa Alvarez v. de Rojas, por la suma de $ 3.000.00, bajo las siguientes estipulaciones: a) la vendedora se reservaba de por vida el usufructo de los inmuebles; b) Rincón debería enajenar a Adela Quijano y Ciro Antonio Cote la mitad de tales bienes; c) la vendedora declaraba recibido el predio de manos de los adquirentes "en dinero y en prestaciones personales para su enfermedad"; d) el comprador se obligaba a pagar en favor de la vendedora los "sufragios y gastos funerarios en la forma acostumbrada y en acuerdo con su posición y categoría", lo que se establecía como condición para que a la muerte de ella se consolidara el dominio; e) pacto de retroventa de las cosas vendidas "en la forma prevenida por la ley civil y a voluntad de la tradente". Esta póliza se halla agregada al proceso penal (Cuad. 2º, fs. 25 y v.) y se encuentra firmada por Rincón, según reconocimiento expreso de éste en una de sus indagatorias (Cuad. 2º, f. 33 v.);

2º—Que Pedro Abel Rincón confesó tácitamente ser responsable de la muerte violenta de su tía Teresa Alvarez v. de Rojas (Cuad. 2º, f. 37);

3º—Que Pedro Abel Rincón, conforme a las decisiones de los jueces penales, se hizo homicida, para eliminar la posibilidad de que su tía Teresa Alvarez v. de Rojas promoviera demanda encaminada a destruír la eficacia de la compraventa atacada de simulación;

4º—Que Pedro Abel Rincón fue condenado en sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Superior de San Gil el 21 de agosto de 1952, a la pena principal de 15 años de presidio como autor del asesinato de su tía Teresa Alvarez v. de Rojas, y a dicha providencia pertenecen los siguientes apartes:

"Pedro Abel Rincón, joven de veinticuatro años de edad, se había ganado la confianza de su anciana tía señora María Teresa Alvarez viuda de Rojas, quien residía en Capitanejo, lugar donde tenía sus bienes de fortuna consistentes en los derechos herenciales en la sucesión de sus padres, vinculados en una hacienda denominada **Portachuelo**, en una casa situada en la calle real de dicha población y en la comunidad llamada **El Jaboncillo**. La señora Teresa no tuvo hijos en su matrimonio; y en el deseo de pasar sus últimos días rodeada de atenciones y en la más completa tranquilidad, por escritura número catorce, pasada en la Notaría de Málaga el primero de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, transfería a título de venta y en favor de su sobrino predilecto, el citado Pedro Abel Rincón, todos los derechos y acciones que le correspondieran en aquella doble sucesión, por la módica suma de un mil pesos, que dijo allí tener recibidos de manos del comprador a su entera satisfacción. Entonces residía la señora Teresa en el sitio llamado **"La Palmera"**, del vecindario de Capitanejo, y la acompañaba Pedro Abel, quien trabajaba como cadenero en las carreteras de la zona de Tunja. Posteriormente consiguió Rincón el mismo cargo en la pavimentación de la carretera que de San Gil conduce al Socorro, y debido a tal circunstancia trasladó sus residencia a esta ciudad, a donde trajo a su tía por insinuación de ella. En los primeros días habitaron en **Casablanca**, de la señora Sofía Bolívar, pero luego se trasladaron a una casa situada en la esquina de la calle trece con carrera segunda, en la cual habitaban también Juan Evangelista Sabogal y la querida de éste María de la Cruz Arévalo, Juan Francisco Rubiano, Oliverio Alarcón y otras personas, inclusive la sirvienta de la señora Teresa, de nombre María Luisa Flórez y Blanca Elvira Borda, la amante de Pedro Abel Rincón, quien estuvo en la misma casa durante una temporada corta. En la casa referida disputaban con frecuencia la señora Teresa y Pedro

Abel su sobrino, en algunas ocasiones porque éste no procuraba legitimar su unión con Blanca Elvira, y en otras, porque la señora Teresa le manifestaba a Rincón su deseo de que le "devolviera la escritura de sus bienes" para trasladarse a Bucaramanga al lado de otros familiares de apellido Alvarez. El deseo exteriorizado por la anciana de recuperar los bienes, siquiera en parte, llevó el desasosiego al ánimo de Rincón, y desde entonces comenzó a planear la forma de terminar con la vida de su tía, a quien estaba sosteniendo y atendiendo con mala voluntad últimamente, no obstante su avanzada edad y la enfermedad que la aquejaba desde hacía bastante tiempo: la parálisis de sus miembros inferiores. Los planes maduraron en la mente de Rincón y habiendo fracasado el golpe en la noche del veintiseis de abril último, en la mañana del día siguiente, y utilizando un garrote que había arreglado de antemano, penetró en la pieza en que habitaba la señora Teresa y la golpeó implacablemente con aquel instrumento, hasta que acabó con la existencia de la desprevenida ingenua e infortunada octogenaria".

5—Que dicho fallo no fue apelado por el reo Rincón ni por su defensor, hallándose en consulta ante el Tribunal Superior de San Gil. (Cuad. de pruebas del demandante en segunda instancia, fs. 2 v. y 10 v.).

Resulta de lo anterior que en la actuación del proceso penal allegado a los autos, hay principio de prueba por escrito emanado del reo Pedro Abel Rincón que hace verosímil el hecho de la simulación de la escritura Nº 94 de 1º de marzo de 1943 de la Notaría Primera de Málaga. La existencia de la póliza aludida con fecha 28 de febrero de 1943 (la víspera de la venta de los derechos herenciales sobre los mismos bienes), en donde aparecen cláusulas singulares que hacen pensar en el **animus simulandi,** y la participación de Rincón en el crimen, aceptada por el homicida, teniendo en cuenta las circunstancias deducidas por la justicia penal, hacen verosímil el acto oculto o secreto. Para apreciar el nexo de causalidad entre los hechos aceptados por Rincón en su indagatoria y la simulación de la compraventa, no pueden desatenderse las conclusiones de los jueces que han conocido del crimen. Y si la simple inferencia resultante de aquellos actos escritos (póliza e indagatoria) no es por sí sola plena prueba, sino sólo un principio de prueba por escrito, el sentenciador ha debido examinar las demás probanzas para ver si hallaba suficientemente acreditado el acto oculto o secreto entre las partes.

Por lo anterior aparece que el Tribunal incurrió en error de derecho en la tarea estimativa de las pruebas, violando por indebida aplicación el artículo 91 de la Ley 153 de 1.887 que no tenía operancia en el caso **sub judice,** conforme al artículo 93 ibidem, que admite la prueba testimonial cuando hay un principio de prueba por escrito. Y tal error de derecho deriva potencialmente a una infracción de los artículos 1759 y 1766 del C. C. citados por el recurrente.

El cargo está fundado.

Mas como el fallo recurrido tiene otro soporte en la consideración del Tribunal, atacada por el recurrente en el cargo tercero, debe estudiarse este otro motivo de la acusación para resolver si puede procederese a la invalidación de la sentencia acusada.

La parte de la sentencia recurrida que motiva este cargo dice así:

"Aparte de las consideraciones que preceden es pertinente hacer la siguiente anotación relacionada con la personería sustantiva de la parte actora. En efecto, Isaías León Archila entabló la presente acción de simulación en su calidad de cesionario de los Alvarez Rodríguez. La cesión de la acción de simulación se efectuó por medio de la escritura pública Nº 2595 de fecha 16 de octubre de 1.951 de la Notaría Primera de Bucaramanga. Esta escritura aparece registrada en Málaga, pero no fue registrada en Bucaramanga, lugar de su otorgamiento. De conformidad con los Arts. 2655 y 2652, ordinal 10, del C. C., la escritura de que se viene hablando ha debido registrarse en la oficina de registro de Bucaramanga por contener la cesión de la acción de simulación. Como no se hizo así, la ameritada escritura Nº 2595 no puede ser admitida como prueba, pues que el tenor del artículo 2673 del C. C. es como sigue: "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público sino ha sido inscrito o reigstrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código". Pues bien. La escritura 2595 no hace fe en juicio por no estar debidamente registrada, ello quiere decir que León Archila no demostró su calidad de cesionario, y de contera, su derecho o personería para instaurar la acción de simulación".

En concepto del recurrente el Tribunal violó por indebida aplicación el artículo 2655 del C. C. y por infracción directa el artículo 2653 del mis-

mo Código, porque la inscripción de la escritura Nº 2595 de 16 de octubre de 1951 de la Notaría Primera de Bucaramanga debía hacerse solamente en la oficina de registro de Málaga, ya que el acto se refería a inmuebles ubicados en el municipo de Capitanejo, comprendidos en el circuito de tal oficina. La cesión expresa de la acción de simulación no era sino una consecuencia de la enajenación de los inmuebles a que se refiere aquel instrumento.

Se considera:

El cargo es fundado.

Por escritura Nº 2595 de 16 de octubre de 1951 de la Notaría 1ª de Bucaramanga, Ignacio Aristocles, José Segundo y Aníbal Alvarez, ratificaron la venta que habían hecho a Isaías León Archila, de los bienes inmuebles que se les adjudicaron en la sucesión de Teresa Alvarez, ubicados en el municipio de Capitanejo .

En la cláusula séptima de este instrumento, se expresa:

"Que como los comparecientes en esta escritura que se está otorgando o sea los señores Ignacio Aristocles Alvarez Rodríguez, José Segundo Alvarez Rodríguez y Aníbal Alvarez Rodríguez, se comprometieron como reza la escritura número once (11) de fecha diez y ocho (18) de enero de mil novecientos cincuenta y uno (1.951) pasada en la Notaría Primera del Circuito de Málaga y registrada allí mismo el veinticuatro de enero del mismo año de mil novecientos cincuenta y uno, en el libro primero, tomo primero, partida número 62, folio número 201 y en el libro segundo, tomo segundo, partida número 13, folio 23, por medio de la cual vendieron al señor Isaías León Archila los bienes que quedaron especificados en los númerales a) b) y c) de la cláusula primera de esta escritura, a libertar tales bienes vendidos, para cumplir esta obligación y para hacer absolutamente efectiva dicha venta, a fin de que el comprador señor Isaías León Archila entre en el pleno dominio, uso y goce de esos bienes legítimamente por él adquiridos y a que se acaba de hacer referencia, ceden por medio de esta escritura al citado señor Isaías León Archila, en forma gratuita la acción o acciones judiciales conducentes que tienen los citados Ignacio Aristocles Alvarez Rodríguez, José Segundo Alvarez Rodríguez y Aníbal Alvarez Rodríguez, en su calidad de sobrinos legítimos de Teresa Alvarez Gómez v. de Rojas, y de nietos legítimos de Aníbal Alvarez Rojas y Rosa Gómez Vargas para demandar contra Pedro Abel Rincón N. la nulidad por simulación absoluta de la escritura ya citada, o sea la número noventa y cuatro (94) de primero de marzo de mil novecientos cuarenta y tres (1.943) pasada en la Notaría Primera del Circuito de Málaga, y registrada el seis de marzo del mismo año de mil novecientos cuarenta y tres (1.943) en la Registratura de Málaga en el libro primero, tomo tercero, partida 34, folio 38 y en el libro segundo, tomo primero, partida número 91, folio 41 doble, por medio de la cual Teresa Alvarez Gómez v. de Rojas, dijo supuestamente haber vendido sus derechos y acciones en la sucesión de sus padres Aníbal Alvarez y Rosa Gómez al citado Pedro Abel Rincón N. Y todas las acciones judiciales conducentes a hacerse entregar por parte del mismo Rincón N. los citados bienes con todos sus frutos naturales y civiles desde que Pedro Abel Rincón N. los viene ocupando ilícita e indebidamente y con evidente mala fe".

La escritura mencionada aparece inscrita en los Libros Nº 1º, Nº 2º y de Causas mortuorias de Málaga.

Por la cesión expresa de la acción de simulación no se hacía necesario registrar el mismo instrumento en la oficina de Bucaramanga, lugar de su otorgamiento, ya que aquella cesión no era en realidad sino una consecuencia de las enajenaciones de los inmuebles, a fin de que el comprador promoviera las acciones judiciales encaminadas a obtener la simulación del acto contenido en la escritura Nº 94 de 1º de marzo de 1942 de la Notaría Primear de Málaga. Aquella cesión no era sino una aclaración a la venta de los inmuebles. Por tal aspecto no se hacía indispensable otro registro en la oficina de Bucaramanga.

El Tribunal violó los artículos 2653 y 2655 del C. C. citados por el recurrente.

Hallándose fundados los cargos primero y tercero, que destruyen los dos soportes en que se edifica la sentencia, ésta habrá de ser casada para que la Corte como tribunal de instancia aprecie la totalidad de las probanzas allegadas al juicio y decida de acuerdo con lo que de ellas aparezca sobre la simulación demandada.

Pero antes de proferir la sentencia de instancia, la Corte hará uso de la facultad conferida en el artículo 539, inc. 2º, del C. J., dictando auto para mejor proveer a fin de aclarar algunos puntos dudosos u oscuros del juicio.

V—Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil el 9 de febrero de 1953 en el juicio ordinario de Isaías León Archila contra Pedro Abel Rincón N. sobre simulación de un contrato de compraventa.

Antes de proferir sentencia de instancia, la Corte dictará un auto para mejor proveer con el objeto de que se pongan en claro ciertos puntos oscuros o dudosos.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y una vez en firme esta sentencia, vuelva el expediente a la Sala con el fin de dictar el auto para mejor proveer.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL CORREDOR PROFESIONAL EN NEGOCIOS DE PROPIEDAD INMUEBLE TIENE LA CALIDAD DE COMERCIANTE Y LAS OPERACIONES DE CORRETAJE QUE REALICE SON DE NATURALEZA MERCANTIL. — CUANDO EL CORREDOR TIENE DERECHO A LA RETRIBUCION.— EL CORREDOR NO ES UN VERDADERO MANDATARIO

1—Rectifica la Corte su tesis expuesta en sentencia de casación de 14 de febrero de 1945, conforme a la cual las disposiciones del Código de Comercio no se aplican a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles están generalmente fuera del campo del derecho mercantil (v. Gaceta Judicial, T. 58, pág. 601).

Considera ahora la Corte que toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio; y que el corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil.

2—El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para apreciar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio.

3—Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario.

4—El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador (art. 88 del C. de Co.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, seis (6) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954)

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá pronunciada en el juicio ordinario de Aristóbulo Urueña Molano contra Elías Benrey sobre reconocimiento y pago de una comisión.

I—Antecedentes

Ante el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá Aristóbulo Urueña Molano adelantó juicio ordinario contra Elías Benrey para que éste fuera condenado a pagarle la suma de $ 10.000,00 a título de comisión "por la consecución del comprador de la casa número 15-69 y 15-79 de la carrera 8ª de esta ciudad", los intereses legales de esta suma desde el 9 de diciembre de 1948 y las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de la demanda, el apoderado del actor adujo los siguientes:

"**Primero.**—En uno de los días de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) anteriores al primero de abril de ese año, el señor Elías Benrey comisionó a mi representado señor Aristóbulo Urueña Molano para que consiguiera a quién venderle, entre otros bienes inmuebles, la casa de teja de barro y de dos pisos marcada con los números quince sesenta y nueve (15-69) a quince setenta y nueve (15-79) de la carrera octava (8ª) de esta ciudad.

"**Segundo.**— Elías Benrey y mi representado Urueña Molano, acordaron que el primero le pagaría al segundo de los nombrados el dos por ciento de comisión sobre el precio que se obtuviera en la venta de los inmuebles, por el trabajo de ofrecer, buscar y conseguir el comprador de ellos.

"**Tercero.**—Aristóbulo Urueña Molano, en cumplimiento de la comisión conferida por Elías Ben-

rey, le ofreció la casa número quince sesenta y nueve (15-69) a quince setenta y nueve (15-79) de la carrera octava (8ª) de esta ciudad a los señores José Vicente Mogollón & Cía., representados en Bogotá por el señor Guillermo Merlano, el día primero de abril de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

"**Cuarto.**—El señor José Vicente Mogollón negoció y le compró al señor Elías Benrey la casa número quince sesenta y nueve (15-69) a quince setenta y nueve (15-79) de la carrera octava de esta ciudad por la suma de quinientos mil pesos ($500.000) y el contrato se perfeccionó por la escritura número cinco mil novecientos noventa y cuatro (5.994), de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), otorgada en la Notaría Cuarta de este Circuito.

"**Quinto.**—El señor Elías Benrey no le ha pagado a Aristóbulo Urueña Molano la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) que son el dos por ciento (2%) que le corresponden de comisión sobre la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000) en que fue vendido el inmueble aludido en el hecho anterior, por el trabajo de ofrecerlo hasta encontrar a los señores José Vicente Mogollón & Cía., para que le compraran, y está en mora de pagar esa suma desde el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

"**Sexto.**—El señor Elías Benrey se niega a pagarle a mi representado el valor de la comisión y dá como razón para no pagarla que ya se le pagó al señor Félix Jaramillo Isaza, pero este señor no era ni lo es actualmente representante de Urueña Molano para recibir ese valor.

"**Séptimo.**—El señor Elías Benrey le ha causado perjuicios a mi representado por el incumplimiento en el pago de su trabajo de comisionista, porque él vive de lo que le produce su trabajo y no tiene renta ni entrada de dinero por ninguna otra fuente".

Corrido el traslado de rigor al demandado Benrey, éste se abstuvo de contestar la demanda.

El Juzgado 8º Civil del Circuito, en sentencia dictada el 11 de febrero de 1952, condenó al demandado Benrey a pagar al demandante Urueña el valor de la comisión entre ellos ajustada sobre la venta del inmueble perteneciente al primero y ubicado en la carrera 8ª, números 15-69 a 15-79 de esta ciudad, y los intereses de dicha suma a partir de la fecha en que se perfeccionó la venta. Conforme al fallo, el valor de la comisión debería fijarse mediante el trámite previsto en el artículo 553 del C. J.

Apelado el fallo por ambas partes el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia proferida el 16 de enero de 1953 confirmó la condena con la sola reforma de fijar en la suma de $ 10.000.00 el valor de la comisión.

El demandado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, que concedido y admitido en legal forma corresponde ahora decidir en el fondo.

III—Sentencia acusada

La decisión de condena proferida por el Tribunal tiene su fundamento en las siguientes consideraciones:

"El mandato es un contrato realizado entre dos personas, mandante y mandatario, en virtud del cual la primera encarga a la segunda la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera. (art. 2142 del Código Civil).

"El mandante al celebrar el contrato de mandato tiene en cuenta la competencia y actividad del mandatario en la realización de los negocios a él encomendados, y es en atención a esa actividad y competencia que celebra la convención. De conformidad con el artículo 2150 del Código Civil, aceptado el mandato, no podrá disolverse el vínculo contractual sino por mutua voluntad de las partes. Pero al tenor de los artículos 2191 y 2193 de la misma obra, el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio o el mandatario puede renunciarlo. En estos casos, el mandato termina sin que el contrato se resuelva, que es el caso contemplado en el artículo 2150.

"El hecho de que el demandante pueda revocar el mandato en cualquier momento, no lo exonera de pagar las indemnizaciones y cumplir las obligaciones surgidas con ocasión de la realización del contrato; y es lógico que esto sea así, porque el comitente no puede estar sujeto a la voluntad del mandatario, más cuando éste, con sus gestiones causa perjuicios al mandante, ya sea por la realización de tales gestiones o por la demora o abandono en su ejecución.

"Pero si el procurador se ajusta a las instrucciones que se le han dado, y realiza con diligencia y cuidado las gestiones ordenadas por el mandante, éste no puede revocar el mandato sin indemnizar los perjuicios que con la revocatoria se acarren al mandatario, y sin pagar los honorarios convenidos en el contrato. Esto, porque toda revocatoria que se haga sin causa justificativa, dá nacimiento a las indemnizaciones correspondientes.

"La falta de éxito en las negociaciones realiza-

das por el apoderado no son causa justificativa para que el mandante quede exonerado de cumplir las obligaciones que nacen del mandato en favor del mandatario. Claro está que si la falta de éxito en las gestiones encomendadas proviene de la culpa del mandatario, o si los gastos hechos por éste tienen como fuente su imprudencia o negligencia, la obligación del comitente desaparece como consecuencia de esa culpa. Pero fuera de estos casos de culpa del mandatario, las obligaciones del mandante son independientes del bueno o mal éxito del mandato, de conformidad con la Ley.

"Las obligaciones del mandatario, según nuestro Código Civil, se reducen a las siguientes: 1º Ejecutar el mandato en la forma prevista en el contrato; 2º Nò convertirse en contraparte 3º Tener al mandante al corriente de las gestiones realizadas durante el proceso de ejecución del mandato 4º Rendirle cuentas al comitente y 5º Abonar los intereses de los saldos, cuando sea el caso.

"Las obligaciones del mandante, según el mismo Código, son las siguientes: 1º Proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato; 2º Reembolsar los gastos hechos por el mandatario; 3º Indemnizar los perjuicios sufridos por el apoderado en la realización del mandato; 4º Pagar al mandatario los honorarios convenidos; y 5º Abonar al procurador los anticipos que haya hecho en la ejecución del mandato.

"En los negocios de venta de fincas raíces en que interviene el mandatario o comisionista, las obligaciones principales de éste se reducen a poner toda su competencia y actividad al servicio del mandante para conseguir el cliente que haya de comprar el bien materia del contrato.

"De las diferentes piezas que obran en el expediente se deduce que entre los señores Elías Benrey y Aristóbulo Urueña Molano, se celebró un contrato de mandato, en virtud del cual el último se comprometía a conseguir la persona que debía comprarle al primero el inmueble situado en la carrera 8ª números 15-69 a 15-79 de la actual nomenclatura de esta ciudad. Por la consecusión del cliente, el señor Benrey se comprometió a pagar al señor Urueña Molano el dos por ciento del valor de la finca. El contrato tenía, pues, una causa real y lícita, no era contrario al orden público ni a las buenas costumbres y se celebró por personas capaces de obligarse, naciendo así para ellas obligaciones y derechos recíprocos.

"De las posiciones absueltas por el señor Elías Benrey (fl. 1 y ss .Cuaderno Nº 1); de la carta dirigida por el señor Aristóbulo Urueña Molano (fl. 4); de las declaraciones de los señores Fernando Arango y Eduardo Tirado (fls. 3 ss. C. Nº 2); y de la declaración del señor Guillermo Merlano (fl. 2 C. Nº 5); y de la declaración del señor Rafael Villegas J. (fl. 4 C. Nº 6), se deduce la existencia del contrato de mandato celebrado entre el señor Benrey y el señor Urueña Molano y el cumplimiento por parte de éste último de las gestiones a él encomendadas para conseguir el comprador del inmueble mencionado en la demanda. En efecto: la declaración del señor Guillermo Merlano, Gerente de la Casa Mogollón, en esta ciudad, afirma que el señor Urueña Molano estuvo en varias ocasiones en su Oficina ofreciéndole algunas casas y lotes para la firma J. V. Mogollón, y que para cerciorarse de la seriedad de la oferta, le exigió que se la hiciera por escrito, lo que al efecto hizo el señor Urueña Molano, oferta que fue enviada al señor Mogollón a Cartagena. El señor Benrey, por su parte, afirma que fue verdad que le dijo al señor Urueña Molano que mientras estaba ausente se entendiera con el señor Rafael Villegas, respecto al negocio de la venta del inmueble, pero que no procediera a la enajenación sin que le consultara primero para darle su aprobación,. recomendación que estaba por demás, ya que, quien podía formalizar el contrato, legalmente, era el propio mandante señor Benrey. Esta circunstancia de que el señor Urueña Molano cumplía a cabalidad las órdenes del señor Benrey está corroborada con la afirmación del señor Rafael Villegas (fl. 4 C. Nº 6), quien dice que el señor Urueña 'iba mucho a la Oficina y conversaba con el señor Moisés Canetti, sobrino de Benrey, sobre las condiciones de venta de las propiedades referidas, varas cuadradas, etc., y el resultado de esas conversaciones se las comunicaba el señor Canetti al señor Benrey a Cali, sin que yo sepa exactamente a fondo el resultado'.

"Sobre la época en que el señor Benrey revocó el mandato, según dice, conferido al señor Urueña Molano, no existe prueba directa, pero se puede deducir de las manifestaciones hechas por el demandado al absolver las posiciones, cuando dice que el negocio de la venta lo verificó el señor Félix Jaramillo cuando él se encontraba en Cali, y que la comisión fue arreglada con el señor Jaramillo por teléfono en ese momento y no antes.

"Las negociaciones iniciadas por el señor Urue-

ña Molano, o mejor ,las conversaciones sobre el negocio de la venta de las propiedades del señor Elías Benrey con la firma J. V. Mogollón, fueron iniciadas en los primeros días del mes de abril de 1948, como se deduce de la carta que obra al folio 4 del cuaderno primero y de la declaración del señor Guillermo Merlano. La escritura de venta correspondiente al inmueble en referencia se verificó en diciembre del mismo año, es decir, que las conversaciones sobre el negocio duraron por espacio de nueve meses, durante los cuales el señor Urueña estuvo desempeñando su cometido como hombre diligencia (sic) y práctico en esta clase de negociaciones.

"Si bien es cierto que el negocio culminó con la intervención del señor Félix Jaramillo, no es menos cierto que sus oficios fueron de última hora y cuando supo por conducto de una hija del señor Merlano que la firma J. V. Mogollón iba a comprar el lote para la instalación de sus almacenes".

"El Juzgado del conocimiento falló en abstracto por no haberse traído a los autos la prueba del valor a que ascendió la negociación hecha entre los señores J. V. Mogollón y Elías Benrey, pero esta prueba fue allegada en segunda instancia, y es ella la copia de la escritura número 5994 de 9 dc diciembre de 1948, pasada en la Notaría 4ª de esta ciudad y contentiva del contrato de venta celebrado entre los señores José Vicente Mogollón y María Paulina Zubiría de Mogollón y el señor Elías Benrey, en donde consta que los primeros compraron al segundo la casa de que se ha hecho referencia, por la cantidad de quinientos mil pesos. Por consiguiente, la sentencia de primera instancia ha de reformarse en el sentido de fijar la cantidad líquida a que debe ser condenado el demandado, siéndole de esta manera favorable el recurso interpuesto por la parte actora.

"No existe un criterio definido para determinar si el contrato de mandato celebrado con el objeto de conseguir la persona que ha de comprar un inmueble, sea o no comerciante, se pueda definir como mandato comercial o mandato civil. La misma Cámara de Comercio manifiesta que hay costumbres variadas en cuanto a las consecuencias de este contrato; pero ,por cualquiera de los aspectos que se le mire se llega a la conclusión de que el mandante está obligado a remunerar al mandatario en la forma convenida en el contrato, cuando éste en el cumplimiento de su encargo ha obrado con prudencia y diligencia y obedeciendo estrictamente las instrucciones de su mandante, aún en el supuesto caso de que dichas gestiones no sean coronadas con el éxito de la negociación. Tanto más claro surge esa obligación, cuando dichas gestiones han llevado a la realización eficaz del negocio, como en el caso que se estudia".

III—Demanda de casación

El recurrente invoca la causal primera de casación y con base en ella formula ocho cargos a la sentencia, los cuales pueden resumirse así:

1º—Error de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado por haber dado como probado, con base en ellas, un contrato de mandato, a consecuencia del cual violó las siguientes disposiciones sustantivas: los artículos 2142 y 2184 del C. C., por aplicación indebida, y los artículos 331 y 338 del C. de Comercio, por falta de aplicación;

2º—Infracción directa de las siguientes disposiciones: el artículo 1767 del C. C., por falta de aplicación; artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887 por interpretación errónea, y artículos 2149 del C. C., por interpretación errónea y aplicación indebida;

3º—Falta de apreciación o apreciación errónea de varias pruebas, a consecuencia de lo cual el Tribunal incurrió en "el error de derecho que aparece de manifiesto en los autos —de no considerar como comerciante al señor Urueña Molano y como mercantiles las operaciones realizadas en su tráfico de comprar y vender fincas raíces por cuenta de sus clientes; y no considerar como aplicables de preferencia las disposiciones legales en materia comercial a esas operaciones, errores que lo condujeron a la violación por falta de aplicación" de los artículos 1º, 9º, 10º, 20, 65, 331, 332 y 333 del Código de Comercio y la infracción por aplicación indebida de los artículos 2142 y 2184 del C. C.;

4º—Falta de apreciación de una comunicación de la Cámara de Comercio de Bogotá que indujo al Tribunal a un manifiesto error de hecho al prescindir de considerar como costumbre mercantil la certificada por dicha Cámara, violándose indirectamente los artículos 1º, 2º y 338 del C. de Co.; 12 —num. X— y 20 de la Ley 28 de 1931, y 1602, 1603; 1621 y 2.189 —num. 2º— del C. C.;

5º—Error de hecho y de derecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado, que condujo al Tribunal a violar las siguientes disposiciones: por falta de aplicación: los ar-

tículos 1602, 1603, 1.618, 1620, 1621; 1769 y 2189 —num. 2º— del C. C. y 604, 605, 606 y 1609 del C. J.; y por aplicación indebida, los artículos 2150, 2191, 2193 y 2184 —num. 3º del C. C.;

6º—Error de derecho en la apreciación de los testimonios de Guillermo Merlano y Félix Jaramillo Isaza, con infracción de las siguientes disposiciones: por falta de aplicación, los artículos 1530, 1531, 1532, 1536, 1602, 1603, y 2189 —ord. 2º— del C. C.; y por indebida aplicación e interpretación errónea los artículos 2191, 2193, 2150 y 2189 —num. 3º— del C. C.;

7º—Falta de apreciación o apreciación errónea de los testimonios de Guillermo Merlano y Rafael Villegas, y de las posiciones del demandado, con infracción del artículo 1603 del C. C.;

8º—Infracción directa por falta de aplicación de los artículos 68 y 69 del Código de Comercio.

IV—Examen de los cargos

En la formulación del tercer cargo, el recurrente acusa la sentencia por falta de apreciación de las siguientes pruebas:

"Del memorial firmado por el Dr. Joaquín Castro Oñate, apoderado que fue del demandante y que constituye una confesión ya que el mencionado profesional lo acompañó a la demanda, memorial que aparece al fl. 8 del C. Nº 1 y que en la parte que nos interesa para el cargo afirma que el señor Urueña Molano, 'tiene como profesión la de comprar y vender fincas raíces por cuenta de sus clientes, mediante una comisión sobre el valor total del inmueble cuya compra o venta se realice por su intermedio'. Este hecho también es afirmado por los testigos señores Fernando Arango y Eduardo Tirado en la diligencia de ratificación de sus declaraciones que obran a los fls. 3 fte. a 5 vto., del C. Nº 2, pruebas estas que tampoco fueron apreciadas por el Tribunal. Las declaraciones de los señores Arango y Tirado no fueron apreciadas por el Tribunal para determinar el carácter mercantil o civil de las actividades en que se ocupa profesionalmente el señor Urueña Molano; estas pruebas fueron apreciadas para establecer con ellas, en el sentir del Tribunal, el contrato de mandato, por lo cual en el caso de que la H. Corte considere que las declaraciones de los mencionados señores Arango y Tirado, sí fueron estimadas, entonces acuso la sentencia de apreciación errónea de las mismas declaraciones".

El recurrente afirma que por no haber apreciado tales pruebas el Tribunal, éste incurrió en "error de derecho que aparece de manifiesto en los autos" al no considerar como comerciante al demandante Urueña Molano y al no calificar como mercantiles las operaciones realizadas en su tráfico de comprar y vender fincas raíces por cuenta de sus clientes, por lo cual el sentenciador dejó de aplicar los artículos 1º, 9º, 20, 65 y 332 del Código de Comercio y aplicó indebidamente los artículos 2142, 2148 del Código Civil.

El tercer cargo formulado por ey recurrente, a primera vista parece enderezado a atacar la sentencia por infracción indirecta de la ley sustantiva como resultado de error de hecho a causa de la no apreciación de las pruebas aludidas en la demanda de casación. En efecto, pudiera entenderse que a causa de que el Tribunal no hubiera considerado esas pruebas de las cuales resulta ciertamente que Urueña Molano tenía como profesión la de agenciar la compra y venta de bienes inmuebles por cuenta de sus clientes mediante comisión sobre el valor de cada negocio que se realizara por su mediación, lo violación de la ley se consumase como consecuencia de tal omisión.

Pero interpretada en esta forma restringida la demanda de casación, el cargo no sería procedente en el presente caso. Porque el Tribunal no se detuvo a examinar si se hallaba o no demostrado tal hecho para aplicar la ley, y porque las partes en las instancias están de acuerdo en que Urueña Molano ejercía profesionalmente el oficio de corredor en materia de propiedad raíz. No existe, pues, consideración alguna del Tribunal sobre tal condición, y por ende no hay apreciación del sentenciador respecto de las pruebas de las cuales se deduce la calidad de comerciante. Al Tribunal debió parecer intrascendente la demostración del hecho referido, en lo tocante a la aplicación de la ley sustantiva al caso **sub judice**.

Así que dentro de la facultad que tiene la Corte para intenpretar racionalmente la demanda de casación, el tercer cargo debe entenderse como de infracción directa de la ley sustantiva, sin conexión con la apreciación de los elementos probatorios hecha por el sentenciador.

La Sala parte del supuesto verdadero de que las partes y el Tribunal aceptaron que Urueña Molano ejercía el oficio de corredor de bienes raíces, condición que por otra parte aparece claramente demostrada con las pruebas que cita el recurrente, producidas por el propio demandante.

Para saber si fueron violadas las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente, se hace ne-

cesario examinar previamente la naturaleza jurídica del corretaje en materia de propiedad raíz y los derechos del corredor con cuya intervención se concluye una compraventa de inmuebles.

1.—Según el numeral 13 del artículo 20 del C. de Co., son actos de comercio **las operaciones de corretaje.** Y de acuerdo con el num. 3º del art. 332 del mismo Código **la correduría es una especie de mandato mercantil.** Por otra parte, el artículo 66 de dicha obra expresa que el oficio de corredor **"se considera por la ley como un ramo de comercio".**

Armonizando estas disposiciones de la ley mercantil debe afirmarse que un acto aislado de corretaje no es siempre un acto de comercio. Pero siempre tendrá este carácter cuando se trata del ejercicio habitual y profesional del coretaje. "En realidad —como lo observa Jean Escarra— el criterio profesional o subjetivo viene a completar aquí el criterio objetivo y estas operaciones no tendrán interás, desde el punto de vista práctico, sino a virtud de su repetición profesional". Y agrega el mismo autor que la jurisprudencia francesa parece reservar el carácter comercial al corretaje, sólo cuando se trata de un ejercio profesional y habitual (Jean Escarra, "Cous de Droit Commercial", 1952, Nº 122, pgs. 79 y 80).

"Son corredores —dice el artículo 65 del C. de Co.— los agentes intermediarios entre el comprador y el vendedor que, por su especial conocimiento de los mercados, acercan entre sí a los comerciantes y les facilitan sus operaciones".

En realidad la anterior definición es incompleta, porque no comprende todas las especies de corretaje. El corredor puede intervenir en operaciones distintas de la compra y venta, como por ejemplo, respecto de transportes, seguros, etc.

El corredor es un simple mediador: limita su intervención a poner en contacto dos contratantes para facilitar sus negociaciones; sin contraer personalmente ningún compromiso en nombre propio o ajeno, su tarea queda reducida a descubrir los contratantes para ponerlos en relación directa en orden al perfeccionamiento del negocio. Las funciones del corredor se diferencian de las del comisionista éste obra en representación del comitente o en nombre propio por cuenta de éste e interviene no sólo en los preparativos del contrato sino en la propia celebración del acto jurídico, mientras que aquél limita su actuación a las tareas preparatorias para aproximar a los interesados, comunicando las ofertas y contraofertas y allanando las diferencias entre ellos, de tal suerte que al llegar los contratantes a un acuerdo sobre las condiciones del negocio, el corredor desaparece de la escena quedando al cuidado de las partes el perfeccionamiento del respectivo contrato en el cual no interviene ya aquél. El agente intermediario ha merecido el nombre de **corredor** porque va y viene entre los contratostantes en su tarea propia de lograr acercarlos para la celebración del negocio.

El corredor puede recorrer estos pasos: a) buscar la persona interesada en negociar con el comitente dentro de las condiciones y propósitos contractuales de éste; b) comunicar a la parte interesada, una vez hallada, la voluntad del comitente de concertar el negocio e indagar las intenciones de aquél respecto de los términos de la oferta; c) trabajar el ánimo de la contraparte si no se muestra dispuesta a llevar a cabo el negocio; d) transmitir la aceptación del cliente al comitente y persuadir a éste, en caso necesario, sobre los términos del negocio convenidos por el corredor. En todas estas estapas de la intermediación aparece bien caracterizado el papel del corredor.

2.—La doctrina discute si el corredor es un verdadero mandatario. La mayoría de los autores le niegan tal carácter.

Jean Escarra dice:

"El corredor y el comisionista son mandatarios comerciales, pero sus mandatos que son variedades del mandato tal como es definido por el Código Civil, no son de naturaleza idéntica. El mandato del comisionista es un contrato de derecho comercial, el contrato de comisión, que produce efectos jurídicos propios. El mandato del corredor es demasiado menos caracterizado. Hay corredores, no hay, **stricto sensu,** un contrato de corretaje" (Obra citada, Nº 1062, pág. 708).

Lacour y Bouteron afirman:

El corredor alquila sus servicios a los clientes que emplean su mediación en vista de la formación de contratos, generalmente comerciales. Su función consiste en buscar una contraparte a su cliente, por ejemplo, un comprador al que desea vender, y a poner los dos interesados en relación directa, pero no en concluír por sí mismo el negocio; **en principio, el corredor no es un mandatario".** (León Lacour y Jacques Bouteron, "Precis de Droit Commercial" ,T. I, Nº 52, pág. 45).

Planiol y Ripert exponen:

"En realidad ,la representación que es la regla general en el mandato civil, puede sin embargo

quedar suprimida, sin que por ello deje de haber mandato: es lo que se da en el caso del testaferro (prete-nom). En materia mercantil, el contrato de **comisión** es igualmente un mandato, auncuando el comisionista contraiga una obligación personal. **El corredor sólo es mandatario en ciertos casos".** (Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", T. XI, 1427, pág. 765).

Agustín Remella examina ampliamente la cuestión en la siguiente forma:

"Algunos escritores sostienen que la posición jurídica del **mediador,** en cuanto aproxima las partes y promueve un acuerdo, no es diversa de la del **mandatario,** y que por consiguiente la ejecución de su encargo representa preferentemente la ejecución de un mandato. El mediador sería requerido para interponerse en un negocio cuyas condiciones le son explicadas, para buscar al otro contratante y tratar con él y concluír en nombre del comitente, es decir, como verdadero representante. Sólo que a veces sería representante de su comitente, y otras en cambio, contrataría con el mismo pero como representante de la otra parte, que de este modo, en lo que se refiere a la conclusión del contrato, vendría a ser su efectivo requirente.

"Si así fuere, una primera diferencia importante surgiría entre el mediador civil y el mediador comercial en cuanto el primero, limitado a la parte meramente preparatoria del negocio, no podría elevarse a la posición jurídica de representante de una o de otra parte.

"Pero **la asimilación no tiene razón de ser.** En verdad la prestación del mediador es siempre de naturaleza material. Al obrar en su campo propio no realiza ningún acto jurídico puesto que la estipulación del contrato, que es el resultado de su intermediación, se produce entre las partes y su existencia jurídica se manifiesta solamente entre éstas sin consideración alguna al hecho de que el acuerdo entre las partes haya sido alcanzado mediante los esfuerzos y la cooperación del mediador. La conclusión del contrato es de importancia jurídica para él únicamente por su derecho a la comisión, la cual no le es debida de otra manera. Por consiguiente el mediador no puede asumir como tal la calidad de parte en el contrato en que intervino, y por el contrario debe ser concedido en la contraposición de las partes. El no omite, en su función, ninguna declaración propia de voluntad, ni aparece nunca autorizado para **agere**, sino solamente para **exhibire** (por lo que su obra era designada como **ministerium** u **operala**) y así para preparar un contrato cuya conclusión habrá de efectuar por sí el interesado mismo comunicando a la otra parte su propio consentimiento.

Tampoco en derecho romano se encuentra denominación alguna en el título de los **proxenetisis** que pueda significar que la obra del mediador consistiese en el actuar en lugar y vez de otro, es decir, **pro emptore, venditore,** etc. La conclusión del contrato va más allá de la función intermediadora, la que, en efecto, termina en el punto en que se ha obtenido el concurso de la voluntad de las partes con relación al acuerdo para el cual fue desarrollada la obra del mediador. Esto explica cómo es que el mandato asume forma civil o comercial, según la naturaleza del negocio concluído, mientras que la mediación, para diversas leyes, tiene carácter comercial por sí misma, aunque sea relativa a materias civiles.

"Las consecuencias son múltiples. Así el mediador no tiene derecho al reembolso de los gastos si eso no se hubiera pactado, a diferencia de lo que pasa en el mandato. Quien ha dado encargo al mediador no puede, como en el mandato, demandarlo para su ejecución, porque el mediador no puede constreñir a un tercero a tomar una decisión determinada. El mandatario tiene derecho, por regla general, a retribución por el hecho de que emplea su actividad sin preocuparse del resultado (n. 157), mientras que el derecho de comisión corresponde solamente si se ha obtenido el éxito, el objeto previsto, etc. Si el mediador no tiene por eso sólo calidad de representante del mandante, ni contrata con él, se sigue que no puede recibir pagos relativos al negocio para el cual ha prestado su obra, ni adquirir derechos o asumir obligaciones o hacer renuncias válidas por cuenta de su requirente y obligatorias para éste". (Agustín Ramella, Profesor de la Universidad de Génova, "Del Mandato Comercial y de la Comisión", T. II, Nº 301, pags. 244 a 246).

Emilio Langle y Rubio, tratadista español, estudia las distintas teorías expuestas para definir la naturaleza jurídica de la mediación y llega a las siguientes conclusiones:

"Sólo observando cómo se desenvuelve en la vida real la correduría, podemos decidirnos en favor de una doctrina determinada. Hemos dicho que el mediador no es un subordinado, ni un apoderado que represente a ninguna de las partes. Desempeña el papel de intermediario neutral: se le exige que dé informaciones veraces y que proceda lealmente. Su interés estriba en que el ne-

gocio se efectúe. Tanto si espontáneamente brinda sus servicios, como si se le hace el encargo por una parte o por las dos, tiene que hallarse autorizado por ambas (basta la forma verbal). Actúa como preparador del contrato coadyuvando en la eliminación de divergencias: termina su cometido en cuanto consigue la coincidencia de voluntades de los interesados, pues no le incumbe realizar el contrato. Es de sumo interés subrayar la **libertad de conducta** de que gozan, tanto **las partes,** como el **mediador.** Quien le confiere el encargo e indica lo que desea, puede en cualquier fase del trato modificar sus pretensiones, o **revocar aquél,** o decidir no hacer nada. En ninguno de esto supuestos se halla obligado a explicar, ni probar, los motivos de su resolución, ni a remunerar al mediador, porque es inherente a la industria de éste último el riesgo de haber perdido el tiempo en gestiones baldías, ya que su derecho a la retribución nace cuando el contrato se concluye y, naturalmente, si se concluye merced a su intervención, con nexo de causalidad. A su vez, el intermediario disfruta de completa libertad para no iniciar la gestión encomendada, o para interrumpirla, o abandonarla, en cualquier estado en que se encuentren las negociaciones, cuya libertad tiene un doble fundamento: que sería imposible obligarle a tratar y que es correlativa a la de las partes para no aceptar sus propuestas o para prescindir de su intervención. Por último, efectuado el convenio, tiene derecho a percibir su corretaje, que va a cargo de ambas partes, por mitad.

"Sobre la base de estos hechos, parece atinado configurar jurídicamente la mediación como **negocio unilateral,** que presenta rasgos de semejanza con la **locatio operis,** pero que no se identifica con ella, puesto que para el mediador es potestativo realizar la obra y para quien le ha dado el encargo no es obligatorio retribuírle, sino en cuanto lo cumple y el negocio jurídico se concluye.

"El mediador **no es un mandatario.** No presta servicios a un mandante, favoreciendo parcialmente el exclusivo interés del mismo. Además, aunque haya aceptado el encargo, no está obligado a cumplirlo, según acabamos de exponer. En consecuencia, no responde de daños y perjuicios por no ejecutarlo (V. Co., art. 1718).

"Tampoco ha de equipararse la mediación a la **comisión mercantil.** El mediador **trata y hace contratar,** pero **no contrata** (Bolaffio); porque su actividad **típica** no es la estipulación del negocio (por ello suele decirse que es instrumento **material** y no **jurídico** de contratación). Si el intermediario asume, además, la función de concluír el contrato, se sale del círculo riguroso de la institución: alguien llama a esto mediación 'irregular' o 'impropia' (Casanova). Por otra parte, la mediación no es en modo alguno como es la comisión, un **contrato bilateral.** Ni quien confiere el encargo al mediador se obliga a retribuírle, sino al alcanzar el éxito de su intervención ni tampoco se obliga quien lo recibe a encontrar contratante. Cuando no ha habido encargo, menos duda puede caber". (Emilio Langue y Rubio, "Manual de Derecho Mercantil Español", T. I, Nº 62, pags. 733 a 735).

3.—El corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil?

En sentencia de casación civil del 14 de febrero de 1945 había dicho la Corte que las disposiciones del Código de Comercio no se aplicaban a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles están generalmente fuera del campo del derecho mercantil (G. J., T. LVIII, Nº 2017, pág. 601).

La Sala rectifica esta tesis. La doctrina moderna hoy no pone en duda el carácter mercantil de la intermediación en materia de propiedad raíz cuando ésta se ejercita por una persona que ordinaria y habitualmente se dedica a esta actividad. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor es comerciante y aunque el objeto de su intermediación sea de índole civil, como la compra y venta de bienes inmuebles, la calidad personal del intermediario imprime comercialidad a sus propias operaciones, a más de ue tal oficio está definido expresamente como un **ramo del comercio** (C. de Co., art. 66). Además el corredor facilita el cambio de bienes, la circulación de la riqueza. Por lo tanto, no hay por qué distinguir sobre la naturaleza civil o comercial del acto para el cual el corredor sirve de intermediario (V. Gabriel Palma Rogers, "Derecho Comercial", T. I., pág. 124; Lorenzo Mossa, "Derecho Mercantil", T. I, pag. 73; Ch. Lyon-Caen et L. Renault, "Traité de Droit Commercial", T. I, Nº 146, pag. 171; Emilio Langle y Rubio, obra citada, pag. 733).

Esta solución de la doctrina se acomoda perfectamente a nuestras instituciones mercantiles inspiradas en las leyes francesa y española.

Como es sabido, nuestro Código Mercantil en cuanto a la calificación de los asuntos de comercio no adopta exclusivamente el sistema **subjeti-**

vo ni el sistema objetivo, sino un sistema mixto. Según éste, la noción obetiva tiene marcada importancia para definir el concepto de comerciante, pero a la vez la calidad de comerciante atribuye comercialidad a los actos que el profesional del comercio realiza en interés de su negocio.

Como atrás se ha expuesto, las disposiciones del Código de Comercio, autorizan la consagración de esta tesis (C. de Co., arts. 9º, 20 —num. 13—, 65 y 66): toda operación de corretaje realizada por quien se dedica profesionalmente a esta actividad es siempre acto de comercio, sin considerar la índole civil o mercantil de la operación en la cual el corredor ejerce su mediación.

Por último, en confirmación de esta doctrina debe subrayarse que nuestro Código al enumerar los actos de comercio, coloca en numeral separado "las operaciones de corretaje", (art. 20, ord. 13), después de haber mencionado "la comisión o mandato comercial" (art. 20, ord. 5º), a pesar de que impropiamente considera que la correduría es una especie de mandato mercantil (art. 332, ord. 3º).

4.—Sobre la disciplina del contrato de mediación y la posibilidad de revocarse el encargo en cualquier tiempo, expone Vivante lo siguiente:

"Algunas veces es el propio mediador quien toma la iniciativa en su intervención, otras es el cliente el que le busca; pero esto carece de importancia, porque en ambos casos la disciplina del contrato es la misma. En uno como en otro caso se debe presumir, conexionando la disciplina del contrato con su función auxiliar, que el cliente puede en cualquier momento suprimir el encargo de verificar la operación dado al mediador, aunque éste se haya atenido fielmente a las instrucciones recibidas; que puede también encomendar a otros contemporáneamente el mismo encargo o concluír directamente el negocio por otros caminos; que no está obligado a advertir la ejecución del mismo así llevada a efecto cuando no se usa hacerlo. Si dada la comisión, tuviese el cliente que esperar el resultado atado de pies y manos o resarcir en otro caso al mediador del tiempo perdido, la mediación representaría una traba, no un instrumento para la conclusión de los negocios. Esto no excluye la posibilidad de pactos con los que el cliente se obliga a mantener el encargo por un tiempo cierto o a resarcir al mediador" (César Vivante, "Tratado de Derecho Comercial", Vol. I, Nº 219, pag. 270).

Congruente con ésta doctrina es la costumbre mercantil certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá en su sesión del 3 de julio de 1952. Según esta corporación "puede considerarse como costumbre mercantil la de que un propietario —que se ha puesto en comunicación con un agente o intermediario tiene facultad de usar los servicios de otro u otros, salvo que se haya dado la exclusividad en forma expresa. Salvo que se haya fijado expresamente un plazo para el encargo de la venta del bien raíz, ese encargo se considera de **plazo indefinido**. Y así en las agencias que se ocupen en la compraventa de finca raíz, los inmuebles suelen permanecer inscritos varios meses y aún años" (Cuad. Nº 6, fs. 6 y v.).

5.—En resumen, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

a) Toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio;

b) El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio;

c) Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del itermediario;

d) El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador. (C. de C. art. 88);

e) El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil.

Aplicando la anterior doctrina el caso **sub judice**, se impone la invalidación del fallo recurrido con fundamento en el cargo tercero antes examinado

En efecto:

Aparece plenamente demostrado con las propias pruebas aducidas por el apoderado de Urue-

ña Molano que éste ejercía profesionalmente el oficio de corredor. De consiguiente, tenía la calidad de comerciante y la operación de corretaje ajustada con el demandado Elías Benrey ha debido considerarse como acto de comercio.

El Tribunal no paró mientes en estos extremos del proceso y por esta causa incurrió en los siguientes errores de orden jurídico: consideró equivocadamente a Urueña Molano como mandatario de Benrey para la venta de una propiedad raíz de éste, y calificó como mandato el acuerdo de Benrey y Urueña Molano para que éste consiguiera un comprador a tal finca. Como consecuencia de este error, el Tribunal aplicó al caso controvertido las normas que regulan el mandato civil.

Por lo expuesto aparece que el Tribunal infringió los artículos 1°, 9º, 20 —num. 13— y 65 del Código de Comercio, disposiciones sustantivas invocadas por el recurrente, las cuales dejó de aplicar, siendo el caso de hacerlo. Y también violó los artículos 2182 y 2184 —num. 3º— del Código Civil, referentes al mandato civil, también citadas por el recurrente, las cuales se aplicaron indebidamente.

Por consiguiente, el cargo examinado prospera y como éste solo, es suficiente para invalidar el fallo recurrido, sin necesidad de considerar el resto de la acusación (C. J., art. 538), la sentencia habrá de ser casada y la Sala dictará el fallo de instancia que la reemplace, como lo ordena la ley (C J., art. 539).

V—Sentencia de instancia

Resultando:

1º—Benrey aceptó los servicios de Urueña Molano como corredor en compra y venta de fincas raíces, quien ofreció conseguirle comprador para una casa de su propiedad situada en la carrera octava de esta ciudad y marcada con los números 15-69 a 15-79. Se estipuló un corretaje del 2% sobre el valor de la operación que se realizara por su intervención (Testimonios de Fernando Arango y Eduardo Tirado, C. 1º, fs. 3 y ss.; Posiciones de Benrey, C. 1º, fs. 1 y ss.);

2º—Urueña Molano inició sus tareas de corredor y en carta de fecha abril 2 de 1948, dirigida a J. V. Mogollón y Cía., de esta ciudad, ofreció en venta dicho inmueble con una cabida de 900 varas cuadradas a razón de $ 650.00 la vara cuadrada, o sea, por la suma total de $ 585.000.00. Dicha oferta fue transmitida a J. V. Mogollón a Cartagena por su representante en esta ciudad Guillermo Merlano (Copia de la carta, Cuad. 1º, f. 4º; testimonio de Merlano, Cuad. 1°, f. 6 y v.);

3º—No hay constancia en autos de que por intermedio de Urueña Molano hubiera proseguido esta negociación después de abril de 1948. No se sabe si hubo nuevas conversaciones sobre el valor de la finca y las condiciones de la venta proyectada. No existe prueba alguna que demuestre la realización de nuevos pasos en su tarea de intermediación iniciada. Benrey en posiciones niega que Urueña Molano le hubiera comunicado que Mogollón era posible comprador (Cuad 1º, f. 2), y Merlano acepta que sólo hubo negociaciones serias al través de Félix Jaramillo e Hijo, corredores que se entendieron con él, con Alberto Fergussón, apoderado general de Benrey en Bogotá, y con J. V. Mogollón en Cartagena (Testimonio de Merlano, Cuad. 1º, fs. 6 y v.);

4º—Félix Jaramillo Isaza obtuvo de Fergusson una opción para la venta del inmueble citado por el precio de $ 500.000, en carta del 4 de noviembre de 1948 (Testimonio de Merlano, Cuad. 1º, f. 6 y v.; Testimonio de Jaramillo Isaza, Cuad. 6º, f. 3 y v.);

5º—Por escritura N° 5.994 del 9 de diciembre de 1948 de la Notaría Cuarta de este Circuito, Elías Benrey vendió a José Vicente Mogollón y María Paulina Zubiría de Mogollón, representados por su apoderado Guillermo Merlano, la casa de la carrera 8ª, calles 15 y 16 de esta ciudad, a que se refiere el corretaje controvertido. El precio pagado fue la suma de $ 500.000,00, la mitad de contado y el resto en cinco contados de $ 50.000.00 con plazos de 30, 60, 90, 120 y 150 días (Copia reg., de la escritura, Cuad. 5, fs. 6 a 9);

6º—Félix Jaramillo Isaza y Guillermo Merlano afirman que la compraventa se negoció por la intermediación de aquél exclusivamente. El corretaje del 2% fue pagado a medias por vendedor y comprador (Testimonio de Merlano, Cuad. 1º, fs. 6 y v.; Testimonio de Jaramillo Isaza, Cuad. Nº 6º, fs. 3 y v.);

7º—Fernando Arango y Eduardo Tirado, testigos del actor, afirman que el negocio se concluyó por la intervención de Urueña Molano, pero uno y otro dan como razón de su dicho que lo saben por habérselo así manifestado Urueña Molano (Testimonios de Arango y Tirado, Cuad. 1º, fs. 9 a 11);

8º—Benrey acepta haber prescindido de los servicios de Urueña Molano como corredor (Posiciones, Cuad. 1°, f. 2);

La Sala considera:

No aparece demostrado el nexo de causalidad entre la intervención de corretaje de Urueña Molano y la compraventa de Benrey a J. V. Mogollón. La oferta de aquél por $ 585.000.00 hecha en abril de 1948 no aparece discutida entre los contratantes. Sólo en diciembre de 1948 cristaliza un negocio por la suma de $ 500.000.00 como resultado inmediato de la intermediación de otro corredor.

Benrey prescindió de los servicios de Urueña Molano cuando no había aún acuerdo alguno entre Mogollón y el propietario sobre la compra del inmueble. Por esto, no aparece que se hubiera revocado el encargo en forma abusiva.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluír que Urueña Molano carece de derecho para demandar el corretaje a que se refiere el presente litigio.

VI — 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,

Resuelve:

SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 16 de enero de 1953 en el juicio ordinario de Aristóbulo Urueña Molano sobre pago de una comisión, y en su lugar SE ABSUELVE al demandado de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

NO ES EL CASO DE DECLARAR DESIER TO EL RECURSO PORQUE LA DEMANDA HAYA SIDO PRESENTADA ANTES DE QUE SE SEÑALARA EL TERMINO PARA SU FORMULACION

Procediendo con criterio amplio, considera la Corte que no es el caso de declarar desierto un recurso de casación porque la respectiva demanda no fue presentada dentro del término que al efecto le señaló el Magistrado sustanciador, sino que lo fue antes de que ese término hubiese sido señalado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.— Bogotá, a trece de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Márquez Páez)

Formulada la demanda de casación por el recurrente demandante, se ordenó correr traslado al **opositor demandado,** mediante auto proferido el quince de julio último. Esta resolución no tenía otro alcance, como es obvio, que el de poner en conocimiento del opositor dicha demanda, únicamente con el fin de que la contestara. (art. 533 del Código Judicial).

El demandado, excediéndose del término que para este efecto tenía, devolvió el negocio a la Secretaría de la Sala con un escrito en que a la vez que impugnó la demanda de casación de su contrario, formuló la suya, como recurrente. (El término concedido por el auto de quince de julio, comenzó a correr desde el diez y nueve del mismo mes, y la devolución en referencia tuvo su día el diez y nueve de agosto siguiente).

Vino luégo el auto fechado el veintiséis de agosto, por el cual se ordenó correr traslado al **demandado recurrente** por el plazo legal, es decir, 'treinta días, para que dentro de este término formule la demanda de casación" (art. 530 del Código Judicial).

No otra cosa podía disponer el Magistrado sustanciador a fin de acatar las normas que rigen los ritos procesales, de ineludible observancia.

Agotado este término, sin demanda formulada dentro de él, ni escrito del recurrente en que diera por reproducida la que irregularmente había presentado antes del auto de veintiséis de agosto, ha vuelto el negocio al despacho para decidir en materia de trámites lo que corresponda.

Se observa:

Si los términos judiciales son los plazos señalados por la ley o el juez "para que **dentro** de ellos se dicte una providencia, **se haga uso de un derecho** o se ejecute algún acto en el curso del juicio" (art. 366 del Código Judicial); y si en virtud del citado artículo 530 de la misma obra, la demanda de casación debe presentarse "dentro de los treinta días siguientes señalados al efecto, en rigor procedería declarar desierto el recurso interpuesto por el demandado, porque él concretó los cargos contra la sentencia del Tribunal fuéra del término legal (artículo 532 **ibidem**), que aún no se había prefijado.

Empero, la Sala, con espíritu de amplitud, llega a otra conclusión en este caso, por las siguientes consideraciones:

1ª—Porque el rigor de la ley en materia de términos tiene como mira la de que los juicios se adelanten por etapas fijas predeterminadas, que principalmente, impidan demoras injustificables en los trámites. Y en el caso de autos, la presentación **festinada** de tal demanda, no ha producido, como es claro, esa dilación en el desarrollo del proceso.

2ª—Porque al decir el artículo 530 del Código citado que "la demanda puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término" (treinta días), permite pensar en este caso —que parece ser el único hasta ahora aquí presentado en la forma expuesta— que puede procederse sin sujeción al rigorismo formal de los artículos 366, 530 y 532 de la obra mencionada;

3ª—Porque al recurrente demandante no se le sorprende así con acortamientos de términos, ni el trámite del recurso los ha sufrido, toda vez que la Corte cumplió, como ya se dijo, el deber de señalar al recurrente demandado el plazo legal para que formulara su demanda. Y ese plazo corrió, dándole cumplimiento al artículo 374, según lo informa el señor Secretario de la Sala, y

4ª Porque el artículo 472 ibidem indica que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con ese criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales.

Esto no quita, ni aminora, la absoluta falta de técnica que acusa la actividad glosada al recurrente demandado, quien, sin necesidad, se anticipó a presentar su libelo contra el fallo del Tribunal, haciendo por otra parte más dispendiosa la labor de la Corte al imponerle el deslinde de los cargos, contra la sentencia, de la respuesta dada a la otra demanda de casación, contenidos unos y otra, sin ningún fundamento, en un mismo escrito. Solo la consideración superior, de no cerrar el paso al demandado, en este caso excepcional, para no dejar de oírlo en la defensa de los derechos que cree tener a la luz de disposiciones sustantivas que juzga violadas por el Tribunal, mueve a la Corte a dar por válida la presentación de la aludida demanda.

Por todo ello se decide:

Dése traslado de la demanda de casación presentada por el recurrente demandado, al opositor demandante, para que la conteste dentro del término legal (artículo 533 del Código Judicial).

Notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Alfonso Márquez Páez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE SIMULACION Y SUBSIDIARIA DE RESCISION POR LESION ENORME.— PRUEBA DE LA SIMULACION.—CUANDO LAS PARTIDAS DE ORIGEN ECLESIASTICO PUEDEN SERVIR DE PRUEBA SUPLETORIA DEL ESTADO CIVIL

1—Demostrada la falta de partida civil, la de origen eclesiástico puede servir como prueba supletoria para acreditar el estado civil de una persona, conforme a lo estatuído por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938.

2—Cuando la acción de simulación se ventila entre las mismas partes que celebraron el contrato impugnado, únicamente pueden admitirse como pruebas idóneas para demostrar la simulación absoluta o relativa predicada, las siguientes: a) otra escritura pública, debidamente registrada, por medio de la cual se descubriera la simulación en cualquiera de esas formas; b) la contraescritura privada a que se refiere el artículo 1.766 del Código Civil y c) un principio de prueba por escrito, complementado con testimonios, indicios, etc.

Los meros indicios son prueba de que sólo puede hacer uso el tercero que intente la acción de simulación, porque, como extraño que es al contrato, éste no tiene más significado para él que el de un simple hecho, cuyo valor puede destruír por los medios comunes de prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.— Bogotá, a catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres)

Antecedentes:

Filiaciones

Avelino Galindo y Eufrasia o Eufrosina Bohórquez C., contrajeron matrimonio en el Municipio de Nocaima el 17 de julio de 1944. De ello se sentaron las correspondientes partidas eclesiástica y civil (C. 1º, ff. 8 v., y 10).

Ese matrimonio procreó un hijo al cual le dio el nombre de Cosme, quien nació en el mismo Municipio el 24 de abril de 1945 y fue bautizado el 28 de los mismos mes y año, según consta en la partida eclesiástica (**ibídem**, ff. 8 v., y 10).

Pero Avelino, el padre del niño, en vez de haber hecho sentar bien la partida civil del nacimiento de Cosme como su hijo legítimo cometió la ... inadvertencia de expresar ante el Alcalde que dicho Cosme era su hijo natural (**Ibídem**, folio 10).

Eufrasia, la madre de Cosme, falleció el 20 de enero de 1946 (**Ibídem**, f. 9).

Dicha Eufrasia, nacida el 8 de marzo de 1918, era hija legítima de Nicomedes Bohórquez y Tránsito Cifuentes, quienes habían contraído matrimonio el 14 de septiembre de 1912 (**Ibídem**, folio 8).

Tránsito Cifuentes falleció el 24 de septiembre de 1947 (**Ibídem**, f. 9).

De lo que resulta que Cosme Galindo Bohórquez es nieto legítimo de Tránsito Cifuentes y su heredero por derecho de representación de su madre Eufrasia.

La litis

Por escritura pública número 812, otorgada el 9 de septiembre de 1947 en la Notaría de Facatativá, Tránsito Cifuentes, para entonces ya viuda de Bohórquez, vendió a Rafael Forero B., un derecho pro indiviso de $ 3.000 —sin decir, cuál debiera, con relación a qué valor total se refería— en un predio llamado Las Mesetas, ubicado en el Municipio de Nocaima, cuyos linderos allí se expresaron.

La vendedora falleció, como ya se dijo, el 24 del mismo mes de septiembre de 1947.

En este estado, Avelino Galindo, por medio de apoderado, procediendo en representación de su hijo impúber Cosme Galindo Bohórquez, demandó a Rafael Forero R., para que, en síntesis, se decidiera en favor de la sucesión de su difunta abuela Tránsito Cifuentes viuda de Bohórquez:

1º Que es nulo, por simulación, el contrato celebrado en la Notaría de Facatativá que consta en la escritura pública número 812 de 9 de septiembre de 1947, por medio de la cual Tránsito Cifuentes, viuda de Bohórquez, dijo que vendía a Rafael Forero R., un derecho pro indiviso de

valor de $ 3.000 en el terreno denominado Las Mesetas, ubicado en el Municipio de Nocaima, cuyos linderos allí se señalaron.

2° Que, en consecuencia, se restituyera tal inmueble al patrimonio de la sucesión de Tránsito Cifuentes, viuda de Nicomedes Bohórquez.

3° Que se ordenara la inscripción de la sentencia que recayera en el juicio en la correspondiente oficina de Registro.

4° Que se condenara en costas al demandado.

5° Que, subsidiariamente, se declarara que ese contrato está afectado de nulidad relativa por simulación.

6° Que, en subsidio, se declarara que la transmisión del derecho referido se había hecho a título de donación.

7° Que, en caso tal, se declarara que esa donación es nula por falta de insinuación.

8° Que, en consecuencia, se decretara la rescitución del derecho demandado con las prestaciones correspondientes.

9° Que, subsidiariamente se decretara la rescisión de la venta por lesión enorme.

10° Que, en tal evento, se señalara al comprador término para consentir o no en la rescisión, con los efectos consiguientes; y

11° Que, como consecuencia de la rescisión, se decretara la restitución del derecho pro indiviso de que se trata, con sus frutos, conforme a la ley.

Tramitado el juicio en la primera de sus instancias, el Juzgado 1º del Circuito de Facatativá declaró improcedentes las ocho primeras súplicas de la demanda y decretó la rescisión del contrato por el extremo de la lesión enorme sufrida por la parte demandante.

Tal fallo, fue llevado al Tribunal Superior de Bogotá a virtud de apelación interpuesta por la parte demandada, cuerpo que desató la controversia por el que dictó el 29 de abril de 1953 que dice así en su parte resolutiva:

"1º Revócase en todas sus partes la sentencia de fecha tres de junio de mil novecientos cincuenta y dos, dictada por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Facatativá, por carencia de personería de la parte actora.

"2° Déjanse a salvo los derechos de las partes.

"3º Sin costas en ninguna de las instancias" (C. 9º, f. 34 v.).

Contra esta sentencia recurrió en casación el demandante para ante la Corte.

La sentencia acusada

El Tribunal sentenciador, al desatar la controversia, no se ocupó en los asuntos de fondo sometidos a su decisión en escala de preferencia siguiendo las peticiones de la demanda, es a saber: declaración de nulidad absoluta por simulación del contrato **sub judice**, o de nulidad relativa, o de existencia de una donación entre vivos no insinuada, encubierta por la enajenación, o de rescisión del contrato por lesión enorme: prefirió buscar la tangente consistente en denegar el reconocimiento de la personería del actor para promover el juicio, dejándole a salvo su derecho para seguir otro, como ya se expresó.

Al efecto, luégo de aceptar como ajustadas a la ley las partidas del estado civil relativas al matrimonio de los padres de Cosme, al de los abuelos de éste y a las defunciones de sus progenitores maternos, le deniega su personería para demandar, porque la partida civil de su nacimiento no le acredita como hijo legítimo de Eufrasia y que la eclesiástica, en la que sí aparece su entroncamiento legítimo de ésta con aquél, no es admisible como prueba, a tenor de lo prevenido por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938 bao cuyo imperio Eufrasia dio a luz a Cosme.

El Tribunal, para llegar a esta conclusión, en compendio, razona así:

1º—Que, si bajo la vigencia de la legislación existente hasta que entró a regir la referida Ley 92 de 1938, las partidas atinentes al estado civil de las personas eran pruebas principales, dejaron de tener ese carácter, dado que el artículo 18 de tal Ley, que era la vigente cuando nació Cosme, sólo reconoce como principales las partidas expedidas por los funcionarios de que ella trata.

2º—Que, si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 19 de la misma Ley, las partidas eclesiásticas pueden tenerse como pruebas, ello no tiene cabida sino supletoriamente a falta de la de origen oficial.

3º—Que, habiéndose presentado dos partidas de nacimiento, eclesiástica la una y civil la otra, pero ésta en desacuerdo con aquélla por darle a Cosme el carácter de hijo natural y no legítimo, lo procedente habria sido que el actor hubiese hecho salvar el error por el procedimiento señalado en el Decreto reglamentario número 1.003 de 10 de mayo de 1939.

La casación

Tres cargos se formulan contra la sentencia acusada.

El Primero

El recurrente acusa el fallo por el extremo de haberse incurrido por éste en error de derecho en la apreciación de las pruebas consistentes en la partida de bautismo de Cosme Galindo y en la civil de nacimiento del mismo, que corren a los folios 9 (debía haber dicho 8 vuelto) y 10 del Cuaderno primero, y por haber violado a causa de ello las siguientes disposiciones: los artículos 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910, 13 del Acto Legislativo número 1º de 1936, el 56 y el 78 de la Constitución, 22 de la Ley 57 de 1887, 22 y 24 de la Ley 34 de 1.892, 213, 214, 216, 1.008, 1.012, 1.037, 1.041, 1.042, 1.043, 1.226, 1.239, 1.240; 1.241, 1.243 y 1.244 del Código Civil y 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 y 18 de la Ley 45 de 1936, unos directamente, otros por indebida aplicación y otros por no haber sido aplicados.

Siendo de notarse que, respecto de casi todos los textos citados, la acusación es harto vaga y no ceñidas a las normas de la casación.

Sobre lo cual observa la Corte:

1º Que carece de razón el recurrente al sostener que el Tribunal sentenciador incurrió en error de derecho al desestimar como prueba principal la partida eclesiástica que acredita el bautizo de Cosme Galindo Bohórquez, carácter que, reconocido como estaba por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, primero, y por el Concordato después, no se lo podía arrebatar la Ley 92 de 1938, sin violar a una la Constitución y un pacto internacional que está por sobre las leyes comunes.

Y que carece de esta razón es evidente, porque no es verdad que en el Concordato y su Convención adicional se hubiese pactado tal cosa, y sí lo es que el legislador tiene potestad para legislar sobre pruebas, de lo que hizo uso al estatuír por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938 que sólo las partidas expedidas por las autoridades públicas competentes, sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, serían consideradas desde su vigencia como pruebas principales.

2º Que, esto no obstante, la acusación sí prospera, pero por otra razón: porque la partida de bautismo de Cosme, si no es **prueba principal,** sí es **prueba supletoria** del nacimiento de éste como fruto del matrimonio de dichos Avelino y Eufrasia, conforme a lo prevenido en el artículo 19 de la prenombrada Ley 92 de 1938 que, en lo pertinente dice:

"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 o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica...".

3º Que esta admisión de la partida eclesiástica como **prueba supletoria,** en el caso de que se trata, se justifica plenamente, por cuanto la partida civil presentada no sería para probar la filiación de Cosme como hijo legítimo de los ya nombrados cónyuges Avelino y Eufrasia, partida a la cual, como lo nota el recurrente, le "falta la anotación del nombre de la madre de Cosme Galindo Bohórquez, razón por la cual no tiene el carácter pretendido de partida de nacimiento, pero sí **evidencia** la falta de dicha partida"; y

4º Que, por tanto, el Tribunal incurrió en error de derecho al no apreciar la partida eclesiástica como prueba del nacimiento de Cosme Galindo Bohórquez como hijo legítimo del matrimonio de Avelino Galindo y Eufrasia Bohórquez, y violó consiguientemente los artículos 18 y 19 de la mencionada Ley 92 de 1938, por no haberlos aplicado al caso del pleito para reconocer la filiación legítima del demandante; y los artículos 1.041, 1.042, 1.043-1.240 y 1.241 del Código Civil, porque le deniega a Cosme su derecho de suceder **abintestato** a su abuela Tránsito Cifuentes viuda de Bohórquez, en representación de su madre Eufrasia Bohórquez de Galindo.

Esto basta para casar la sentencia y exime a la Corte de tomar en cuenta si se violaron o no alguno, o varios, o todos los textos que integran esa serie innumerable de éstos que corren en la demanda.

Y como la Corte, luégo de infirmar la sentencia acusada debe dictar la que ha de reemplazarla, según lo asienta el artículo 538 del Código Judicial, a ello procede.

El fallo

De la enmarañada demanda se entresaca en concreto que son dos las acciones incoadas, es a saber:

La tendiente a que se declare nulo por **simulación** el contrato de venta del inmueble determinado en la demanda, venta hecha por Tránsito Cifuentes viuda de Bohórquez a Rafael Forero R.; y

La subsidiaria para que se declare la rescisión de tal contrato por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora.

La simulación

Si se siguiera la tesis que el Magistrado Rodríguez Piñeres, ponente de este fallo, ha sostenido y sostiene de que la teoría de la simulación no tiene cabida respecto de los actos solemnes, como lo es el de la enajenación de bienes inmuebles, ello bastaría para declarar improcedente la demanda.

Pero como los Magistrados restantes de la Sala, Latorre, Márquez Páez y Zuleta, que integran la mayoría no admiten esa tesis, se pasa a examinar el asunto con este su parecer.

El demandante pretendió establecer la simulación con varias pruebas que pueden reducirse a dos categorías: la de confesión en posiciones del demandado, y la indiciaria que está constituída por estos medios de convicción:

a) Por cuatro escrituras públicas hechas por Tránsito o a ésta sobre el mismo bién; y

b) Por varios testimonios tendientes a acreditar que el motivo para el otorgamiento de la escritura pública número 812 de 1947 fue la promesa que Rafael Forero R., dio a Tránsito Cifuentes viuda de Bohórquez de casarse con ella, promesa que al fin éste no le cumplió.

Se considera:

1° Cuanto a la confesión del demandado —prueba conducente y eficaz en acciones de la especie contemplada, según jusriprudencia tradicional de esta Corte— se nota que éste en las posiciones que absolvió a petición del demandante, negó que fueran ciertos los hechos sobre los cuales se le preguntó: como el de que no había pagado el precio de la venta que Tránsito Cifuentes viuda de Bohórquez dijo hacerle del inmueble que es objeto del juicio, por medio de la escritura pública 812, otorgada el 9 de septiembre de 1947 en la Notaría de Facatativá; como el de que engañó a la vendedora con una promesa de matrimonio que no le cumplió, y como el de que cultivaba con ella relaciones amorosas desde que murió su marido, y explicó que si la vendedora siguió viviendo en la casa vendida, ello lo hizo por convenio privado, sin que eso implicara que la reconocía como dueña (C. 2°, ff. 45, ss.).

2º Cuanto a la prueba indiciaria de que se ha hablado, cabe observar que habiéndose ventilado la acción en estudio, entre las mismas partes que celebraron el contrato impugnado (una de ellas —la vendedora— está representada en el juicio por el heredero demandante (Cosme Galindo Bohórquez), únicamente podrían admitirse como pruebas idóneas para demostrar la simulación absoluta o relativa predicada, las siguientes: a), otra escritura pública, debidamente registrada, por medio de la cual se descubriera la simulación en cualquiera de esas formas; b), la contraescritura privada a que se refiere el artículo 1.766 del Código Civil; y c), un principio de prueba por escrito, complementado con testimonios, indicios, etc

Los meros indicios son prueba de que sólo puede hacer uso el tercero que intente la acción de simulación porque, como extraño que es al contrato, éste no tiene más significado para él que el de un simple hecho, cuyo valor puede destruír por los medios comunes de prueba. Esta es la jurisprudencia sostenida sin variaciones por la Corte, a partir del año de 1935.

La lesión enorme

Esta se halla probada plenamente en el proceso con el dictamen pericial decretado en la primera instancia, dado por los expertos designados por el Juez, quienes conceptuaron que el derecho pro indiviso en el inmueble denominado Las Mesetas que ha sido el objeto del pleito, con las mejoras, valía el 9 de septiembre de 1947, día en que se otorgó la escritura número 812, la suma de $ 38.400 que excede en $ 29.400 a la de $ 9.000 por la cual aparece vendido.

Este avalúo fue objetado por la parte demandada, pero quedó en firme por haberse declarado por el Juez que era infundada la objeción, en estos términos, que la Corte prohija:

"Para el Juzgado dicho dictamen tiene el valor de plena prueba, por las siguientes razones: a), porque se trata de un avalúo dado de una manera uniforme, explicado y debidamente fundamentado, según se vió atrás; y b), porque el nombramiento de peritos fue hecho por el Juzgado, para lo cual hay que suponer que se designaron personas honorables y competentes, conocedoras de la región, alejadas en todo caso de los intereses de las partes.

"Resumiendo, se tiene que según el dictamen de los expertos y de que se viene haciendo referencia, los bienes vendidos por Tránsito Cifuentes viuda de Nicomedes Bohórquez a Rafael Fo-

rero y de que da cuenta la escritura número 812 de 9 de septiembre de 1947, de la Notaría de Facatativá, valían en aquella época treinta y ocho mil cuatrocientos pesos ($ 38.400.00) y como en el mismo instrumento consta que la venta se hizo por la suma de nueve mil pesos ($ 9.000,00), es manifiesto que la vendedora Tránsito Cifuentes viuda de Bohórquez sufrió lesión enorme, toda vez que la cantidad recibida o sea la de nueve mil pesos ($ 9.000,00) no llega a la mitad del justo precio que tenían los bienes en la época del contrato " (C. 1º, f. 63 v.).

En consecuencia 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 acusada y en su lugar confirma la dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá el tres (3) de junio de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), que, con varias correcciones, queda así:

Primero. Deniéganse las súplicas primera a octava de la demanda, tanto principales como subsidiarias y consecuenciales, y por consiguiente se absuelve al demandado Rafael Forero de los cargos en ellas formulados.

Segundo. Declárase que Tránsito Cifuentes viuda de Nicomedes Bohórquez, como vendedora, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con Rafael Forero, como comprador, contrato contenido en la escritura pública número 812 de fecha 9 de septiembre de 1947 de la Notaría de Facatativá, la cual fue registrada en la Oficina de Registro de este Circuito el día diez (10) de los mismos mes y año.

Tercero. En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y, por lo tanto, se condena a Rafael Forero, de las condiciones civiles expresadas, a restituír a la sucesión de Tránsito Cifuentes viuda de Nicomedes Bohórquez, purgados de toda hipoteca o derecho real que se hubiere constituído, los bienes relacionados en la escritura número 812 de que se ha hecho mención, por los linderos que allí se expresan. Esta restitución la hará diez días después de registrado el presente fallo, siempre que el demandado no opte por completar el justo precio en la forma que adelante se indicará.

Cuarto. Condénase a la sucesión de Tránsito Cifuentes viuda de Nicomedes Bohórquez a devolver a Rafael Forero, dentro del mismo plazo fijado para la restitución de los bienes de que da cuenta la mencionada escritura, la suma de nueve mil pesos ($ 9.000,00) m/c., como precio que la vendedora recibió del demandado y siempre que no se opte por completar el justo precio, en la forma que se indicará.

Quinto. El comprador Rafael Forero debe a la sucesión de Tránsito Cifuentes los frutos naturales y civiles que hayan producido los citados bienes, desde la fecha de la demanda, y la sucesión de ésta, debe a aquél los intereses legales de la suma de nueve mil pesos de que se ha hecho mención, a partir de la fecha de la escritura número 812. Dichas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por completar el justo precio y se liquidarán los frutos en la forma indicada en el artículo 553 del Código Judicial.

Sexto. Queda a opción del demandado Rafael Forero consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio de dichos bienes con deducción de una décima parte. El citado comprador tendrá el plazo de diez días contados a partir del registro de este fallo para completar dicho justo precio.

Séptimo. Si el demandado Rafael Forero consintiera en la rescisión del contrato, se oficiará a los señores Notario y Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, para que cancelen la escritura número 812 de 9 de septiembre de 1947, y sus correspondientes notas de registro, una vez que la sucesión de Tránsito Cifuentes viuda de Nicomedes Bohórqez haya hecho las restituciones del caso al demandado.

Octavo. Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda con que se inició el presente juicio, después de que se haga el registro de este fallo. Líbrense los oficios correspondientes.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ALCANCE DEL REGISTRO DE SENTENCIAS

Es claro que sin el requisito de la anotación, el proveído judicial subordinado al registro no hace fe en juicio para las consecuencias que dimanan de la misma formalidad, no prueba contra terceros, ni produce efectos ERGA OMNES por razón de los derechos reales sobre inmuebles, allí declarados. Pero su eficacia probatoria entre quienes actuaron en el respectivo proceso o quienes ocupan su lugar jurídico y en lo tocante a la cosa juzgada, no depende de la formalidad del registro, ni podría entenderse que la sentencia deja de serlo mientras no haya sido inscrita en los libros del registrador.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Efraím Herrera y Nepomuceno Herrera compraron del Banco Agrícola Hipotecario, por escritura 982, extendida el 28 de abril de 1937 en la Notaría 4ª de Medellín, una finca ubicada en Heliconia y compuesta de dos porciones contiguas, denominadas "La Ospina" y "Brojolá". Se incluyeron las mejoras, consistentes en casa de habitación, dos establecimientos para beneficiar café, con sus respectivas despulpadoras y camillas, además de plantaciones de café y plátano, todo ello en "La Ospina".

El 9 de junio de 1943, por escritura 2740 de la misma Notaría 4ª de Medellín, Nepomuceno Herrera vendió a Carlos Antonio Herrera su mitad pro indiviso en aquel inmueble; y muerto Carlos Antonio sus herederos fueron demandados por Efraím Herrera para que terminase la indivisión. El partidor que intervino en el respectivo juicio hizo tres porciones bajo los nombres de "El Cedral", "La Brojolá" y «La Ospina». Atribuyó a Efraím Herera la primera, y las dos últimas a la sucesión de Carlos Antonio Herrera. Aceptado por las partes este trabajo, el Juzgado 2º Civil del del Circuito de Medellín, en proveído del 5 de marzo de 1946, le impartió su aprobación. Y más tarde, en 7 de junio de 1950, dentro de la mortuoria de Carlos Antonio Herrera, los terrenos de "La Brojolá" y "La Ospina" fueron adquiridos en subasta por Nepomuceno Herrera.

Tales son los antecedentes del presente juicio en que Nepomuceno Herrera demandó a Efraím Herrera para que fuese condenado a restituírle las mejoras existentes en el terreno de "La Ospina" y sus frutos.

El Juez 1º Civil del Circuito de Medellín en sentencia del 8 de julio de 1952 encontró probada la prescripción ordinaria adquisitiva de dichas mejoras por parte de Efraím Herrera, y negó las súplicas de la demanda. Pero el Tribunal Superior del Distrito, en 25 de octubre del mismo año de 1952, revocó para resolver el litigio así:

"1º—Declárase que el demandante Nepomuceno Herrera B., es dueño de todas las mejoras existentes en la finca "La Ospina", situada en el Municipio de Heliconia, y cuyos linderos se dejan especificados en la parte motiva.

"2º—Consecuencialmente se declara que el demandado Efraím Herrera B., está en la obligación de entregarle al actor dichas mejoras, una vez ejecutoriada esta sentencia.

"3º—Para efecto de las prestaciones mutuas se considera al demandado como poseedor de mala fe a partir del 25 de mayo de 1951. Por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial se hará la regulación del caso.

"Condénese al demandado a las litis expensas de la primera instancia.

"Sin costas en el recurso".

Con apoyo en la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial, se demanda la casación del fallo de segunda instancia, en cuanto se estiman violados el inciso 2º, artículo 2652 y los artículos 2553, 2554 y 2673 de Código Civil, por error de derecho, y, subsidiariamente, por error de hecho, al apreciar el Tribunal el trabajo de partición en el juicio divisorio entre Efraím Herrera y la sucesión de Carlos Antonio Herrera como prueba del dominio de los tradentes del actor sobre las mejoras reivindicadas, a pesar de que las copias tomadas de aquel proceso para aducirlas en el presente, care-

cen de la nota de inscripción en la oficina de registro respectiva, y por ello están privadas de mérito probatorio.

Se considera:

El título del actor para reivindicar las mejoras existentes en el predio de "La Ospina" consiste en el remate llevado a cabo el 7 de junio de 1950 dentro del juicio de sucesión de Carlos Antonio Herrera, diligencia registrada, cuya eficacia no se discute. El cargo, como queda visto, se refiere a que no aparece nota de registro en la copia de la sentencia aprobatoria de la partición promovida por Efraím Herrera contra los herederos de Carlos Antonio Herrera, de donde proviene directamente el derecho del actor en el presente juicio.

Si por hipótesis se prescindiera de la mencionada sentencia que puso fin a la comunidad entre los Herreras, quedaría planteado el debate entre la escritura 982 de 28 de abril de 1937, por la que Efraím y Nepomuceno Herrera, en común, compraron del Banco Agrícola Hipotecario todo el inmueble de que se trata, y de otro lado la diligencia de remate en la sucesión de Carlos Antonio Herrera, en que Nepomuceno, además de otros bienes, adquirió como cuerpo cierto el fundo de "La Ospina". Aquel título muy anterior a éste, ciertamente, pero sin prevalencia, por referirse, no a una individualidad, sino a derechos proindiviso sobre una extensión de terreno considerablemente mayor, de donde fue sacada con determinación de sus propios linderos la finca de "La Ospina", cuya concreta pertenencia no está controvertida y aparece radicada en cabeza del reivindicante de las mejoras que forman parte sustancial del mismo predio.

Aún así el reparo en casación no incidiría en la naturaleza del fallo de segunda instancia, que se refuerza con el alcance jurídico que entre las partes y sus causahabientes posee la sentencia que puso fin al juicio divisorio atrás mencionado, que gracias a su ejecutoria las liga definitivamente por mérito propio y no a virtud del registro, que puede ser hecho en cualquier tiempo. Es claro que sin el requisito de la anotación, el proveído judicial subordinado al registro no hace fe en juicio para las consecuencias que dimanan de la misma formalidad, no prueba nada contra terceros, ni produce efectos **erga omnes** por razón de los derechos reales sobre inmuebles, allí declarados. Pero su eficacia propia entre quienes actuaron en el respectivo proceso o quienes ocupan su lugar jurídico y en lo tocante a la cosa juzgada, no depende de la formalidad del registro, ni podría entenderse que la sentencia deja de serlo mientras no haya sido inscrita en los libros del registrador.

No puede entonces Efraím Herrera desconocer, como no pudo tampoco el sentenciador ignorar la sentencia de partición pronunciada en el juicio divisorio promovido por el propio Efraím, demandado ahora en el presente litigio. Nada objetó en aquel tiempo, sabía con certidumbre que a Carlos Antonio Herrera le cupo como cuerpo cierto en el reparto la finca de "La Ospina", con las mejoras ya mencionadas en la escritura de compra al Banco Agrícola y en el mismo acto de partición. Nada se controvierte entre quienes no ocuparan el lugar de partes en aquel proceso, de suerte que la verdad judicialmente declarada entonces no es susceptible de modificación por la justicia entre los mismos qué ahora se enfrentan en posterior litigio, y menos cuando consta por la lectura del acta de remate que en realidad aquella sentencia de partición sí fue registrada, aunque en la copia de ese fallo traída a los autos se omitiera el testimonio del caso.

En casación de 17 de marzo de 1938, dijo la Corte: "Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior, pero sin que ese requisito modifique, aclare, ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determina el fallo. (Gaceta Judicial, XLVI, pág. 253, 1ª).

Por manera que el cargo no puede prosperar.

En esa virtud, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que ha sido objeto del recurso.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CON BASE EN LA CAUSAL SEXTA DE CASACION NO PUEDE TRATARSE LO RELACIONADO CON LA FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA O ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE UNA DE LAS PARTES

1—No es procedente la causal sexta de casación cuando la pretendida ilegitimidad de la personería se refiera a la existencia misma de la acción en cabeza del demandante, es decir, cuando el cargo formulado contempla la cuestión atinente a la LEGITIMATIO AD CAUSAM —presupuesto de la acción y no a su capacidad procesal o LEGITIMATIO AD PROCESSUM presupuesto procesal— capacidad que al hallarse viciada daría lugar a la nulidad del juicio.

2—La Corte ha dicho en numerosas oportunidades que el recurso de casación no es una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnar las sentencias por infracción de la ley sustantiva; que en función de casación, a la Corte no corresponde ponderar las pruebas y contrapruebas de la controversia para revisar el juicio que se haya formado el sentenciador de instancia; que sólo por evidentes errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, o por errores de derecho resultantes de la violación de la tarifa legal de pruebas, cuando tales errores conduzcan a la violación de la ley sustantiva, puede atacarse en casación la apreciación del sentenciador.

3—Cuando el Tribunal formó su convicción mediante el examen ponderativo de los distintos testimonios, aplicando las reglas de la sana crítica y examinando la mayor o menor precisión de los declarantes y la razón o fundamento de sus afirmaciones, de modo que no aparezca error manifiesto de hecho en tal estimación, esa convicción pertenece a la soberanía del fallador de instancia y es intocable en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, diecinueve (19) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte el recurso de casación interpuestos por la parte actora contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 1953 por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario sobre propiedad de una finca rural promovido por Sixta Tulia López y sus hijas naturales Betsabé, Laura y Sabina López contra Amalia Toro vda. de Restrepo y Manuel María y Antonio Emilio Restrepo Toro.

I—Antecedentes:

1.—En libelo fechado el 11 de septiembre de 1.951, presentado en el Juzgado Civil del Circuito de Jericó, Sixta Tulia López y sus hijas naturales Betsabé, Laura y Sabina López, promovieron juicio ordinario contra Amalia Toro vda. de Restrepo y sus hijos Manuel María y Antonio Emilio Restrepo Toro sobre declaración de pertenencia por usucapión treintenaria respecto de un predio rural denominado "El Chuscal", ubicado en jurisdicción municipal de Jericó.

2.—Como hechos fundamentales de la demanda, las actoras expusieron los siguientes: a) que Sixta Tulia López inició relaciones sexuales con Fortunato Restrepo hace más de cuarenta años y de ellas nacieron Betsabé, Laura y Sabina López; b) que desde la iniciación de tales relaciones Restrepo entregó a Sixta Tulia el predio rural de "El Chuscal", alindado en la demanda, para que allí mantuviera sus ganados; c) que por un lapso mayor de treinta años las actoras tuvieron la posesión de tal terreno; d) que los demandados se hicieron adjudicar tal inmueble en la sucesión del finado Fortunato Restrepo.

3.—Los demandados impugnaron la acción y promovieron demanda de reconvención para que se declare que les pertenece el predio de "El Chuscal" y se ordene a las López la restitución del referido terreno. Los contrademandantes fundaron su acción en los siguientes hechos: a) que son dueños del inmueble por adjudicación que se les hizo en la sucesión de Fortunato Restrepo; b) que en vida del causante éste permitió a las reconvenidas que empotreraran en tal predio algunos semovientes, pero aquél siempre conservó la posesión legal y material de la finca hasta

su muerte; c) que desde la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión de Restrepo, las López están perturbando el derecho de los sucesores quienes sufren perjuicios con el disfrute del terreno mencionado.

4.—El juez **a quo** en sentencia pronunciada el 26 de agosto de 1952 negó las peticiones de la demanda principal, declaró a Amalia Toro vda. de Restrepo, Manuel María y Antonio Emilio Restrepo Toro dueños del predio "El Chuscal", y condenó a las contrademandadas a la restitución del inmueble con los frutos naturales y civiles.

5.—Apelado este fallo por las contrademandadas, fue confirmado por el Tribunal Superior de Medellín el 23 de febrero de 1953 .

6.—Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de Sixta Tulia, Betsabé, Laura y Sabina López. Concedido y tramitado en legal forma, corresponde a la Corte decidir sobre su mérito.

III—Sentencia recurrida

El fallo acusado se basa en las siguientes consideraciones:

1.—Para que se reconozca la usucapión de un inmueble es necesario que quien la alegue en su favor demuestre plenamente la posesión material por el término previsto en la ley.

2.—El estudio detenido de los autos pone de manifiesto que las actoras iniciales no lograron demostrar que efectivamente hubieran tenido la posesión material del inmueble a que su acción se contrajo, por el término requerido para que se realice la prescripción extraordinaria alegada por ellas;

3.—Del análisis que corresponde hacer de las declaraciones aducidas como prueba principal por las supuestas usucapientes, se concluye que tal prueba no respalda las pretensiones de la demanda, pues no demuestra que en realidad las prenombradas López hubieran tenido verdadera posesión material del bien inmueble. "Los deponentes Jesús Correa, Lázaro Palacio y Luis E. Gómez sí afirmaron la posesión alegada por las actoras, no los fundamentaron en hechos específicos y concretos ni tampoco aseveraron la exclusividad de tal posesión. Otros declarantes, como Florentino Hernández, Carlos Velásquez, Francisco Espinosa y otros expusieron que las prenombradas López han tenido ganados en el inmueble de que se trata, pero es claro que estas exposiciones no conducen a tener por demostrado la posesión alegada y que es indispensable para prescribir".

4.—Aún declarantes presentados por las pretendidas usucapientes "aseveraron que el finado Fortunato Restrepo poseyó el inmueble individualizado en la demanda hasta su muerte. Estos declarantes son: Marco Tulio Fernández (fs. 28 c. 3º), Pedro Julio Vanegas (fs. 30 ibidem), Manuel Espinosa, etc.".

5.—"Las actoras dijeron derivar su posesión del finado Fortunato Restrepo, por entrega que dicen éste les hizo. Sin embargo, los testimonios vistos no son suficientes para acreditar tal entrega ni menos para comprobar que la parte recurrente haya tenido posesión material por el tiempor requerido para que se realice la usucapión extraordinaria. Los testigos presentados por los demandados iniciales expusieron en forma que conduce a desconocer fuerza a los testimonios que hicieron valer las señoras López. En efecto, los señores Roberto Bedoya (fs. 26 ss. c. 2º), Pablo Restrepo Escobar (fs. 43 ss. c. 2º), Carlos Restrepo Villa (fs. 45 ss. ibidem), Carlos Ramírez P. (fs. 47 ibidem), Ernesto Mejía (fs. 48 ss. ibidem), Joaquín Garcés (fs. 50 ibidem), Pablo Castaño (fs. 51 ibidem), Tomás Garcés (fs. 52 ibidem), Gabriel Abad C. (fs. 53 ss. ibidem), Ramón Alfonso Quintero (fs. 25), Julio Pimienta (fs. 61 ibidem), Roberto Ortiz (fs. 62), Manuel Londoño M. (fs. 64 vto. 65 c. ibidem) y Ulpiano Puerta (fs. 73 ibidem), testigos no tachados y en quienes no concurre causal de impedimento (artículos 668 ss. c. j.), rindieron sus exposiciones, debidamente fundamentadas, y en ellas afirmaron la posesión material por parte de Restrepo, explicando que consistió en siembra de pastos, limpieza de los mismos, aprovechamiento con ganados suyos y ajenos, construcción de cercos en el inmueble y reparación de ellos. Indudablemente que las normas legales y los principios de derecho referentes a la prueba testimonial llevan a inferir que los testimonios que acaban de citarse restan toda fuerza probatoria a las deposiciones que quiso hacer valer la parte recurrente".

6.—El tribunal concluye que las López no lograron aportar al expediente una prueba bastante a acreditar la posesión alegada.

7.—En cuanto a la acción reivindicatoria incoada en la contrademanda, el Tribunal toma en cuenta "que quienes la formularon ,adujeron las hijuelas formadas en su favor en el sucesorio del señor Fortunato Restrepo (fs. 7 a 15 c. 2º), las que están debidamente registradas, varios títulos escriturarios que dan cuenta de las adquisiciones hechas por el mentado causante (fs. 1 a 6 c. 2º) y certificación de la respectiva oficina

de registro que muestra el encadenamiento de todos esos títulos (fs. 16 a 18 c. 2º)".

8.—Para el Tribunal "esa titulación basta en el caso sub judice para reconocer el carácter de dueños a la señora Toro vda. de Restrepo y a los señores Restrepo T., en frente de las personas reconvenidas, por cuanto éstas no adujeron una titulación de anterior procedencia sino que aseveraron tener una posesión por entrega que les hizo el fallecido señor Fortunato Restrepo, ya mentado varias veces".

9.—Por otra parte, observa el Tribunal que 'la inspección ocular practicada en la primera instancia dio ocasión a que los peritos actuantes en la misma constataran que efectivamente el bien determinado en los referidos títulos es el mismo a que se contrae la reconvención y que han ocupado las reconvenidas (fs. 42 ss. c. 3º). Esto pone de presente que está reunido el requisito de la llamada identificación y que es indispensable para la prosperidad de toda acción de dominio (art. 946 ss. c. c.). Adviértase que tanto los testigos de una y otra parte afirmaron la aludida identidad".

10.—El Tribunal concluye que se cumplieron los requisitos necesarios para la viabilidad y éxito de la acción reivindicatoria y que por lo mismo fue acertada la decisión del juez a quo, "pues se demostró el dominio, la identidad de la titulación aducida y la acción se dirigió contra poseedores materiales de un bien individualizado (art. 946 ss. C. C.)".

III—Demanda de casación

El recurrente invoca las causales de casación primera y sexta del artículo 520 del C. J.

En relación con la causal sexta de casación el recurrente afirma que el Tribunal incurrió en la nulidad indicada en el numeral 2º del art. 448 del C. J., fallando en favor de Amalia Toro v. de Restrepo y Manuel María Restrepo y Antonio Emilio Restrepo, en nombre propio y a favor de éstos, siendo evidente que para obtener una sentencia favorable en el caso de autos, los interesados tenían que presentarse como herederos del finado Fortunato Restrepo, no sólo por haber adquirido —según ellos —los bienes por herencia de dicho causante sino para poder unir a la posesión que alegan la posesión de su antecesor. 'Por tal motivo —concluye el recurrente— la sentencia que acuso violó expresamente los artículos 448 del C. J.; 73, 74, 90, 94, 669, 740, 756, 762, 764, 756, 769, 770, 782, 946, 947, 950, 951, 952, 956, 961, 965 del C. C.".

Con base en la causal primera de casación el recurrente acusa la sentencia por violación indirecta de la ley a causa de apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas que cita en su demanda pretendiendo demostrar que el Tribunal incurrió en errores de derecho y de hecho.

Los cargos se hallan diseminados en los cuatro capítulos de su desordenada acusación y pueden resumirse así :

1º—El Tribunal dejó de apreciar la prueba testimonial aducida por la parte actora en la demanda principal, de la cual aparece demostrada la posesión treintenaria de las López sobre el predio disputado.

2º—El Tribunal no tuvo en cuenta los resultados de las inspecciones oculares de primera y segunda instancia, de las cuales se desprenden los hechos que configuran la usucapión extraordinaria a favor de las demandantes iniciales;

3º—El Tribunal omitió examinar la prueba pericial practicada dentro de las inspecciones oculares, con la cual se acredita tanto la posesión de las usucapientes por más de treinta años, como se destruye la prueba testimonial presentada por los contrademandantes;

4º—El Tribunal apreció erróneamente la prueba testimonial de los reivindicantes al considerarla suficiente para demostrar la posesión del predio por parte del finado Fortunato Restrepo y sus sucesores;

5º—El Tribunal apreció erróneamente las inspecciones oculares al estimar que con ellas se identifica el lote objeto de la litis con los títulos de propiedad del causante Fortunato Restrepo;

6º—El Tribunal apreció erróneamente los títulos escriturarios e hijuelas presentados por los reivindicantes al aceptarlos como prueba del dominio de los contrademandantes.

El recurrente considera que a causa de estos errores en la apreciación de las pruebas, el Tribunal infringió los artículos 762, 763, 764, 765, 768, 770, 780, 1757, 1758, 1769, 946, 950, 952, 961, 2512, 2513, 2514, 2518, 2522, 2527, 2431, 2532 y 2534 del C. C.; los artículos 593, 594, 596, 597, 598, 599, 601, 603, 604, 660, 668, 669, 670, 672, 697, 698; 699; 702, 705, 718, 721, 724, 728, y 730 del C. J., y los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928.

En concepto del recurrente, a causa de estas violaciones el sentenciador rechazó la usucapión

treintenaria que amparaba a las actoras y aceptó la reivindicación de los contrademandantes.

IV—Examen de los cargos

Se procede a examinar en orden lógico las causales alegadas.

1º **Nulidad procesal por ilegitimidad de personería.**

En concepto del recurrente, la acción reivindicatoria no podía ejercitarse por Amalia Toro vda. de Restrepo, Manuel María Restrepo Toro y Antonio Emilio Restrepo Toro respecto del predio de "El Chuscal" en nombre propio sino sólo para la sucesión de Fortunato Restrepo como herederos de éste. Al decretarse la reivindicación a favor de los contrademandantes se habría incurrido en nulidad procesal a causa de ilegitimidad de personería, conforme a la causal 2ª del artículo 448 del C. J.. Por lo que procede el motivo de casación consagrado en el numeral 6º del artículo 520 del C. J.

Para rechazar el cargo baste considerar que la pretendida ilegitimidad de la personería —caso de existir— se referiría a la existencia misma de la acción en cabeza de los reivindicantes y no a su capacidad procesal que al hallarse viciada daría lugar a nulidad del juicio. El cargo formulado contempla cuestión atinente a la **legitimatio ad causam** —presupuesto de la acción reivindicatoria— y nó a la **legitimatio ad procesum** —presupuesto procesal.—

La Sala ha dicho:

"La causal 6ª reconocida por el art. 520 del C. J., como lo ha dicho la Corte en numerosas oportunidades, en cuanto se refiere a la ilegitimidad de personería no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción, o sea, los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales, precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo **((meritae causae)** se llaman así en frente de los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado es la tradicionalmente llamada **adjetiva**, presupuesto procesal comunmente llamado **legitimatio ad procesum;** la identidad de la persona del actor con la la persona a la cual la ley le concede la acción, condición de aquélla, llamada **legitimatio ad causam,** y por algunos **personería sustantiva,** es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez o regularidad del procedimiento". (Casación enero 31 de 1947, T. LXI, Nos. 2042-2044, pag. 713).

Por lo dicho se rechaza el cargo.

2º **Infracción indirecta de la ley.**

Atrás se dejan resumidos los cargos que el recurrente expone como fundamento de supuestas infracciones indirectas a la ley sustantiva a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere en su libelo de acusación.

No se discriminan ni especifican los errores de derecho y los errores de hecho en que el Tribunal incurriera en la tarea apreciativa de las probanzas allegadas a los autos. En su extensa y deshilvanada demanda el recurrente ataca por todos los extremos la estimación que el sentenciador hizo sobre los elementos probatorios aportados por las partes. Los cargos están enderezados a demostrar que el Tribunal se equivocó en la ponderación del haz probatorio.

En síntesis sostiene el recurrente:

1º—Que el Tribunal rechazó sin razón los testimonios presentados por la parte actora en la demanda inicial que acreditan suficientemente la posesión de las usucapientes por un lapso mayor de treinta años sobre el inmueble disputado.

2º—Que el Tribunal omitió considerar las inspecciones oculares, conforme a las cuales se demuestra la ocupación del predio con ganados de las usucapientes;

3º—Que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba pericial practicada en las inspecciones oculares, según la cual el terreno de "El Chuscal" no es totalmente visible desde la población de Jericó, lo que destruye los testimonios aducidos por los contrademandantes pues tales declaraciones proceden de personas que viven habitualmente en la ciudad;

4º—Que el Tribunal aceptó la prueba testimonial de los contrademandantes como idónea para acreditar la posesión del terreno por los reivindicantes, a pesar de que "son débiles por naturaleza", "carentes de fondo" y "desprovistas de

razones y explicaciones para favorecer y sustentar las afirmaciones de la parte que las imploró".

5º—Que el Tribunal se equivocó al estimar que en las inspecciones oculares se había identificado el terreno con los títulos presentados por los reivindicantes. Pues si es verdad que la identificación existía respecto del inmueble que se adjudicó a Amalia Toro vda. de Restrepo y sus hijos en la sucesión de Fortunato Restrepo, en las inspecciones oculares nada se decía sobre la identificación respecto de los títulos de propiedad del causante.

6º—Que el Tribunal incurrió en apreciación errónea de los títulos de los contrademandantes, porque las hijuelas no probaban por sí mismas el dominio y porque las escrituras de adquisición del causante no se habían confrontado con el terreno de la litis.

Se comprende fácilmente que los anteriores razonamientos son más propios de un alegato de bien probado que de una demanda de casación.

La Corte ha dicho en numerosas oportunidades que el recurso de casación no es una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnar las sentencias por infracción de la ley sustantiva; que en función de casación a la Corte no le corresponde ponderar las pruebas y contrapruebas de la controversia para revisar el juicio que se haya formado el sentenciador de instancia; que sólo por evidentes errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, o por errores de derecho resultantes de la violación de la tarifa legal de pruebas, cuando tales errores conduzcan a la violación de la ley sustantiva, puede atacarse en casación la apreciación del sentenciador.

La Sala no encuentra errores de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el recurrente. Al examinar las pruebas allegadas a los autos —testimonios, experticios, inspecciones oculares, documentos— el Tribunal no negó o reconoció a tales medios probatorios valor distinto del asignado por la ley.

Tampoco registra la Sala errores de hecho evidentes en la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal.

En forma reiterada ha dicho esta Sala:

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o nó 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 lo haya tenido como probado, por haber ignorado o no haber 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." (Casación Civil, marzo 23 de 1954, G. J., T. LXXVII, Nos. 2138-2139, pag. 119).

En lo tocante a la estimación de la prueba testifical aducida por ambas partes, la Sala encuentra que el Tribunal formó su convicción mediante el examen ponderativo de los distintos testimonios, aplicando las reglas de la sana crítica y examinando la mayor o menor precisión de los declarantes y la razón o fundamento de sus afirmaciones. Esa convicción pertenece a la soberanía del fallador de instancia y es intocable en casación.

El recurrente observa que el Tribunal no mencionó expresamente las inspecciones oculares y los experticios que en su concepto demuestran hechos favorables a las pretensiones de las actoras-contrademandadas. Pero de los razonamientos del recurrente no aparece que tales pruebas acrediten de manera evidente lo que él asevera como resultado de sus personales elucubraciones.

Por lo expuesto, son infundados los cargos primero, segundo, tercero y cuarto examinados.

El recurrente hace capítulo especial de la prueba de identificación del predio de la litis, cuyo dominio atribuyó el Tribunal a los reos-contrademandantes Amalia Toro vda. de Restrepo, Manuel María Restrepo Toro y Antonio Emilio Restrepo Toro.

El cargo, según se asomó anteriormente, estriba en que el predio de "El Chuscal" por sus linderos actuales, señalados en la demanda y contrademanda, aunque fué identificado con el terreno adjudicado en la sucesión de Fortunato Restrepo a su viuda y a sus hijos Manuel María y Antonio Emilio, no fue identificado con los títulos de adquisición del causante.

La Sala advierte que esa identificación que echa de menos el recurrente sí aparece de autos y a ella se refiere el Tribunal cuando menciona la inspección ocular de primera instancia que

"dio lugar a que los peritos actuantes en la misma constataran que efectivamente el bien determinado en los referidos títulos es el mismo a que se contrae la reconvención y que han ocupado las reconvenidas".

En efecto, en autos obran las siguientes pruebas:

a) copias registradas de las hijuelas de adjudicación en el juicio de sucesión de Fortunato Restrepo protocolizado en la Notaría del Circuito de Jericó correspondientes a su viuda Amalia Toro de Restrepo y a sus hijos Manuel María y Antonio Emilio Restrepo Toro, en las cuales consta que el terreno de "El Chuscal" correspondió en común y proindiviso a dichos adjudicatarios. (Cuaderno de pruebas de la parte contrademandante en primera instancia, fs. 7-18);

b) Copia del examen de bienes y del inventario y avalúo de los bienes de la Sucesión de Fortunato Restrepo, de la cual aparece que los peritos indentificaron los linderos del predio "El Chuscal" con los títulos de adjudicación del causante, o sea, con las escrituras 825, 879, 145, 575 y 690 de fechas 24 de diciembre de 1896, 5 de octubre de 1906, 27 de febrero de 1905, 6 de septiembre de 1.909 y 14 de diciembre de 1939, respectivamente otorgadas en la Notaría del Circuito de Jericó (Cuad. ibidem, fs. 40 a 41).

c) Los peritos que actuaron en la inspección ocular de primera instancia dictaminaron que el predio reivindicado, ocupado por las reconvenidas, es el mismo a que se refieren las pruebas anteriores. (Cuad. 2º fs. 44 y v.).

El Tribunal no incurrió en error evidente de hecho al deducir que la identificación así establecida hacía referencia no sólo a las cartillas de adjudicación sino también a los títulos de adquisición del causante, pues los avaluadores en la sucesión tuvieron de presente dichos títulos al examinar y justipreciar el predio de "El Chuscal" y los peritos que intervinieron en la inspección ocular hacen expresa mención del examen e inventario practicado en la sucesión.

Por estas consideraciones se concluye que los cargos quinto y sexto relativos a la identificación del inmueble y a la propiedad de los contrademandantes, no tienen fundamento.

V—Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 23 de febrero de 1953, que ha sido materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SOCIEDAD CONYUGAL. — LEGITIMACION EN CAUSA. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la causal segunda de casación del artículo 520 del C. J., procede únicamente ya cuando por el fallo se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver sobre los puntos que han sido objeto del litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción, entendida la excepción como la entiende el derecho ritual. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo.

2—La causal segunda de casación no autoriza a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo.

3—Durante la vigencia de la sociedad conyugal y conforme al artículo 1º de la Ley 28 de 1932, es titular de un crédito adquirido por uno de los cónyuges después de la celebración del matrimonio, sólo el cónyuge que lo adquirió. Por consiguiente carecen de legitimación en causa para demandar en juicio relacionado con ese derecho, tanto la sociedad conyugal, como los dos cónyuges, cada uno por mitad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, diecinueve (19) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

La Corte decide el recurso de casación interpuestos por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 17 de febrero de 1953 en el juicio ordinario seguido por Luis Galindo y María Antonia Alzate de Galindo contra Ana Mejía vda. de Restrepo.

I—Antecedentes:

1.—Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín Luis Galindo O. y María Antonia Alzate de Galindo adelantaron juicio ordinario contra Ana Mejía vda. de Restrepo para que ésta fuera condenada a pagar a la sociedad conyugal Galindo-Alzate, o a los cónyuges —por mitad— individualmente considerados, el valor de mejoras y perjuicios por razón de obras y edificaciones realizadas por Galindo en un lote de terreno que éste tomó en arrendamiento al administrador de la sucesión del doctor Camilo C. Restrepo.

Como hechos en que se funda la demanda, mencionaron los actores:

a) El 1º de febrero de 1934 Agapito Vélez, administrador de los bienes de la sucesión del doctor Camilo C. Restrepo, dio en arrendamiento a Luis Galindo un lote de terreno situado en la zona urbana de Medellín con destino al pastaje de ganados para cuyo objeto se aprovecharía una pesebrera;

b) Con autorización del arrendador, Galindo construyó diecisiete casitas para alojar familias pobres y realizó obras para nivelar el terreno y desecarlo;

c) Se estipuló como canon mensual la suma de $ 15.00 y como término de duración treinta días, pero el arriendo subsistió por varios años hasta que Luis Fernando Restrepo, como apoderado general de doña Ana Mejía de Restrepo, a quien se adjudicó el terreno en la sucesión del doctor Camilo C. Restrepo, adelantó acción de lanzamiento que terminó con la restitución del inmueble y el "despojo" de las edificaciones levantadas por el arrendatario".

2.—La demandada no sólo se opuso a las acciones sino que promovió reconvención contra el arrendatario Luis Galindo para que éste fuera condenado al pago de daños y perjuicios por razón de responsabilidad contractual.

La contrademandante expuso como fundamento de su acción indemnizatoria varios hechos relativos al incumpliimento del contrato, tales como el subarriendo sin autorización, el cambio de objeto y de la cosa arrendada y la construcción

de unas casuchas sin sujeción a las normas de urbanismo, todo contra expresa prohibición del arrendador. Las casas fueron inundadas por el río Medellín en una de sus crecientes, con perjuicio de las familias pobres que las habitaban, lo que provocó una intervención de las autoridades sanitarias y una campaña de la prensa de Medellín contra la señora Mejía de Restrepo y su apoderado. Galindo se comprometió a derribar las casitas y hacerlas desocupar, pero continuó en la explotación del negocio que le daba utilidades de $ 500.00 mensuales hasta que se obtuvo el lanzamiento en marzo de 1948.

3.—El juicio fue fallado por el Juez del conocimiento en sentencia del 4 de septiembre de 1952, por medio de la cual se declaró probada "la excepción de petición de modo indebido con relación a la demanda principal" negando las peticiones de los cónyuges Galindo Alzate, y se declaró probada "la excepción de ilegitimidad de la personería adjetiva en relación con la demanda de reconvención en cuanto se refiere al señor Luis Fernando Restrepo", absolviendo al contrademandado Galindo de los cargos formulados por la contrademandante.

4.—Este fallo fué apelado por ambas partes. El Tribunal Superior de Medellín lo confirmó en sentencia del 17 de febrero de 1953, contra la cual interpusieron recurso de casación sólo los actores-contrademandados.

5.—Concedido y tramitado regularmente, corresponde a la Corte decidir sobre el mérito del recurso extraordinario introducido contra la sentencia de segunda instancia.

Sentencia acusada

'En el fallo recurrido se sustenta de esta manera la resolución del **juez aquo en cuanto a la** inhibitoria de la demanda principal:

"El señor juez encontró, como ya se dijo, base para declarar probada la excepción de petición de modo indebido y se funda en que demandó la sociedad conyugal formada por los esposos Luis Galindo y María Alzate, y que tanto en la legislación anterior, como en la vigente (ley 28 de 1932, sobre Régimen Patrimonial en el Matrimonio) opera una especie de potestad suprema del esposo en relación con la administración de los bienes sociales; que antes de la vigencia de esta ley existió la sociedad conyugal a la cual ingresaban los bienes, muebles o inmuebles, que ambos cónyuges aportaran al matrimonio y que durante él adquirieron con excepción de los aportes y las adquisiciones a título gratuito y los demás bienes expresamente determinados en la ley, cuya administración corría a cargo del marido y ante terceros tenía la calidad de dueño de los bienes sociales y podían perseguirse tanto los bienes de éste como los sociales, pues que el marido ,como jefe de la sociedad conyugal, administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer (arts. 1771, 1781, 1805 y 1906 del código civil).

"Hoy bajo la vigencia de la ley 28 de 1932, la sociedad tiene dos administradores con autonomía propia y responden separadamente ante terceros de sus propias deudas, no teniendo éstos acción sino contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad que establece el Art. 2º de la mencionada ley, esto es, en cuanto a las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al código civil. En la anterior legislación, una vez disuelta la sociedad conyugal se manifestaba su existencia; hoy, de acuerdo con la nueva ley, ella permanece latente hasta que llega el momento de su liquidación, por el fallecimiento de uno de los cónyuges, u otro evento legal .

"Efectivamente, la sociedad conyugal no puede confundirse con las sociedades ordinarias de derecho común y, por ende, la parte demandante no podía pedir que se hagan las declaraciones suplicadas para la sociedad conyugal Galindo-Alzate de Galindo o para los referidos cónyuges de por mitad, para cada uno, dado que de acuerdo con el Art. 1º de la Ley 28 tantas veces citada "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio, o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera....": de manera que antes de la disolución de la sociedad conyugal o de su liquidación ordenada por la misma ley, ni el marido tiene derecho sobre los bienes manejados o adquiridos por la mujer, ...ni ésta sobre los bienes de aquél, salvo el caso de que se confiriera mandato, porque el carácter de bienes sociales sólo surge, respecto de terceros, al disolverse la sociedad.

Ahora, si el señor Galindo fue quien adquirió la tenencia del inmueble de que habla el contrato de arrendamiento, a favor de él y solamente de él, debió pedir las declaraciones suplicadas en el libelo demandador, como consecuencia de las prestaciones y perjuicios, que según el libelo, ema-

nan del mismo contrato, a favor del arrendatario, en el cual no tuvo ninguna intervención la señora Alzate de Galindo, de donde se desprende, con demasiada claridad, la excepción de petición de modo indebido que el señor Juez declaró establecida, y que el Tribunal confirmara ,sin que sea necesario, por tanto, entrar a estudiar toda la prueba aportada al juicio por el apoderado de la parte actora para establecer los hechos en que la acción se funda, esto es, el fondo de la acción establecida.

"Es cierto que de acuerdo con el Art. 1º de la Ley 68 de 1946, la ley 28 no disolvió las sociedades existentes y, por consiguiente, las que no se han liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933", pero es evidente que tal disposición sólo cobija los bienes adquiridos antes de la vigencia de la ley 28 y el contrato de arrendamiento, fuente de las acciones que de él pudiera derivar el arrendatario, se celebró en el año de 1934, luego esta ley tiene aplicación en el caso de autos y no se puede invocar aquélla en el caso concreto que se estudia".

El recurso

El recurrente invoca la causal segunda del artículo 520 del C. J. y funda el cargo en la consideración de que el sentenciador no se pronunció sobre la petición subsidiaria que los actores formularon en su demanda al solicitar que se condenara a la señora Mejía de Restrepo al pago de las prestaciones reclamadas "en favor de cada cónyuge —por mitad— individualmente considerados."

También invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del C. J. y formula dos cargos:

1º—Ser la sentencia acusada violatoria de la ley sutantiva por aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 28 de 1.932;

2º—Ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de los artículos 1.993 y 1.995 del Código Civil.

Examen de los cargos

En numerosos fallos la Corte ha precisada el verdadero contenido y alcance de la causal segunda de casación, según la cual la sentencia es acusable cuando no está "en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes."

En reciente sentencia de casación civil, fechada el 18 de marzo de 1.954 (G. J., T. LXXVII, Nos. 2138-2139, pág. 106), la Corte reiteró su doctrina así:

"La causal segunda de casación del artículo 520 del C. J. se refiere al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho o la excepción oportunamente deducidos en el juicio, en detrimento de lo preceptuado en el artículo 471 ibidem, último aparte. En otros términos, la causal procede únicamente ya cuando se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver los que han sido objeto de litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción entendida la excepción como la entiende el derecho ritual. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (Sentencias 31 de julio de 1945, LIX, 406, 24 de febrero de 1945, LVIII, 620. 17 mayo de 1946, LIX, 462. 12 marzo 1948, LXIV, 75, 3 junio de 1948,64, 414)".

"La causal segunda de casación conforme al artículo 520 del C. J. sólo es procedente ya cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia **(ultra petita)**, o cuando se deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del litigio **(extra petita)**, o ya porque se condenare a más de lo pedido **plus petita)**, o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo **(minima petita)**. Unicamente cuando incurre el fallo en alguno de esos excesos u omisiones es cuando podría decirse que se rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia. (Sentencias, 21 de octubre de 1945, LIX, 746. 13 junio de 1946, LX, 697. 25 junio 1946, LX, 710. 27 julio 1946, LXII, 37. enero 31 de 1947, LXI, 718. 2 julio 1947, LXII, 504. 3 marzo 1948, LXIV, 36. 11 marzo 1948, LXIV, 126. 30 marzo 1949, LXV, 642. 9 mayo 1949, LXVI, 65)".

El recurrente considera erróneamente que las peticiones subsidiarias de la demanda principal dejaron de resolverse en el fallo recurrido.

Basta leer la parte resolutiva del fallo de primera istancia y la confirmación del Tribunal para desechar el cargo.

El fallo recurrido confirma simplemente lo resuelto en la sentencia de primer grado que en su parte resolutiva dice textualmente:

"1º—Declárase probada la excepción de "Petición de modo indebido", con relación a la demanda principal; y, en consecuencia, no se hacen las declaraciones solicitadas en el libelo demandador, contra la Sra. Ana Mejia vda. de Restrepo.

"2º—Declárase probada la excepción de "Ilegitimidad de la personería adjetiva" en relación con la demanda de reconvención, en cuanto se refiere al señor Luis Fernando Restrepo.

"3º—Absuélvese al demandado en reconvención, Luis Galindo O., de los cargos que le fueron formulados por la señora Ana Mejía vda. de Restrepo, en su libelo de veintitres (23) de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno (1.951).

"4º—Sin costas, tanto en la demanda principal, como en la de reconvención".

Y en las consideraciones del Tribunal se alude claramente a las peticiones susbsidiarias cuando el sentenciador expresa que "la parte demandante no podía pedir que se hagan las declaraciones para la sociedad conyugal Galindo-Alzate o **para los referidos cónyuges de por mitad para cada uno,** pues las acciones correspondían al arrendatario Galindo y **"a favor de él, se debió pedir las declaraciones suplicadas en el libelo demandador".**

Se concluye que no existe la pretendida inconsonancia y el cargo es por ende infundado.

El recurrente acusa la sentencia por infracción del artículo 1º de la Ley 28 de 1932, por indebida aplicación de esta norma. Acepta que la disposición fué correctamente aplicada por el Tribunal cuando rechazó las peticiones principales formuladas por Luis Galindo y María Antonia Alzate en favor de la sociedad conyugal. Pero afirma que la sentencia recurrida violó tal disposición cuando el Tribunal negó las peticiones subsidiarias hechas "por y para personas naturales individualmente consideradas y distintas de la sociedad conyugal (el señor Luis Galindo O. y la señora Alzate de Galindo) y que ellos dos forman y para la cual pidieron en forma principal".

"Los principios legales estatuídos en el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 —dice el recurrente— fueron rectamente entendidos pero se aplicaron a una situación o hecho que no estaba regulado por ellos, motivo por el cual acuso la sentencia objeto de este recurso, por el extremo de haber violado el artículo 1º de la ley 28 de 1932 en el concepto de haber sido indebidamente aplicado, al considerar que no podía pedirse para una persona casada la mitad de lo que en derecho le corresponde, porque la sociedad conyugal que forma con su cónyuge legítimo, al tenor de este artículo 1º no puede hacer tal demanda".

Se considera:

La Corte ha definido en numerosos fallos la naturaleza, contenido y alcance de la reforma consagrada en la Ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio.

Ha dicho la Corte:

"Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aún sobre sus bienes propios. como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933.

"De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º en su caso". (Casación Civil, octubre 20 de 1937, T. XLV, Nº 1.928 pag. 635).

El Tribunal en la sentencia recurrida, considerando que el titular del derecho demandado no era la sociedad conyugal Galindo-Alzate, ni los cónyuges individualmente considerados, sino el señor Luis Galindo O., rechazó las peticiones principales y subsidiarias que en sentir del sentenciador exclusivamente podían demandarse por él y sólo para él.

Y este juicio del Tribunal no infringió el artículo 1º de la Ley 28 de 1.932, correctamente aplicado al caso de autos.

El Tribunal no interpretó la demanda en el sentido de que el verdadero titular del derecho reducía sus pretensiones a la mitad de lo que le correspondía, sino que estimó que en las peticio-

nes principales y subsidiarias se partía del supuesto equivocado de que la sociedad conyugal Galindo-Alzate era la titular del derecho reclamado pues los actores demandaron la condena en favor de la sociedad (principalmente) o en favor de los cónyuges por mitad (subsidiariamente.)

Esta interpretación de la demanda, no atacada en casación, imponía necesariamente la aplicación del artículo 1º de la Ley 28 de 1932.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En el último cargo se enjuicia la sentencia por violación directa de los artículos 1993 y 1995 del C. C. que consagran el derecho del arrendatario al reembolso de mejoras.

El cargo es impertinente, porque hallándose incólume la sentencia por los aspectos antes examinados relativos a la legitimación en causa de la parte actora, no procede examinar si existe o no el derecho al pago de mejoras en el caso controvertido.

Resolución:

En mérito de las consideraciones expuesta, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 17 de febrero de 1953, que ha sido materia del presente recurso .

Costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SOBERANIA DEL TRIBUNAL EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO.—SU ALCANCE.—ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

1—La violación directa de la ley se cumple de manera recta, sin rodeos, contra determinado texto legal, y puede ser por infracción propiamente llamada DIRECTA, o sea cuando se deja de aplicar la disposición pertinente al punto controvertido; por APLICACION INDEBIDA, o sea el caso contrario, cuando se aplica un precepto extraño a la materia del pleito; y por INTERPRETACION ERRONEA, cuando yerra el Tribunal en el orden jurídico, al determinar el sentido o alcance de un ordenamiento legal. Pero es obvio que el quebranto de una disposición legal no puede asumir las tres formas a la vez.

2—El error de hecho a que se refiere el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., es de orden material, y consiste en dejar de estimar una prueba que existe en el proceso, o suponer que existe una que no hace parte del proceso; y además debe influír decisivamente en el fondo de la controversia, de suerte que en razón del error y sólo por él, se haya aceptado o negado la existencia de un hecho fundamental en la litis. El error ha de ser manifiesto, esto es, que la mente tenga necesariamente que aceptar la conclusión opuesta a la sostenida en el fallo, como única solución acorde con la prueba, porque si hubiese otra posible, se trataría cuando más de equivocaciones en la labor del juzgador atinente a las pruebas, mas no de errores de la entidad, magnitud y gravedad del error de hecho en casación.

3º—La libertad del juzgador de instancia en su función de inquirir a través del proceso por la prueba de los hechos constitutivos de la acción, no tiene otra valla que la evidencia que produzcan las pruebas aducidas. La casación no puede penetrar en ese campo exclusivo del criterio del fallador, sino cuando éste incurre en negación de la verdad pregonada en los autos, por pasar inadvertida una prueba que existe, o creer que figura una prueba que no existe; o por negar o atribuir a una prueba el valor que le atribuyen o le niegan los textos legales que consagran los medios de prueba. Pero fuera de estos eventos la casación respeta la autonomía del sentenciador en el ámbito de las pruebas.

4—El error de derecho en la apreciación de una prueba resulta de la confrontación del mérito reconocido o negado a esa prueba en la sentencia, con el mérito que tiene o de que carece según un texto legal determinado. Si el valor que le atribuye la sentencia es el mismo que le señala ese texto, no hay error de derecho; si es distinto, hay error de derecho. De consiguiente la confrontación no puede hacerse en casación sino con las disposiciones legales sobre pruebas, esto es, las que establecen su tarifa y su valor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B). — Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre la casación propuesta contra el fallo de 10 de abril de 1953, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el Juicio del señor Jorge A. Ruiz Quijano contra el señor Rubén Rojas Guevara.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Ante el Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá demandó Jorge A. Ruíz Quijano a Rubén Rojas Guevara para que se declare rescindido por dolo el contrato de venta celebrado entre los mismos, de "un establecimiento denominado "Bar Palais Royal", con todos sus muebles, enseres, instalaciones etc.", establecimiento que funcionaba en el local Nº.10-24 de la carrera 6ª de Bogotá; o en subsidio, se condene al demandado a pagar los perjuicios causados por el dolo; para que se de-

clare igualmente la nulidad del mismo contrato, "por falta de causa real y lícita y por ser su objeto moralmente imposible", así como la nulidad de once (11) letras de cambio por valor de $ 1.-000.00 cada una, aceptadas por el comprador a favor del vendedor, como parte del precio de la venta; y se restituyan las cosas al estado que tenían antes.

2.—Hace consistir el actor el dolo en las maniobras que dice ejecutó sobre él el dueño del establecimiento, para hacerle creer en un mayor valor de los muebles que hacían parte del mismo y en unos ingresos y unas utilidades también superiores a los que arrojaban la actividad real del establecimiento.

3.—Con la oposición del demandado se adelantó el juicio, cuya sentencia de primer grado absolvió al reo; recurrida por el actor, el Tribunal la confirmó con fecha 10 de abril de 1953.

4.—Interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia la parte agraviada, quien fundó el recurso oportunamente; y a resolver sobre él se procede.

CAPITULO SEGUNDO

La casación.—Causales y cargos

Se invoca la causal primera (art. 520, ord. 1º C. J.) y se formulan cuatro cargos, ninguno de los cuales produce la casación de la sentencia. La Sala pasa a referirse a ellos en su orden.

Primer cargo

1.—Se acusa el fallo, en una parte del cargo, por infracción directa del artículo 1515 del C. C., y en otra, por error de hecho en la apreciación de algunas pruebas.

Lo resume así el recurrente:

"Al amparo de lo prevenido por el artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia por violación de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y como consecuencia, de apreciación errónea de las pruebas. Por virtud de la interpretación errónea, el sentenciador cayó en error al interpretar la demanda, y esto también lo formularé como cargo".

Según esta formulación, el cargo consiste en violación de la ley, "por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las pruebas".

Se considera:

2.—La violación de la ley, como causal de casación puede ser directa o indirecta: la primera se cumple de manera recta, sin rodeos, contra determinado texto legal, y puede ser por infracción propiamente llamada **directa**, o sea cuando se deja de aplicar la disposición partinente al punto controvertido; **por aplicación indebida**, o sea el caso contrario, cuando se aplica un precepto extraño a la materia del pleito; y por **interpretación errónea**, cuando yerra el Tribunal en el orden jurídico, al determinar el sentido o alcance de un ordenamiento legal.

Se comprende que la infracción del artículo 1515 del C. C., ha de ser: o directa, es decir, por no haberlo aplicado; o por aplicación indebida, esto es, lo contrario, por haberlo aplicado siendo extraño a la litis; por interpretación errónea, o sea, por haberse equivocado el sentenciador en la investigación sobre el significado, alcance o extensión de un texto legal. Pero, el quebranto no puede asumir las tres formas a la vez, es obvio. Es tarea fácil en casación presentar de esa laya el cargo, pero es ineficaz, porque es contraria a la técnica del recurso. La mayoría de los abogados que litigan en casación (en Colombia basta serlo para poder litigar en el ramo) adoptan tal práctica, porque desconocen la técnica y es postura más cómoda.

3.—Con todo la Sala se detiene en el cargo por cuanto se dice en él que la infracción procede de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Cuáles pruebas?

Dice el recurrente:

"Bastaría para refutar plenamente estos asertos del Tribunal sentenciador, hacer presente, que él mismo olvidó tener en cuenta, como elemento de juicio, el aviso publicado en el periódico "El Tiempo", correspondiente al 31 de marzo de 1950, en el cual el vendedor informa de una ganancia mensual de $ 1.200.00 pesos m/l. (C. Nº 2) y el famoso balance acomodaticio, digo yo, y por ende, lejos de la verdadera verdad, o de la realidad, para ser más exactos, correspondiente al mes de marzo de 1950, en que hace aparecer una utilidad líquida del negocio representada en $ 2.138.-25. El aviso de "El Tiempo" a que acabo de referirme, el balance del mes de marzo y también el correspondiente al mes de febrero de 1950, firmado el primero por un señor Lozano, como Contador (para hacerlo más atractivo) y sin firma responsable el otro, folio 4 y 5 del C. Nº 1, constitu-

yen sin lugar a dudas los hechos positivos que trascendieron al mundo exterior y la causa inmediata y eficiente para que Ruiz Quijano se decidiera a contratar. Y esos actos positivos fueron obra del vendedor, ya que éste por ninguna parte trató de demostrar que eran obras de terceras personas ajenas al negocio".

De consiguiente, las pruebas no estimadas por el Tribunal son: a) el aviso publicado en el periódico "El Tiempo" de Bogotá, en su edición del 31 de mayo de 1950, en el cual el oferente le atribuye al negocio una ganancia mensual de $ 1.200.00: b) el balance del mes de marzo del mismo año, que califica de **acomodaticio** el recurrente, del cual aparece una utilidad líquida de $ 2.138.25; y c) también el balance correspondiente al mes de febrero del año citado.

4.—Tales elementos probatorios sí fueron estimados por el sentenciador, como puede verse a los folios 13 y 13 v., del cuaderno 6º, y en tal estimación no dejó de ver lo que tales elementos contienen, ni vió lo que no contienen. De modo que ningún error de hecho puede configurarse. No debe olvidarse que el error de esta especie es de orden material, y consiste en dejar de estimar una prueba que existe en el proceso, o suponer que existe una que no hace parte del proceso; y además, debe influír decisivamente en el fondo de la controversia, de suerte que en razón del error y sólo por él, se haya aceptado o negado la existencia de un hecho fundamental en la litis. El error ha de ser manifiesto, esto es, que la mente tenga necesariamente que aceptar la conclusión opuesta a la sostenida en el fallo, como única solución acorde con la prueba, porque si hubiese otra posible, se trataría cuando más de equivocaciones en la labor del juzgador atinente a las pruebas, mas no a errores de la entidad, magnitud y gravedad del error de hecho en casación.

5.—El fallo concluye de esta manera al respecto:

"De la anterior documentación no se puede deducir la prueba del dolo o del engaño que sufrió el comprador, por cuanto que aparece un inventario de artículos, en contra de lo que se afirma en los hechos de la demanda por $ 8.403.73, y otro inventario de artículos sin precio y unas utilidades, en promedio de $ 1.500.00 mensuales, dato que pugna también con un hecho de la demanda en que se afirma que al comprador se le garantizó una utilidad de $ 2.000.00 al mes. En consecuencia de lo anterior no se puede deducir de manera alguna que el vendedor engañó u ocultó maliciosamente al comprador la situación real del negocio".

De esta suerte el sentenciador llegó a la conclusión de que no hay en el juicio prueba suficiente del dolo. La libertad del juzgador de instancia en su función de inquirir a través del proceso por la prueba de los hechos constitutivos de la acción, no tiene otra valla que la evidencia que produzcan las pruebas aducidas. La casación no puede penetrar en ese campo exclusivo del criterio del fallador, sino cuando éste incurre en negación de la verdad pregonada en los autos, por pasar inadvertida una prueba que existe, o creer que figura una prueba que no existe; o por negar o atribuír a una prueba el valor que le atribuyen o le niegan los textos legales que consagran los medios de prueba. Pero, fuera de estos eventos la casación respeta la autonomía del sentenciador en el ámbito de las pruebas.

6.—No se ha demostrado, por consiguiente, esa especie de error, porque las tres pruebas mencionadas fueron apreciadas por el fallador, y la estimación que de ellas hizo, como partes del haz probatorio, no puede tacharse de errónea, aun cuando puedan hacerse de ellas otras versiones, pero nunca con la fuerza requerida para destruír la apreciación del sentenciador de instancia.

Segundo cargo

1.—El cargo es confuso y desordenado; por el epígrafe del capítulo parece tratarse de "error manifiesto de hecho", pero atendiendo a la parte final se trata no solamente de error de hecho sino también de derecho en la apreciación de algunas pruebas, y entonces no se sabe cuál de los dos es, ya que los dos no pueden concurrir simultáneamente. Con frecuencia en las demandas de casación ocurre que el cargo se califica de un modo y se desarrolla como si fuera otro; y uno es en el planteamiento inicial y otro al cerrar la acusación; y ello porque en el desenvolvimiento suelen ocurrir cambios y apreciaciones que no se previeron al principio, pero que tampoco llegan a justificar en el autor el celo de rehacer la acusación, en beneficio de la claridad y precisión necesarias, de la causa por él propiciada y de la tarea jurisprudencial de la misma Corte.

Se considera:

2.—Este cargo de **doble error** de hecho y de derecho, se refiere en parte a pruebas ya consideradas en el primero, es a saber: los balances

de los folios 4 y 5 del cuaderno 1º, correspondiente a los meses de febrero y marzo de 1950, y el aviso publicado en el periódico "El Tiempo", en su edición del 31 de este último mes; de manera que la Sala no se ocupará de estas pruebas nuevamente, ya que como antes se vio, no cabe error de hecho en la apreciación del Tribunal; y en cuanto a error de derecho, no se adivina, pues los artículos 207 y 601 del C. J., son preceptos adjetivos, ante los cuales no se puede enjuiciar la apreciación legal que hiciera el sentenciador de las pruebas a que se refiere el cargo anterior.

3.—En relación con las otras pruebas, o sean el dictamen pericial y las declaraciones de Carlos Bernal González, Marcel Baró y Rafael Rivera, se observa:

a) Respecto del dictamen, este es el cargo:

"Pero adelantando un poco más por este camino, vemos cómo el Tribunal Sentenciador no tuvo para nada en cuenta el concepto uniforme de los peritos Palmera y García, visible en el cuaderno Nº 2 y muy especialmente, el capítulo 3º denominado: 'Ventas del establecimiento y Bondad del Negocio", en el cual dichos peritos, ponen de manifiesto las pérdidas que dejó el negocio en el corto tiempo que estuvo bajo la administración de Ruiz Quijano, vale decir, durante los meses de mayo y junio de 1950, únicamente, ya que para el 30 de junio, el establecimiento denominado "Bar Palais Royal", fue secuestrado a solicitud de Víctor Virguéz, quien presentó como recaudo ejecutivo, letras de cambio endosadas por Rubén Rojas Guevara, de las mismas que éste recibió de Ruiz Quijano, como parte del precio del establecimiento que nos ocupa".

Este es el concepto del Tribunal:

"Tampoco de este dictamen se puede desprender la prueba del engaño y de la maquinación dañosa efectuada por el demandado, por cuanto las pérdidas anotadas por los peritos se refieren a una época posterior y anterior a la celebración del negocio, y por cuanto al avaluar los muebles se tuvo en cuenta el deterioro por el uso natural.

"En cambio en la inspección ocular practicada por el Juez a-quo se dejó constancia de que los muebles se encontraban en magnífico estado; que el negocio estaba muy bien situado y que tenía un movimiento regular de venta con seleccionada clientela".

Cuanto a error de hecho, no pasó desapercibida esta prueba para el sentenciador. Respecto al de derecho, el concepto uniforme de los peritos prueba las pérdidas del negocio con posterioridad a la venta, pero no que se errara al desecharlo, no porque aquéllos no estuviesen acordes, sino porque a juicio del Tribunal no tiene incidencia la pérdida posterior en la demostración del dolo, apreciación con la cual no se quebranta el artículo 722 del C. J., citado por el recurrente.

b) Acerca de la prueba testimonial dice el recurrente:

"Este aviso, lo mismo que los balances acomodaticios y fraudulentos de que tanto he hablado, estructuran los hechos positivos que le dieron vida a las maniobras dolosas llevadas a cabo por el vendedor, Rojas Guevara, quien presentó unas ganancias que nunca existieron; y que no existieron, lo dicen los declarantes Bernal González (socio del vendedor en el famoso negocio), y Rafael Rivera, empleado como Bar-Man al servicio del vendedor, en el establecimiento tantas veces citado. El mismo balance del folio 5 del cuaderno Nº 1, destruye las afirmaciones contenidas en el balance de marzo y en el aviso del 31 del mismo mes y del año de 1950. Como consecuencia de estos errores el Tribunal violó el artículo 601 del Código Judicial, porque olvidó los principios de equidad con que deben apreciarse las pruebas, muy especialmente, en lo que se relaciona con la declaración del señor Carlos Bernal González, que prácticamente es una confesión que nos está diciendo cómo el precio que aparece en el documento de venta, hecha por el mismo Bernal González, a Rojas Guevara, de la mitad del negocio denominado "Bar Palais Royal", es aparente y no real, es decir, que hay en ello una simulación; violó o quebrantó así mismo el artículo 207 de la misma obra porque no estimó como prueba y en lo que valen, los dos balances de los folios 4 y 5 del cuaderno Nº 1. Su violación se hizo extensiva al artículo 697 del C. J., porque no le dió a las declaraciones de Bernal González y Rivera, la fuerza probatoria que este pasaje legal les asigna. Estas violaciones directas lo llevaron a la violación indirecta de los artículos 1502, 1508 y 1515 del Código Civil".

Se trata de configurar así un error de derecho en la apreciación que hiciera el juzgador de los testimonios mencionados, con la infracción de los artículos 601 y 207 del C. J. Pero, estos preceptos son normas generales adjetivas sobre derecho procesal y probatorio —como antes se dijo— de modo que el cargo franquea al ser enunciado.

Porque el error de derecho en la apreciación

de una prueba resulta de la confrontación del mérito reconocido o negado a esa prueba en la sentencia, con el mérito que tiene o de que carece según un texto legal determinado. Si el valor que le atribuye la sentencia es el mismo que le señala ese texto, no hay error de derecho; si es distinto, hay error de derecho. De consiguiente, la confrontación no puede hacerse en casación sino con las disposiciones legales sobre pruebas, esto es, las que establecen su tarifa y su valor, materia absolutamente extraña a la de que tratan los citados artículos 207 y 601 del C. J., como infringidas en razón del error de derecho alegado.

Es verdad que el recurrente cita, además, como quebrantados los artículos 1502, y 1508 y 1515, pero al agravio de estos textos concernientes al derecho sustancial cuya tutela se demanda, no puede llegarse sino mediante el vehículo del error de derecho en la estimación de las pruebas, es decir, por medio de la infracción de los preceptos legales sobre el valor de las mismas.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Tercer cargo

1.—Este cargo es de error de derecho en la apreciación de las pruebas.

a) Se hace consistir, primeramente, en la contradicción qeu atribuye el Tribunal al actor, quien afirma en la demanda que contrató guiado por la ganancia de $ 2.000.00 mensuales, que afirmara el vendedor, siendo así que el aviso de "El Tiempo" no señaló sino una de $ 1.200.00 Y agrega: "Entonces esa contradicción, que el Tribunal hace gravitar en contra de mi cliente, se va en contra de el demandado, y lo muestra una vez más, como autor del DOLO. Base de la acción. Aquí el Tribunal incurrió en manifiesto error de derecho por hacer una apreciación equivocada de nítidos elementos probatorios que favorecen a la parte que represento, y una aplicación indebida de los mismos, al caso del pleito,....".

2.—No se conoce en casación el manifiesto error de derecho por hacer una apreciación equivocada de nitidez elementos probatorios... y **una aplicación indebida de los mismos al caso del pleito,** galimatías desde luego indescifrable. Por una parte. Por otra, en tratándose de error de derecho, no señala el recurrente las disposiciones legales sobre **pruebas** que fueron quebrantadas a causa de la estimación del Tribunal.

b) Alfonso Forero y Alberto Sánchez no dicen acordes que Ruiz Quijano fuera ajeno al negocio de bares y cafés; lo dice el primero (f. 30 v. C. 2º); el otro guarda silencio (f. 31 ib.). Por tanto, no hay errónea apreciación, pues no se infringe el artículo 697 del C. J., que cita el recurrente.

c) Cuanto al error de derecho en que incurriera el Tribunal, con infracción del artículo 698 del C. J., al estimar la declaración de Marcel Baró (f. 32 C. 2º), como de oídas" y no directa, tiene razón el recurrente, pero aún dándole valor de prueba directa, no alcanzaría a desvirtuar la apreciación del sentenciador sobre la prueba aducida para establecer el dolo

De donde se sigue que el cargo es improcedente.

Cuarto cargo

Dice el recurrente:

"Al acoger el Tribunal los puntos de vista del Juez de primera instancia, incurrió como éste en el mismo error sobre interpretación de la demanda, pues considera en principio que se trata de una acción rescisoria por lesión enorme sobre muebles, lo cual resulta absurdo por decir lo menos, ya que por ninguna parte de la demanda se insinúa siquiera remotamente tal cosa".

No tiene fundamento la afirmación de que el Tribunal considerase la acción ejercida como rescisoria por lesión enorme y no como rescisoria por dolo, vicio del consentimiento. El recurrente se abstiene de citar pasaje alguno de la sentencia, en contra de una norma elemental de la casación.

Resolución

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de abril de mil novecientos cincuenta y tres (1953), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Jorge A. Ruiz contra Rubén Rojas

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

Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Arturo Valencia Zea, Conjuez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL COMPRADOR DE UN BIEN DE LA HERENCIA COMO CUERPO CIERTO TIENE DERECHO A PEDIR LA PARTICION E INTERVENIR EN ESTA

1—El registro de la escritura de venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, hecha por un heredero antes de que se haya registrado el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición, no transmite el dominio (C. C., art. 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero deueño de la cosa enajenada no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto (C. C., art. 752, inc. 1º), y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad herencial se le reconozca el mismo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos herenciales en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1401, 1868, 1871, 1874 y 1875 del C. C.

Pero esto no quiere decir que se dé derecho preferencial al comprador de un cuerpo cierto perteneciente a la sucesión, para que se le concrete en la partición su derecho herencial precisamente en el bien enajenado.

2—No es aceptable que el heredero vendedor de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, o el cesionario de sus derechos herenciales indeterminados, por venta posterior, pueda intervenir en la partición para oponese a los efectos naturales de tal contrato, a fin de que no se adjudique al comprador el bien que había enajenado. Podrán oponerse, como es obvio, los demás copartícipes y los acreedores de la sucesión, a quienes tal acto no vincule contractualmente, y en cuanto tal adjudicación perjudique sus derechos o viole las normas legales de la partición.

3—En las sucesiones intestadas el cónyuge sobreviviente no es heredero en concurrencia con los descendientes legítimos. Tiene sólo derecho a recibir entonces porción conyugal que equivale a la legítima rigorosa de un hijo legítimo. Sin que esto quiera decir que el cónyuge sobreviviente en tal caso tenga la condición de heredero como el hijo legítimo, y que no haya lugar a aplicar la norma del artículo 1234 del C. C.

4—Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, debe procederse a su liquidación, mediante la práctica de inventarios y avalúos de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, conforme al mismo procedimiento indicado para la sucesión por causa de muerte (C. C. artículos 1820 y 1821; C. J., artículos 935). En esta forma la liquidación de la sociedad conyugal se practica conjuntamente con la de la herencia del cónyuge pre-muerto, dentro del mismo juicio sucesorio. De suerte que el respectivo juicio viene a terminar con la partición de los bienes sociales y hereditarios. Según el artículo 1832 del C. C., en todo caso la división de los bienes sociales se sujeta a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

De acuerdo con lo anterior, en caso de que haya lugar a esa doble liquidación, deben aplicarse en lo pertinente las reglas del artículo 1016 —num. 1º— y 1390 del C. C. en cuanto a los gastos comunes del juicio sucesorio al través del cual se liquidan y dividen las dos comunidades, o sea la sociedad conyugal disuelta y la herencia, y en consecuencia tales gastos deben distribuirse a prorrata del valor de los respectivos

caudales social y hereditario. Esta doctrina fluye de la aplicación de las disposiciones citadas y de los propios principios de equidad, porque los gastos comunes de la liquidación y división de ambas comunidades aprovechan tanto al cónyuge sobreviviente, como a los herederos del finado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.—Bogotá, veintiuno (21) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954). (Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por algunos de los interesados en el juicio de sucesión intestada de Julio Irurita, contra la sentencia aprobatoria de la partición, dictada el 20 de noviembre de 1952 por el Tribunal Superior de Cali.

Antecedentes:

1.—Julio Irurita falleció en el municipio de Pradera, Valle del Cauca, el 17 de julio de 1942.

2.—El causante había contraído matrimonio católico **in artículo mortis** con Leticia Collazos el 30 de agosto de 1888. Por este acto los contrayentes legitimaron a sus hijos Lastenia, Domingo, Tulio y María Mercedes.

3.—Muerta Leticia Collazos de Irurita, su viudo contrajo segundas nupcias con Irene Maya el 6 de febrero de 1.890. De este matrimonio nacieron Soledad e Ismenia Irurita Maya.

4.—En el Juzgado del Circuito de Palmira fue declarada abierta la sucesión intestada de Julio Irurita, por providencia del 10 de abril de 1945. En este auto fueron reconocidos como herederos del causante los señores Domingo Irurita, Tulio Irurita y Lastenia Irurita de Góngora, en su condición de hijos legítimos del primer matrimonio.

5.—Por auto de 21 de junio de 1945 se declaró también como heredera del causante a la señora Soledad Irurita de López, en sú condición de hija legítima del segundo matrimonio.

6—La Sra. María Mercedes Irurita de Correa, hermana carnal de los herederos Irurita Collazos, falleció con posteridad al deceso de su padre. Por auto de 28 de enero de 1950, se reconoció a sus hermanos carnales y a su hermana media, señora Soledad Irurita de López, como herederos de la finada, a títulos de transmisión, en los derechos que le correspondían a la señora Mercedes Irurita de Correa en la sucesión de su padre. En la misma providencia se declaró al señor Luis M. Cadena A. subrogado en los derechos hereditarios de Domingo Irurita, Tulio Irurita y Lastenia Irurita de Gómez, no solo en su condición de hijos legítimos del causante sino también en los derechos transmitidos por su hermana carnal muerta, en virtud de cesiones hechas a dicho señor Cadena conforme a escrituras públicas allegadas al proceso.

7.—Por auto de 25 de octubre de 1950 el Juzgado declaró interesadas en la sucesión a las señoras Irene Maya v. de Irurita e Ismenia Irurita de Muñoz, la primera como cónyuge sobreviviente y la segunda en su calidad de hija legítima del segundo matrimonio.

8.—En la diligencia de inventario y avalúo se relacionaron los siguientes bienes adquiridos por la sociedad conyugal formada por Julio Irurita e Irene Maya de Irurita:

a) Una finca rural denominada "La Guaira", antes "La Tupia", ubicada en jurisdicción del municipio de Pradera, con 128 plazas o fanegadas y 9.137 varas cuadradas, avaluada en ....$ 45.110.69

b) Una casa de habitación situada en el perímetro urbano de la población del mismo nombre, avaluada en $ 5.000.00

Total de lo inventariado .... $ 50.110.69

No se relacionaron otros bienes, ni pasivo a cargo de la sociedad conyugal o la sucesión.

9.—Por escritura Nº 11 de 4 de enero de 1945, de la Notaría Primera de Palmira, la señora Irene Maya v. de Irurita había vendido al señor Luis M. Cadena A., como cuerpo cierto, 50 fanegadas del predio "La Guaira", alindadas como consta en dicho instrumentó.

10.—Por escritura Nº 151 de 1º de febrero de 1945, de la Notaría Segunda de Palmira, la misma señora Irene Maya v. de Irurita dijo venderles a sus hijas Soledad Irurita de López e Ismenia Irurita de Muñoz la nuda propiedad del resto del predio "La Guaira", y de la casa ubicada en la población de Pradera.

11.—Por escritura Nº 190 de 5 de septiembre de 1950, la misma señora Irene Maya v. de Irurita dijo venderles a los señores José Antonio Muñoz Polanía e Ismenia Irurita de Muñoz Polanía "todos los derechos que puedan corresponderle por concepto de gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal que constituyó con el señor Julio Irurita....", y "todos los derechos que le corresponden o puedan corresponderle en la misma sucesión del señor Julio Irurita....".

12.— **Partición.** El 13 de septiembre de 1951 el partidor doctor Alfredo Muñoz Acosta presentó a la aprobación del Juzgado del Circuito de Pal-

mira el trabajo de partición que se le había encomendado.

I—En la cuenta de partición aparecen cargados a la sociedad conyugal Irurita-Muñoz gastos del juicio por la suma de $ 6.419,69, los cuales el partidor dedujo del activo social inventariado. Así:

"Los gastos del juicio de sucesión que benefician a todos los interesados, o sea los gastos comunes, que deberán ser deducidos de la masa de bienes según lo estatuye el artículo 1016 del C. Civil, son los siguientes:

"a) Publicación de edictos y fijación de carteles, según pruebas de folios 42, 44 y 45 del Cuaderno principal, pagos que hicieron los doctores Roldán e Irurita ....$ 6.30

"b) Honorarios pagados al Recaudador de Hacienda Nacional, por el Dr. Roldán, para el examen de bienes ..$ 5.00

"c) Estampillas de la diligencia de inventarios —Fs.90— pagadas por el Dr. Roldán ....$ 51.00

"d) Pagado a los peritos avaluadores por el Dr. Luis C. Roldán, según recibo de fs. 92 y 93 ....$ 300.00

"e) Pagado por el señor Luis Cadena A. por concepto de impuestos nacionales según recibo de folios 127 .... ..$ 3.931.79

"f) Honorarios del suscrito abogado partidor, incluyendo en ellos los honorarios del ingeniero que ha medido el lote de "La Tupia" y ha formado los lotes que se van a adjudicar, honorarios que van a ser cubiertos por el Sr. Luis M. Cadena ....$ 2.000.00

"g) Posibles gastos futuros para registro de la partición y de la sentencia; boleta de registro; matrículas, protocolización del expediente, etc., por aproximación, gastos que hará el mismo señor Cadena ....$ 125.60

Suman los gastos ....$ 6.419.69

Resumen

Activo inventariado ....$ 50.119.69
Gastos del Juicio .. ..$ 6.419.69

"Capital líquido partible .. ..$ 43.700.00

NOTA:

"Como puede deducirse de la anterior relación de gastos, éstos han sido sufragados o por el Sr. Luis Cadena, o por el Dr. Roldán, o por el Dr. Irurita, y los futuros gastos serán hechos por el Sr. Cadena. Si se tiene en cuenta que los derechos de los Doctores Irurita y Roldán han sido comprados por el señor Cadena hay que concluír inevitablemente, que la correspondiente **hijuela de gastos** tiene que ser adjudicada al subrogatario señor Luis María Cadena A.".

II—Para realizar la liquidación de la sociedad conyugal y de las hijuelas herenciales, el partidor efectuó las siguientes operaciones:

"A) Activo total inventariado ....$ 50.119.69
Menos hijuela de gastos ....$ 6.419.69

Activo líquido repartible ....$ 43.700.00

"B) Los anteriores **Cuarenta y Tres Mil Setecientos Pesos** ($ 43.700.00), que son el activo líquido, se dividen, a su vez, así:

"Para la cónyuge Irene Maya v. de Irurita, por sus gananciales en la sociedad conyugal ....$ 21.850.00

Para el heredero Doctor Domingo Irurita .. ..$ 3.641.70

Para el heredero doctor Tulio Irurita ....$ 3.641.66

Para la heredera señora. Lastenia Irurita ....$ 3.641.66

Para la heredera señora Soledad Irurita ....$ 3.641.66

Para la heredera señora María Mercedes Irurita .$ 3.641.66

Para la heredera señora Ismenia Irurita ....$ 3.641.66 21.850.00

Suman .... $ 43.700.00

"C) Si se tiene en cuenta que la cuota de María Mercedes Irurita acrece las otras cuotas pero correspondiéndoles el doble a sus hermanos carnales Domingo, Tulio y Lastenia, y si, además, se tiene presente que doña Irene vendió primeramente a Luis Cadena, cincuenta plazas en el lote de "La Tupia", las que a razón de $ 350-00 plaza, como fue el avalúo pericial, valen $ 17.500.00, y que luego, la misma señora Maya v. de Irurita vendió el resto que le quedaba, por partes iguales a doña Soledad Irurita y a Ismenia Irurita, la liquidación quedaría así:

"Para Luis M. Cadena, por las 50 plazas ....$ 17.500.00

Para Soledad Irurita, por compra a Irene Maya ....$ 2.175.00

Para Ismenia Irurita, por compra a Irene Maya ....$ 2.175.00

Hijuela de Domingo Irurita, acrecida ....$ 4.552.12

Hijuela de Tulio Irurita, acrecida $ 4.552.08

Hijuela de Lastenia Irurita, acrecida ....$ 4.552.08
Hijuela de Soledad Irurita, acrecida .. ..$ 4.096.86
Hijuela de Ismenia Irurita, acrecida ....$ 4.096.86

Suman ....$ 43.700.00

"D) Las hijuelas de los doctores Domingo Irurita, Tulio Irurita y señora Lastenia Irurita de Góngora corresponden hoy a Luis M. Cadena por haberlas comprado éste. Así mismo se agrega y adjudica a Luis M. Cadena la hijuela de gastos, que vale $ 6.419.69. De consiguiente, hechas las sumas correspondientes, los que son hoy en día derechos en los bienes de la sucesión de don Julio Irurita tienen las siguientes cuotas:

Luis María Cadena, por las compras hechas, y la hijuela de gastos ....$ 37.575.97
Soledad Irurita, por su hijuela acrecida, y la compra ....$ 6.271.86
Ismenia Irurita, por su hijuela acrecida, y la compra ....$ 6.271.86

Suman ....$ 50.119.69

"E) Se observa, finalmente, que en la liquidación de las hijuelas de los Doctores Domingo Irurita, Tulio Irurita y señora Lastenia Irurita quedan comprendidos también los derechos que éstos cedierón por honorarios al Dr. Luis Carlos Roldán, y que éste, a su turno, cedió en su totalidad a Luis M. Cadena A.".

III—El partidor consignó las siguientes consideraciones como base de las adjudicaciones:

"1ª Al partidor, dentro de los juicios sucesorios y de liquidaciones de la sociedad conyugal, le quedan dos caminos para repartir los bienes: O hacer una simple distribución de derechos, ad valorem, dejando a los herederos o coasignatarios en comunidad, o proceder a hacer directamente la partición material de los bienes, entregando, en cuanto sea posible, cuerpos ciertos a los adjudicatarios. No hay duda que el partidor puede hacer esto último ya que lo autorizan para ello las reglas 3ª, 4ª y 5ª del artículo 1394 del C. Civil, entre otras disposiciones. De otro lado, dejar comunidades vigentes entre los herederos es perjudicial para ellos porque quedan obligados a seguir un nuevo juicio de división material.

"2ª El suscrito partidor, teniendo en cuenta que el lote de 128 plazas 9137 Vrs., 2, ubicado en el sitio de "La Tupia", Municipio de Pradera, es un lote partible, de calidad uniforme de tierra, ha procedido, asesorado del ingeniero Dr. Gerardo Cadena U., a formar los lotes correspondientes para adjudicarlos, como cuerpos ciertos, a los coasignatarios. Para este efecto se ha elaborado un plano por el señor ingeniero ,que presentó con esta partición, y se han dejado clavados mojones en el terreno que indican las líneas divisorias de los respectivos lotes.

"3ª En cuanto a mejoras que dificultan la partición del lote de "La Tupia" no hay problema, señor Juez. En efecto: este lote lo ocupa en su totalidad, desde 1945, el señor Luis Cadena. De cincuenta plazas está en posesión como señor y dueño por la venta que le hizo la señora Irene Maya, y del resto del lote responde el mismo Sr. Cadena, como secuestre. El lote total, al tiempo de la muerte del señor Julio (sic) Irurita, estaba sembrado de pastos. Hoy en día el señor Cadena, en la porción de cincuenta plazas, ha hecho una casa de habitación de ladrillo y techo de tejas de barro cocido, con corredores y pisos de cemento, con diez piezas, garage, tanques de agua, establo, pesebrera, pavimentada, tiene alumbrado eléctrico a base de motor, etc. Así mismo en tal lote de cincuenta plazas tiene cultivos de plátano, árboles frutales, caña, maíz, etc: En la partición, como se comprende, este lote de cincuenta plazas, donde están las dichas mejoras ,tendrá que ser adjudicado al Sr. Cadena. El resto del lote tiene siembras de caña y de maíz en una gran extensión, y otra parte, está sembrado de pastos, como al tiempo de la muerte del causante.

"4ª Los lotes que van a ser adjudicados a las señoras Soledad e Ismenia Irurita están sembrados exclusivamente de pastos, es decir, no tienen otras mejoras distintas a las que había cuando falleció el causante. Ellas no tendrán, pues, problemas de pago de mejoras a terceras personas.

"5ª En cuanto a servidumbre de tránsito se ha dejado una para el LOTE B, que va a ser adjudicado a la señora Soledad Irurita. En cuanto a los otros lotes, A y C, que se adjudicarán a Luis Cadena y señora Ismenia Irurita, respectivamente, no son necesarias tales servidumbres de tránsito puesto que estos lotes se unen, o quedan unidos contra otros lotes distintos que estas mismas personas —Cadena e Irurita— tienen en ese sitio de 'La Tupia', como puede verse consultando el plano.

"6ª En cuanto a cercas medianeras es entendido que los dueños de predios colindantes tendrán la obligación de contribuir conjuntamente para la construcción y conservación de tales cercos.

"7ª La casa ubicada en el perímetro urbano de Pradera, por no soportar una cómoda división, ha sido o será adjudicada en común a dos herederas, en la forma y cuotas que se indicará más adelante.

"8ª Para hacer una adjudicación más cómoda y sencilla se entregará al señor Luis María Cadena A., en un solo lote, los derechos por él adquiridos dentro de este juicio, ya por las diversas compras de que antes se ha dado cuenta, como por la hijuela de gastos que se le adjudica. Este será el LOTE A, del plano.

Conversión de los derechos a plazas en el lote de "La Tupia".

"En el Capítulo Quinto se hizo al final el resumen del valor de los derechos de cada asignatario, habiendo resultado lo siguiente: Para Luis Cadena A., $ 37.575.97. Para Soledad Irurita de López, $ 6.271.86. Para Ismenia Irurita de Muñoz, $ 6.271.86. Como cada plaza de terreno fue avaluada por $ 350.00 se ha resuelto repartir el lote dicho de 'La Tupia' o 'La Guaira', en la proporción siguiente:

Para Luis María Cadena A.	107	plazas	3.600 Vrs.2
Para la Sra. Soledad I. de López	14	plazas	3.483 Vrs.2
Para la Sra. Ismenia I. de Muñoz	7	plazas	2.054 Vrs.2
Suman	128	"	9.137 "

"Como las hijuelas de las señoras Soledad Irurita de López e Ismenia I. de Muñoz no alcanzan a quedar pagadas con las plazas que se les adjudican en el predio de 'La Tupia', se les acaba de integrar adjudicándoles la casa ubicada en Pradera, en la forma y cuotas que se indican más adelante".

IV—De acuerdo con lo anteriormente expuesto el partidor formó las hijuelas correspondientes: al señor Luis María Cadena A. adjudicó el Lote A. del predio "La Guaira", con una cabida de 107 plazas y 3.600 varas cuadradas por un valor de $ 37.575.97, para pagarle "todos los derechos hereditarios y de la sociedad conyugal que él adquirió mediante las escrituras públicas antes relacionadas, como también la hijuela de gastos que se le ha adjudicado; a la señora Soledad Irurita de López adjudicó el Lote B. del predio "La Guaira", con una cabida de 14 plazas y 3.483 varas cuadradas por un valor de $ 5.021.85, y un derecho proindiviso de $ 1.250.00 en relación con el avalúo de $ 5.000.00 en la casa ubicada en la población de Pradera; y a la señora Ismenia Irurita de Muñoz adjudicó el Lote C. del predio "La Guaira" con una cabida de 7 plazas y 2.054 varas cuadradas por un valor de $ 2.521.86, y un derecho proindiviso de $ 3.750.00 en relación con el avalúo de $ 5.000.00 en la casa ubicada en la población de Pradera.

13. **Objeciones a la partición.** Dentro de la oportunidad el apoderado de las señoras Irene Maya v. de Irurita e Ismenia Irurita de Muñoz, formuló las siguientes objeciones a la partición:

"1º—Haber confundido a los hijos simplemente ilegítimos del causante con los hijos legítimos;

"2º—Haber reconocido a los hijos simplemente ilegítimos del causante, no sólo iguales derechos en la masa herencial, sino mejores o superiores derechos que a los legítimos en cuanto al derecho de suceder por transmisión de los derechos de María Mercedes.

"3º—Haber cargado los gastos del juicio a la sociedad conyugal únicamente y adjudicar, porque sí, la hijuela de gastos hechos y gastos futuros a su patrocinado señor Luis Cadena.

"4º—Reputar como venta de cuerpo cierto, lo que pudo ser venta de derechos en una universalidad. Me refiero a la venta de que da cuenta la escritura Nº 11 de 4 de enero de 1945 de la Notaría 1ª de Palmira y deducir previamente esta venta del inmueble de la sucesión; estas operaciones se hicieron para beneficiar al señor Cadena con perjuicio de los otros interesados.

"5º—Hacer conversiones innecesarias de plazas a pesos y viceversa con grave perjuicio de todos; adjudicar los bueno (sic) y valioso de la herencia a un solo interesado y dejar en comunidad sobre algo que no vale, a la mayor parte de los herederos; adjudicar a los hijos simplemente ilegítimos el doble de lo adjudicado a los hijos legítimos, cuando el partidor dispone de los derechos herenciales de María Mercedes, haciendo malabarismo con textos claros de la Ley

"6º—Hay error grave en la partición, así como lesión enorme, si bien este segundo aspecto queda libre cualquiera que fuere el resultado de la partición".

14. El Juzgado del Circuito de Palmira en sentencia del 26 de junio de 1952, declaró no probadas las objeciones formuladas y aprobó la partición en todas sus partes.

15. El referido fallo, apelado por el apoderado de las señoras Maya de Irurita e Irurita de Muñoz, fué confirmado por el Tribunal Superior de Cali en sentencia de 20 de noviembre de 1952.

III—Sentencia acusada

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida el 20 de noviembre de 1952, los

señores José Antonio Muñoz P. e Ismenia Irurita de Muñoz han recurrido en casación para que se invalide tal fallo, por razón de haberse rechazado las objeciones 3ª, 4ª., 5ª, y 6ª formuladas al trabajo de partición.

En lo tocante a la tercera objeción, el Tribunal prohijó las siguientes consideraciones del Juzgado:

"En los inventarios practicados el 24 de agosto de 1945 no se relacionó ninguna clase de pasivo. Pero sí consta a folios 42, 43, 70, 92 y 93, del cuaderno Nº 1 que el doctor Luis Carlos Roldán, como apoderado de los interesados señores Irurita Collazos sufragó algunos gastos inherentes al juicio, y a folios 44 y 45 consta que el propio doctor Domingo Irurita sufragó otros. A folio 90 obra el recibo de Caja de la Recaudación de Hacienda Nacional de esta ciudad por el valor de las estampillas para la diligencia de inventarios, y a folio 127 el recibo por concepto de impuestos fiscales, o mejor, por los derechos de Lazareto, pagados por el interesado señor Luis M. Cadena A."

"Los inventarios fueron aprobados por auto Nº 348 del 16 de agosto de 1949, visible a folio 132 del Cuad. principal o número 1".

"Anteriormente el impuesto de Lazaretos se deducía, cuando se presentaba el caso de liquidación de una sociedad conyugal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 170 de 1896, esto es, sin gravar los bienes propios o gananciales del cónyuge sobreviviente, pero como el artículo 94 de la Ley 63 de 1936 derogó entre otras muchas disposiciones la últimamente citada, posteriormente y por efectos del inciso 2º del artículo 1º de dicha Ley 63 de 1936, tan sólo quedó por fuera el impuesto sobre la masa global hereditaria "lo que recoja por gananciales el cónyuge sobreviviente".

"Ahora bien: por cuanto que en la partición que se estudia el partidor no hizo esa deducción, para efectos de liquidación y distribución de los bienes, al parecer dejó gravados los gananciales de la señora Irene Maya viuda de Irurita con ese gasto de Lazareto. Pero analizando pormenorizadamente los datos sobre el particular, se viene en conocimiento y convicción de que efectivamente el gravamen en mención no existe, o mejor, desaparece, y por ende es preciso concluír que las expresadas liquidación y distribución están ajustadas a la ley, si se tiene en cuenta lo siguiente: Por razón de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 63 de 1936, en concatenación con lo dispuesto en el parágrafo g) del artículo 19 del Decreto Nº 1020 de 1936, cuando el cónyuge sobreviviente del causante recoge herencia o porción conyugal, queda incluído en el grupo A de contribuyentes, como si se tratara de descendiente legítimo. Y esto fué lo que sucedió en la presente mortuoria, en la que al tiempo de practicarse la liquidación del impuesto sobre la masa global o acervo bruto de los bienes relictos, la señora viuda del de cujus no había demostrado interés alguno para intervenir en el juicio en su calidad de cónyuge sobreviviente. Pues esto apenas tuvo lugar en auto Nº 512 de 25 de octubre de 1950, visible a folio 146 vuelto del cuaderno principal, con la observación de que a falta de manifestación al respecto, allí no se dijo si optaba por gananciales o por porción conyugal.

En virtud, pues, que a folios 26 y 103 del mismo cuaderno, o sea en las liquidaciones del impuesto por la Sindicatura de Sucesiones, consta que la expresada señora Irene Maya v. de Irurita no se había hecho representar a la sazón en el juicio en su carácter de cónyuge sobreviviente, simplemente se le hizo figurar como heredera. Y en tales condiciones, lo obvio y legal era que quedara como contribuyente al impuesto de Lazareto, y este impuesto se pagó, según recibo de folios 127, cuando aún no había intervenido en la sucesión dicha señora viuda de Irurita. A lo que se agrega que esta señora murió, según la correspondiente partida de defunción que obra a folio 160, y por lo tanto ya desde esa fecha dicha cónyuge no susbsiste jurídicamente sino representada por sus subrogatarios en los derechos que le correspondían en la presente mortuoria".

"De otra parte, los otros gastos de la sucesión, como las costas, anexas a la apertura de la sucesión e impuestos fiscales que gravan toda la masa partible y los honorarios del partidor, no sólo son permitidos por los artículos 1016 y 2141 del C. Civil, sino que son gastos hechos en beneficio común de todos los interesados. Por lo cual, cualquiera objeción contra la deducción que se haga de ellos del acervo bruto inventariado, no puede prosperar, máxime que no se trata de los gastos de última enfermedad o entierro del causante, ni de honorarios de abogado, pues éstos se estima que han sido hechos del peculio particular de los interesados copartícipes o de quien los representa legalmente, y por eso el partidor se abstuvo de incluirlos en la cuenta respectiva".

"Además, estando verificada correctamente la hijuela de gastos, no se ve inconveniente en que ella se le adjudique al señor Luis M. Cadena A., quien aparece haciendo la mayor parte de los gastos y también es interesado no sólo como subrogatario en la mayor parte de los gananciales de la cónyuge sobreviviente, sino de todos los derechos acrecidos de los herederos Irurita-Co-

lazos. Y tampoco se ve inconveniente en que esta hijuela se le adjudique al expresado señor Cadena, conjuntamente con la de los herederos a quienes subroga y con la de la parte de gananciales que le corresponde. La objeción que queda estudiada, no tiene, pues, ningún respaldo legal ni cabida, en el presente caso y por lo mismo debe rechazarse, declarándola no probada".

En cuanto a la objeción cuarta, el Tribunal hizo las siguientes observaciones:

"Por medio de la escritura pública Nº 11, de 4 de enero de 1945, de la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, la señora Irene Maya v. de Irurita, cónyuge supérstite, vendió al Sr. Luis María Cadena cincuenta plazas de tierra de las 128 que formaban el fundo denominado "La Guaira", predio éste perteneciente a la sociedad conyugal. El señor Cadena, como comprador, se hizo declarar subrogatario dentro del juicio, de los derechos herenciales que a su vendedora le correspondían en las 50 plazas de tierra por él adquiridos. Ahora bien: como a la nombrada señora Maya v. de Irurita, a título de gananciales le correspondía la mitad del predio de 128 plazas a que antes se hizo mención, es claro que la dicha señora alcanzaba a amparar con ese título las cincuenta plazas que como cuerpo cierto le vendió al señor Cadena, y no se ve entonces la razón, estando dicho señor subrogado en esos derechos, para que no se le pudiera adjudicar, como lo hizo el partidor, las dichas 50 plazas de tierra compradas por él a la señora Maya v. de Irurita".

Y en lo relativo a la objeción quinta, el Tribunal reprodujo estas razones del Juzgado:

"El partidor doctor Alfredo Muñoz Acosta, procediendo con criterio acertado, resolvió verificar la partición ad-valorem y luego asesorarse del Ingeniero Dr. Gerardo Cadena U. para dividir proporcionalmente el lote denominado "La Tupia" o "La Guaira", y adjudicarlo a los interesados, al tenor de las reglas 3ª 4ª y 5ª del artículo 1394 del Código Civil, en lo pertinente".

"Es bien sabido que la partición de una herencia no es un simple acto de liquidación, pues que ella contiene dos elementos esenciales, a saber: la liquidación, y la distribución de los efectos partibles, que es precisamente lo preceptuado clara y terminantemente por el citado artículo 1394 del C .Civil, especialmente si no se echa en olvido que el fin esencial de la partición es el de poner término a la indivisión".

"Estaría bien que llegara a sentarse como doctrina, la tesis de que siempre que se trate de una partición ad valorem conjuntamente con la material, con especialidad en aquellos inmuebles que fueren de fácil y cómoda divisibilidad, el agrimensor o ingeniero que asesore al abogado partidor fuera designado o al menos aceptado previamente por el Juzgado del conocimiento, entre otros detalles para cerciorarse el juez anteladamente de la aptitud legal de la persona que mediante la mensura y clasificación de terrenos venga a elaborar el plano respectivo, objeto igualmente de la postrera protocolización. Pero a falta de esa doctrina jurisprudencial y a falta de disposición legal en contrario, pues antes bien, se repite, es aplicable la permisión de que trata el prenombrado artículo 1394 del C. Civil en concordancia con el 1374 ibidem, hay que convenir de buen grado en que el partidor numérico puede en el segundo acto de la partición, hacer las adjudicaciones de lotes determinados o ciertos, con lo cual de otra parte se evitan ulteriores juicios de división material".

"Así las cosas, no hay propiamente conversión de derechos a plazas o fanegadas, ni viceversa, pues aquéllos no sufren ninguna mutación o cambio, sino que, especificadas las cuotas o monto de esos derechos, éstos se radican o aplican, sin conversiones de ninguna especie, sobre lotes de terreno pertenecientes a la sucesión y a los gananciales, segregados naturalmente y en proporción a esas cuotas o derechos, de la finca de mayor extensión. Finca cuyo precio debe entenderse total y parcialmente uniforme, o sea a razón de trecientos cincuenta pesos cada plaza, desde luego que así fue justipreciada en la diligencia de inventarios, visible a folios 71 y 72 del Cuaderno Nº 1. Luego, en sana lógica hay que concluír que no es cierto que se haya adjudicado lo bueno y valioso de la herencia a un solo interesado, con perjuicio de los otros copartícipes, y que por efectos del avalúo pericial de 'La Tupia', este globo general de tierra tiene una misma calidad en toda su extensión".

"Y como además, el partidor no olvidó lo relativo a servidumbre y cercas, etc., síguese que se han cumplido las exigencias de la ley para esta clase de trabajos. Empero, si la casa de Pradera no se dividió materialmente, se debe a la naturaleza misma del inmueble, que no admite cómoda división y está bien que se le haya adjudicado proindiviso a las dos hermanas señoras Soledad e Ismenia Irurita Maya, por tratarse de personas que más necesitan de reposo hogareño que de trajín en los campos, o al menos les sirve para una pequeña renta común. De modo que por estos otros aspectos también están puestas en razón

las consideraciones que hace el partidor en el Capítulo Sexto de su dilatado trabajo. (Fls. 185 y 186 del Cuad. Nº 1.)".

III—Demanda de casación

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior de Cali por infracción directa de la ley sustantiva.

Formula el recurrente tres cargos que resume así:

"A)—Ser dicha sentencia violatoria de los artículos 1398, 1830, 1393, 1343, y 1390 del Código Civil.

"B)—Ser igualmente violatoria de los artículos 18 y 23 de la ley 45 de 1936 como del inc. 2º del 1236 del C. C.

"C)—Finalmente ser violatoria de los artículos 1377, 1967, 1401, 1287, 1296, 752, 757 del C. C."

El recurrente recapitula los razonamientos en que funda los cargos, de esta manera:

"La primera categoría de violaciones (A) tiene su fuente en la aprobación que la sentencia hizo de la hijuela de gastos del juicio y que ascendió a $ 6.419,69 y en la arbitraria adjudicación al señor Cadena de una porción de tierra para pagarle la citada hijuela.

"a) El partidor ha debido hacer en primer término la separación de patrimonios de que habla el art. 1398 del código civil; máxime cuando reconoce que los bienes inventariados hacían parte de la sociedad conyugal que el causante tuvo con la cónyuge sobreviviente; mas en vez de hacer tal separación para precisar qué bienes obedecían al concepto de gananciales y cuáles eran herenciales, procede a deducir del activo bruto la suma de $ 6.419,69. Esta suma abarca partidas heterogéneas y entre otras se encuentran la de los impuestos de los asignatarios, la de impuestos de la masa global hereditaria, la de gastos de la partición. En tal forma los "gananciales" resultan gravados con los citados impuestos y a la cónyuge sobreviviente se la obliga a contribuir al pago de deudas estrictamente personales de los asignatarios como son los impuestos de las asignaciones hereditarias.

"No se aplicó correctamente el 1398 del c. c. y se violó el 1830 del mismo c. c., pues, se formó una masa de gananciales inferior a la que resulta de aplicar rectamente dichos dos textos legales.

"b) En ninguna parte autoriza el c. c. a los partidores para formar hijuelas de gastos de los juicios de sucesión. Las únicas hijuelas autorizadas son las de "deudas hereditarias" y las bajas generales de que habla el 1016.

"Las hijuelas de deudas a que se refiere el 1393 en armonía con el 1343 no comprenden ni puede comprender deudas particulares de los herederos, pues, la partición persigue esencialmente el trocar las asignaciones universales en cuerpos ciertos y que los acreedores del causante sean satisfechos; mas la partición de una masa hereditaria no persigue la satisfacción de las deudas particulares de los asignatarios.

"Al incluirse en la citada hijuela los impuestos de los asignatarios se violaron los artículos 1393, 1343 y 1016 del C. C.

"Al incluirse los gastos de la partición se violó el 1390, pues ésta es deuda de los interesados y no deuda hereditaria; ni es baja general de la sucesión al tenor del 1016.

"c) Sin consentimiento de los interesados un partidor no puede hacer tradición (o dación en pago) de los bienes hereditarios; menos tradición de un inmueble. La única función del partidor es la de señalar bienes suficientes para el pago y hasta solicitar el remate de un bien. Por lo demás el adjudicatario no es tercero sino uno de los interesados que compró tres cuotas hereditarias de tres hijos. En esta forma se violó nuevamente el 1393 y 1343.

"La 2ª categoría de violaciones (B) o sea la de los arts. 18 y 23 de la ley 45 de 1936 en armonía con la 2ª parte del 1236 del c. c. tiene su fuente en que el partidor no incluyó entre los asignatarios a la cónyuge sobreviviente la que tiene derecho a una legítima rigurosa.

"El 18 de la ley 45 de 1936 menciona entre los asignatarios al viudo o viuda. El partidor reconoce que en el sucesorio de Julio Irurita existe viuda; varias veces hace memoria de ella; mas en la distribución de los efectos hereditarios la olvida.

"El viudo o viuda tiene derecho a legítima rigurosa en las sucesiones intestadas cuando se encuentra dentro del primer orden hereditario; tal legítima no está sujeta a variaciones según tenga o no bienes propios en la misma forma que no hay variaciones en los demás órdenes hereditarios.

"La 3ª categoría de violaciones (C) tiene su origen en que la sentencia del 20 de noviembre de 1952 del Tribunal de Cali rechazó la objeción 4ª, y consiste en que el partidor desconoció la cesión de gananciales y derechos herenciales que la cónyuge sobreviviente hizo a los esposos Muñoz Irurita, en nombre de los cuales se formula

la presente demanda. Desconoció tal cesión, no obstante encontrarse reconocidos judicialmente como tales con fundamento en la escritura 190 de 5 de septiembre de 1950.

"En cambio, reconoció como cesionarios de derechos herenciales y de gananciales a quienes eran compradores de cuerpos ciertos".

IV—Examen de los cargos

La Sala procede a examinar los cargos formulados en la demanda, contra la sentencia aprobatoria de la partición. Se hace este examen por orden lógico, en tres capítulos distintos.

1º—Cesión de gananciales y derechos herenciales

El recurrente estima que al rechazarse por el Tribunal las objeciones cuarta y quinta al acto de partición, se violaron las disposiciones sustantivas que cita en la demanda, porque se aceptó que tienen eficacia jurídica las ventas contenidas en las escrituras números 11 de 4 de enero de 1945 y 151 de 1º de febrero de 1945, por medio de las cuales la señora Irene Maya v. de Irurita vendió cuerpos ciertos a Luis M. Cadena A., y a Soledad e Ismenia Irurita, considerando tales ventas como cesión de derechos gananciales y porque en esta forma dejó sin valor ni efectos la venta contenida en la escritura Nº 190 de 5 de septiembre de 1950, por medio de la cual Irene Maya v. de Irurita transfirió a José Antonio Muñoz e Ismenia Irurita de Muñoz todos los derechos que le correspondían en la sociedad conyugal y en la sucesión de Julio Irurita.

Se resumen los razonamientos del recurrente:

a) Conforme a los artículos 1377 del C. C., en armonía con los artículos 1837 y siguientes del mismo Código, el cónyuge sobreviviente puede ceder los derechos gananciales y hereditarios en la sucesión del cónyuge premuerto. Al desconocerse la venta de gananciales y derechos hereditarios hecha por Irene Maya v. de Irurita a José Antonio Muñoz e Ismenia Irurita de Muñoz se infringieron dichas disposiciones;

b) Los artículos 1287, 1298 y 1301 del C. C. miran a la forma de aceptar una herencia que en lo pertinente se aplican a la aceptación de gananciales que constituyen una universalidad jurídica Al hacerse aquella venta de gananciales y derechos hereditarios Irene Maya v. de Irurita aceptó plenamente tales derechos cuya enajenación desconoció la sentencia recurrida, violando tales disposiciones

c) Según los artículos 752, 757 y 1967 del C. C., la venta que el cónyuge sobreviviente haga de un bien perteneciente a la sociedad conyugal ilíquida, o la venta que un heredero haga de un bien perteneciente a la herencia ilíquida, son ventas de cosa ajena, porque mientras la comunidad universal no se haya liquidado por medio del acto de partición, el comunero sólo puede enajenar su derecho a los gananciales o a la herencia. En la partición se desconocieron estas normas que el Tribunal violó al aprobar dicho acto, porque dió valor a las ventas de cuerpos ciertos hechas por Irene Maya v. de Irurita a favor de Luis María Cadena A. y Soledad e Ismenia Irurita, a quienes se reconoció como cesionarios de los derechos de la vendedora.

Se considera:

La doctrina de la Corte ha señalado en jurisprudencia constante el valor y efecto de las ventas del cónyuge sobreviviente o del heredero durante la indivisión de la comunidad universal, bien sea que se haga una venta de los derechos en abstracto, o bien sea que se haga una venta de cuerpo cierto perteneciente a la comunidad.

Ha dicho la Corte

"La compra de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir **se le reconozca su derecho**, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición" (Casación, noviembre 12 de 1935, XLIII, Nos. 1905 y 1906, pag. 189).

"La compra de derechos y acciones en una sucesión, como de los derechos sobre los gananciales, no da al adquirente ni le transfiere el dominio de los bienes **que específicamente se hayan vinculado a dicha compra**, sino la aptitud, la personería, como cesionario del vendedor, para hacer efectivos los derechos que a éste le puedan corresponder. Es en la partición donde quedan concretados esos derechos y por eso puede correr el comprador la contingencia de comprar cosa ajena si las especies a que se refirió en la venta no le son adjudicadas en la partición. El vendedor de esos derechos responde de su calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, pero no más, pues de otra manera una venta de derechos

referentes a determinados bienes, vincularía forzosamente al partidor, en la partición, en perjuicio muchas veces no sólo de los demás herederos, sino de los acreedores. Por eso es por lo que con un título de esa naturaleza no puede reivindicarse un inmueble determinado, por más que esté señalado en la venta de derechos y acciones y por eso es también por lo que el comprador de los mencionados derechos no es dueño en concreto de una cosa determinada, sino en virtud de la partición. Antes de ella, sólo **tiene en la comunidad herencial o en la sociedad disuelta un derecho,** pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado; y se repite que si en la partición no se le adjudica la cosa, la venta es válida y se produce el efecto previsto en el artículo 1871 del Código Civil; cuando la cosa señalada en la escritura de compra de derechos y acciones se le adjudica al comprador, opera entonces el artículo 779 ibidem" (Casación, marzo 22 de 1944, LVII, Nos. 2006 a 2009, pag. 119).

Por otra parte, la Corte al sostener "la eficacia legal de las ventas de derechos herenciales de un heredero, vinculadas a un cuerpo cierto de la mortuoria, ventas que el heredero no puede desconocer y que auncuando no transmiten el dominio del bien, sí le dan en cambio facultad plena "para intervenir en el juicio de sucesión, en lugar de los vendedores con el fin de que en la partición se le adjudique lo que a tales herederos corresponda en los inmuebles indicados", conforme lo reconoció esta misma Sala en casación de fecha 30 de octubre de 1926, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XXXIII, página 267, 2ª", agrega lo siguiente:

"Igualmente son eficaces y producen todos sus efectos obligatorios entre el heredero y el comprador, las enajenaciones de bienes de la herencia hechas por un heredero antes de la partición y aún antes también de que a su favor se dicte el decreto de posesión efectiva; sólo que esas ventas no vinculan a los demás herederos, para quienes el contrato es **res inter alios acta.** El heredero está sometido a todas las consecuencias que le puede acarrear ese acto de disposición prematura, como las de los artículos 1287, 1288, 1301, 1302, 1309, etc. del C. Civil. Será una venta de cosa ajena calificada así por el artículo 1401 de la misma obra, y en tal carácter expuesta a todas las contingencias de, esa clase de enajenaciones que no perjudican al verdadero dueño".

"Pero por lo mismo que la venta es válida entre el heredero y el comprador, el heredero no puede desconocer posteriormente la tradición y la consiguiente posesión que al comprador le haya dado del bien. No están en iguales circunstancias los demás herederos, por lo mismo que a ellos no se les puede oponer el acto. En cambio, al heredero vendedor sí es oponible, ya que como contratante no puede violar el contrato. Y en la misma situación del heredero está el adquirente o cesionario de sus derechos hereditarios, porque este cesionario ocupa el lugar del heredero con sus prerrogativas y obligaciones" (Casación, abril 9 de 1940, T. XLIX, Nos. 1955 y 1956, pag. 231).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y como un desarrollo lógico de su doctrina, han de aceptarse las siguientes conclusiones:

1) Un heredero puede vender sus derechos en la comunidad universal de la herencia, en una de tres formas: a) cediendo sus derechos indeterminados en la universalidad herencial, total o parcialmente; b) enajenando sus derechos herenciales vinculados a determinados bienes de la comunidad universal; c) enajenando determinado bien de la comunidad universal sin mencionar expresamente la cesión de sus derechos herenciales radicados en tal especie;

2) Se ha aceptado la validez de la venta en las formas a) y b) y se ha reconocido que el comprador en ambos casos tiene personería para pedir la partición e intervenir en ella, aplicando el artículo 1377 del C. C.;

3) Respecto de la venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, antes de que se haya registrado el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición, debe entenderse que la inscripción de la correspondiente escritura no transmite el dominio, (C. C., art. 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero dueño de la cosa enajenada no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto (C. C., art. 752, inc. 1º), y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad herencial se le reconozca el mismo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos herenciales en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1401, 1868, 1871, 1874 y 1875 del C. C.

4) Esta conclusión no quiere decir que se dé derecho preferencial al comprador de un cuerpo cierto perteneciente a la sucesión, para que se le concrete en la partición su derecho herencial precisamente en el bien enajenado. A este respecto dijo la Corte: "Las adquisiciones con contingencia de lo que le pueda corresponder al vendedor en una sucesión no pueden forzar la adjudicación del respectivo bien al heredero que antes de la partición lo ha enajenado. El texto del artículo 779 del C. C., y en especial el del artículo 1401 del mismo demuestran que, como corresponde a la contingencia mencionada, bien puede suceder que la partición ulterior no venga a coincidir con tales pactos, lo que coloca los casos en que tal sucede en el de venta de cosa ajena. De lo contrario, estaría a merced de cada cual obtener para sí o para la persona de su escogencia, el bien de la sucesión que se le ocurriera preferir, con sólo apresurarse a venderle o ceder sus derechos hereditarios indicando ese bien como objeto singular de sucesión". (Casación, mayo 25 de 1945, T. LIX Nos. 2019-2021, pág. 124).

5) Hay que reconocer que las ventas de derechos herenciales vinculados a determinado bien de la sucesión, lo mismo que las ventas de cuerpos ciertos del patrimonio herencial hechas por un heredero, son enajenaciones irregulares. Pero estos actos han sido previstos por el mismo legislador, sin sancionarlos de nulidad, en el artículo 1401 del C. C., según el cual "si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena"; en cambio, si la cosa enajenada se adjudica al coasignatario que la vendió, la venta es eficaz y la tradición es válida desde la fecha de ésta.

La Corte ha dicho: "El artículo 1871 del Código Civil da validez a la venta de cosa ajena, lo que impide el concepto de nulidad por este motivo, cuando lo hay; y no puede tacharse desde luego de venta de cosa ajena la que haga un heredero de un bien de la sucesión antes de la partición, porque tal situación no se produce, según los artículos 779 y 1401 del Código Civil, sino cuando la partición adjudica ese bien a interesados distintos del heredero vendedor" (Casación, mayo 31 de 1944, T. LVII, Nos. 2010-2014, página 363).

La Corte ha dicho que "el heredero que vende una cosa de su causante se despoja de sus derechos hereditarios sobre ella"; y si lo que vende es un inmueble, antes de haberse realizado la partición, pero posteriormente en ésta se le adjudica, se reputa haber hecho la tradición desde el registro de la venta, según lo preceptúa el artículo 1.875 del C. C. (Casación, julio 9 de 1940, T. XLIX, Nos. 1957-1958, pág. 597).

6) La jurisprudecnia chilena ha fallado que "si uno de los herederos vende o cede a un extraño los derechos que le corresponden en un determinado bien de la sucesión, tal venta, que se halla subordinada a la abjudicación que pueda o no hacerse al vendedor o cedente del expresado bien, no da derecho al comprador o cesionario para provocar la partición de la herencia o intervenir en ella" (V. Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", T. 17, Nº 2360, pag. 65). Pero la jurisprudencia colombiana, inspirada tal vez en la observación del comercio jurídico de nuestra propiedad inmueble en donde abundan esta clase de transacciones y fundada también en las normas sobre la equidad y la buena fe que deben presidir la ejecución de los contratos, ha consagrado una doctrina distinta, como se deja expuesto en los apartes anteriores del presente fallo.

7) Por último, debe afirmarse que si la venta hecha por un heredero, de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, es un acto válido que le impone determinadas obligaciones, no es aceptable que el heredero vendedor, o el cesionario de sus derechos herenciales indeterminados, por venta posterior, pueda intervenir en la partición para oponerse a los efectos naturales de tal contrato, a fin de que no se adjudique al comprador el bien que había enajenado. Podrán oponerse, como es obvio, los demás copartícipes y los acreedores de la sucesión, a quienes tal acto no vincula contractualmente, y en cuanto tal adjudicación perjudique sus derechos o viole las normas legales de la partición.

8) Las anteriores consideraciones deben aplicarse tanto al caso de venta de un bien de la sucesión como al caso de venta de un bien de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida por muerte de uno de los cónyuges. Ambos son casos de enajenaciones de un comunero respecto de un bien de la comunidad universal.

Aplicando esta doctrina al caso **sub judice**, la Sala observa:

Las ventas de la señora Irene Maya v. de Irurita sobre porciones en el inmueble "La Guaira", perteneciente a la sociedad conyugal ilíquida Irurita-Maya, a favor de Luis María Cadena A. y Soledad e Irene Irurita, no transfirieron ni podían transferir el dominio de los bienes enajenados. Pero sí daban derecho a los compradores para comparecer en el juicio respectivo para reclamar que sin perjuicio de los demás herederos, ni de los

acreedores del causante, se les adjudicara lo que a dicha señora pudiera corresponder en tales bienes. Esto fue lo que hizo el partidor y lo que el Tribunal resolvió al rechazar las objeciones formuladas por quienes aparecían como cesionarios de los derechos en abstracto de la misma Sra. Irene Maya v. de Irurita, por virtud de una compra posterior a la de aquéllos.

Las razones expuestas son suficientes para rechazar el cargo.

2ª—Gananciales y porción conyugal

El recurrente considera que al rechazarse la objeción sexta formulada al acto de partición, el Tribunal violó los artículos 18 y 23 de la Ley 45 de 1936 en armonía con el inciso 2º del 1.236 del C. C., por infracción directa. El partidor incurrió en grave error de derecho al distribuir el acervo hereditario entre los hijos legítimos exclusivamente con prescindencia del cónyuge sobreviviente, quien tenía derecho a una porción hereditaria equivalente a la legítima rigurosa de un hijo legítimo.

Las tesis del recurrente son las siguientes:

"Desde ahora es necesario tener en cuenta que la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente en las sucesiones intestadas y la "porción conyugal" en las sucesiones testamentarias suele no entenderse correctamente en la práctica judicial.

"El código civil distingue dos clases de sucesiones por causa de muerte: la legal o abintestato y que se aplica cuando el causante murió intestado (art. 1037 del C. C.); y la testamentaria o sea cuando el causante hace testamento.

"El causante tiene libertad de hacer testamento con la única condición de que respete "las asignaciones forzosas". Estas asignaciones sólo tienen cabida en la sucesión testamentaria. Lo dice así el 1226 del c. c. al precisar que asignaciones forzosas son "las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas". El mismo texto legal menciona como asignación forzosa la "porción conyugal".

"Sabido es cómo dentro de la sucesión testamentaria la "porción conyugal" está sujeta a sufrir variaciones según el viudo o viuda tengan bienes propios o haya de recibir algunos por concepto de gananciales (art. 234 del c. c.).

'En las sucesiones intestadas, en cambio, las asignaciones que hace directamente la ley no están sujetas a variaciones; representan una cuota fija. En estas sucesiones la ley llama directamente al cónyuge sobreviviente a heredar en las mismas condiciones que es llamado un hijo, un padre, un hermano; es decir, recibe bienes sin tener en cuenta si es rico o pobre, si recibe gananciales o nó.

"III. El viudo o viuda en las sucesiones legales es llamado a recibir como cuota hereditaria (que en relación con el primer orden hereditario es denominada "porción conyugal"): a) En el primer orden hereditario la "legítima rigorosa" de un hijo legítimo (artículo 18 de la ley 45 de 1936 e inciso 2º del 1.236 del C. C.); b) En el segundo orden hereditario una cuarta parte de los bienes o la mitad según concurra o no con hijos naturales (artículo 19 de la ley 45 de 1936); c) En el tercer orden hereditario la mitad de los bienes art. 20 de la ley 45 de 1936; d) En el cuarto orden hereditario la mitad de los bienes herenciales o todos ellos según haya o no hermanos legítimos (art. 21 de la ley 45 de 1936).

"Sujeta el legislador a variaciones las cuotas hereditarias del viudo o viuda en las sucesiones legales, en forma que tengamos que decir que dentro del segundo orden hereditario la cuarta o la mitad se disminuyen según tenga el viudo o viuda bienes propios o haya de recibir gananciales? Sujeta la ley a variaciones la mitad de los bienes que recibe en el tercer orden hereditario cuando concurre con hijos naturales, en forma que los hijos naturales pudieren recibir toda la herencia si el cónyuge sobreviviente tiene bienes que valgan la mitad o más de la mitad? Y en el 4º orden hereditario podrán los hermanos legítimos impedir que el viudo o viuda reciba la mitad si tiene bienes propios?

"Si dichas cuotas hereditarias en las sucesiones legales son fijas, también lo tienen que ser dentro del primer orden hereditario, es decir, que el viudo o viuda recibirá siempre una "legítima rigorosa".

"En resumen: la denominada "porción conyugal" está sujeta a variaciones conforme al 1234 del c. c. cuando tiene la calidad de asignación forzosa y dicha calidad sólo la puede tener dentro de las sucesiones testamentarias.

"IV.—Tratándose, pues, de una sucesión intestada la del señor Julio Irurita, el partidor ha debido distribuir el caudal hereditario entre los asignatarios del primer orden hereditario o sea entre los seis hijos legítimos y la viuda señora Irene Maya.

"El 18 de la ley 45 de 1936 indica como cuota hereditaria para el viudo o viuda la "porción con-

yugal"; y ésta no es otra sino la indicada en el inc. 2º del 1236 en armonía con el 23 de la misma ley 45.

"Grave error, verdadero error de derecho cometió el partidor al no atribuir su legítima rigorosa a la viuda señora Irene Maya v. de Irurita.

"V.—La tesis acabada de exponer se confirma plenamente a la luz de los propios trabajos preparatorios de los textos legales que gobiernan lo relativo a la porción conyugal. Veamos sintéticamente tales trabajos susceptibles de indicarnos la auténtica ratio legis o pensamiento del legislador.

"En el primer proyecto del libro de sucesiones (Bello, Obras Completas, t. 3º, o 1º del Pr. de C. C., ed. U. de Chile, 1932, p. 31 s.) al establecerse los órdenes hereditarios de la sucesión intestada, no se daba ninguna cuota hereditaria al viudo o viuda. Así, el primero orden hereditario era para los hijos legítimos únicamente (art. 11), el segundo para los ascendientes (art. 13), el tercero para los hermanos legítimos (art. 14). Más adelante los artículos 31 a 39 reglamentan la porción conyugal en las sucesiones testamentarias tualmente: "Los artículos relativos a la porción conyugal se extienden a la sucesión intestada".

"Esto enseña que en el primer proyecto la porción conyugal tenía cabida tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada; en ambas sucesiones estaba sujeta a variaciones según el viudo o viuda tuviera bienes o careciera de ellos. "Pero es un hecho cierto que el pensamiento original sobre porción conyugal varió en los proyectos posteriores hasta llegar al 4º (publ. en el t. 5º de las O. Comp. de Bello o 3º del Pr. de c. c.). El 1149 de este proyecto organiza los órdenes de la sucesión intestada dando al viudo o viuda en todos ellos una cuota hereditaria fija; una cuota invariable independientemente del hecho de que el mencionado viudo o viuda carezca o nó de lo necesario para vivir (cons., los arts. 1149, 1151, 1152 etc.). Y entre otros el citado 1149 atribuye al viudo o viuda como cuota hereditaria la legítima rigorosa de un hijo legítimo.

"Una de las características de la "legítima rigorosa" es la de no ser susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno, según reza el 1250 del c. c. Luego si nosotros interpretamos el 18 de la ley 45 de 1936 en el sentido de que la legítima rigorosa del viudo o viuda sólo tiene cabida caundo el viudo o viuda carece de lo necesario para vivir resulta: a) Que las cuotas hereditarias en las sucesicnes intestadas pueden estar sujetas a variaciones; por lo menos la del viudo o viuda en el primer orden hereditario de la sucesión legal estaría sujeta a disminuir y desaparecer; no así en los demás órdenes hereditarios; b) Estaría sujeta a una suerte de condición o gravamen, la de que el viudo carezca de bienes suficientes.

"Estas dos cosecuencias son intolerables. Y una de las mejores maneras de interpretar la ley consiste en demostrar las consecuencias ilógicas que se siguen de adoptar una determinada tesis.

"Agréguese a lo dicho que en el último proyecto del libro sobre sucecciones por cuasa de muerte desapareció la regla que traía el primero o sea que las reglas de la porción conyugal se aplicaban en la sucesión intestada. Por qué? Por la sencilla razón de que en la sucesión legítima o intestada del último proyecto se llama al viudo o viuda a heredar bienes del causante en concepto de cuota invariable. La porción conyugal con calidad de "asignación forzosa" sujeta a variaciones se limitó únicamente a las sucesiones testamentarias. Bien: los textos del último proyecto son los mismos vigentes en el actual código civil de Chile y de Colombia.

"VI.—Bien notorio es, pues, el error de derecho cometido por el partidor al no dar exacta aplicación al art. 18 de la ley 45 de 1.936 en armonía con el 23 de la misma ley y el inc. 2º del 1236 del c. c. ; error que implica violación por infracción directa, pues debiendo aplicarlos a un hecho debidamente comprobado —el de que la señora Irene Maya es cónyuge sobreviviente— no los aplicó (como claramente lo dejó establecido la Corte en su sent. del 15 de nov. de 1945. LIX, p. 755: se quebranta la ley por vía directa cuando "se deja de aplicar al hecho previsto y probado en el pleito").

"Por este motivo pido se case la sentencia del 20 de nóviembre de 1952 del Tribunal Superior de Cali y se ordene que el partidor rehaga su trabajo formando a la señora Irene Maya (sus sucesores) su cuota hereditaria según lo prescriben el 18 y 23 de la ley 45 de 1936 en armonía con el inc. 2º del 1236 del c. c.".

Se considera:

La porción conyugal es **asignación forzosa**. A ella está obligado el testador en la disposición de sus bienes, y cuando no la hace, se impone forzosamente aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (C. C., art. 1.226). El cónyuge sobreviviente tiene acción de reforma del testamento para la integración de su porción conyugal (C. C., art. 1.278).

La porción conyugal es una prestación **sui generis** de carácter alimentario e indemnizatorio, establecida por la ley en favor del viudo o viuda que carece de lo necesario para atender a su congrua subsistencia y que grava la sucesión del cónyuge premuerto (C. C., artículos 1016, num. 5º— y 1230).

La institución jurídica de la porción conyugal, concebida por don Andrés Bello y consagrada en el código chileno, es considerada como una consecuencia del contrato matrimonial que impone el deber de auxilio mutuo entre los cónyuges (C. C., artículos 113 y 176). El legislador se preocupó por la suerte material de los cónyuges no sólo durante la vida de éstos sino cuando por la muerte de uno de ellos, disuelta la sociedad conyugal, se hace más precaria la condición del sobreviviente, pudiendo carecer de los medios económicos suficientes para conservar la situación de que había disfrutado. El legislador, previendo este evento y considerando los principios fundamentales de la institución matrimonial, quiso prolongar los efectos tutelares de ella más allá de la vida de los contrayentes. Por esto, reconoció al cónyuge sobreviviente el derecho a percibir una parte del patrimonio del cónyuge finado para asegurar adecuadamente en lo posible la subsistencia y bienestar de aquél.

La porción conyugal tiene su operancia en las sucesiones testamentarias para imponer el cumplimiento de esta asignación restrictiva de la libertad de testar. Pero los fines de la institución se cumplen también en las sucesiones **ab intestato** en que la ley suple la voluntad del testador, ya que en todos los órdenes hereditarios el cónyuge supérstite es asignatario legal en una cuota no inferior a la porción conyugal.

En rigor de verdad lo que el cónyuge sobreviviente recibe por porción conyugal no es a título de heredero. Su condición jurídica es diversa a la de éste. La porción no es asignación hereditaria, sino una especie de crédito a cargo de la sucesión, la cual se deduce como baja general del acervo bruto herencial en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos (C. C., art. 1016, ord. 5º).

La porción conyugal es sólo para el cónyuge que carece de lo necesario para atender a su congrua subsistencia (C. C., art. 1230). Pero el cónyuge que tiene bienes suficientes para su congrua susbsistencia, pero de menor valor que la porción, tiene derecho al complemento (C. C., artículo 1234), o a la misma porción íntegra, si abandona sus bienes propios (C. C., art. 1235). A la porción conyugal se imputa todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir por cualquier otro título en la sucesión del finado, incluída su mitad de gananciales (C. C., art. 1234, inc. 2º). Y el cónyuge sobreviviente tiene opción para retener lo que posea o se le deba, renunciando a la porción conyugal, o para pedir esta asignación, abandonando sus otros bienes o derechos (C. C., art. 1235).

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del **de cujus**, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos (C. C., art. 1236). Los descendientes legítimos excluyen a todo otro heredero, menos a los hijos naturales que concurren con ellos (Ley 45 de 1936, art. 18). En este evento, el cónyuge sobreviviente carece de derecho hereditario, pero goza de porción conyugal. Para medirla, el cónyuge sobreviviente es contado entre los hijos y su cuantía es igual a la legítima rigorosa de un legítimo.

Existiendo hijos legítimos, la porción conyugal es equivalente a la legítima rigorosa de uno de éstos, de tal suerte que el testador no puede mermarla o menoscabarla, pero sí puede acrecentarla con la cuarta parte de libre disposición (Ley 45 de 1936, art. 23).

Como se deja expuesto, en las sucesiones intestadas el cónyuge sobreviviente no es heredero en concurrencia con los descendientes legítimos. Tiene sólo derecho a recibir entonces su porción conyugal que equivale a la legítima rigorosa de un hijo legítimo. Sin que esto quiera decir, como lo sostiene el recurrente, que el cónyuge sobreviviente en tal caso tenga la condición de heredero como el hijo legítimo, y que no haya lugar a aplicar la norma del artículo 1234 del C. C.

El cónyuge sobreviviente siempre es heredero en los demás órdenes hereditarios que rigen las sucesiones intestadas, y lo es en una cuota que a veces coincide con la cuantía de la porción conyugal y en otras la supera.

En la partición de bienes aprobada por la sentencia recurrida, el partidor no asignó porción conyugal a la viuda Irene Maya de Irurita, porque habiendo recibido en razón de gananciales, bienes por valor mayor del equivalente a su porción y no habiendo denunciado a ellos, carecía de tal derecho, según la norma del artículo 1234 del C. C.

En consecuencia, no aparecen infringidas las disposiciones citadas por el recurente y el cargo debe rechazarse.

3º Hijuela para gastos del juicio

El recurrente enjuicia la sentencia en lo tocante a la hijuela de gastos hecha por el parti-

dor. Al haber desatendido el Tribunal la correspondiente objeción, —afirma— se violaron por infracción directa los artículos 1398, 1830, 1016, 1393, 1343 y 1390 del C. C.

En síntesis, sostiene el recurrente:

a) que el partidor en cumplimiento de los artículos 1398 y 1830 del C. C., ha debido dividir, por mitad, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, el activo inventariado de $ 50.119.69, formado totalmente por bienes de la sociedad conyugal. Pero en lugar de hacerlo, así, incluyó indebidamente como baja general del haber social la suma de $ 6.419.69 por gastos del juicio;

b) que el partidor dedujo del haber de la sociedad conyugal gastos que al tenor del artículo 1016 del C. C. sólo pueden deducirsse del acervo hereditario, tales como las costas anexas a la apertura de la sucesión y los impuestos fiscales;

c) que el artículo 1393 del C. C. autoriza al partidor para formar hijuela suficiente para cubrir deudas conocidas a cargo de la sucesión, pero no para destinar bienes para el pago de deudas de los asignatarios, como son los impuestos de asignaciones;

d) que la partida para gastos de la partición, tampoco es baja del haber herencial, pues ellos son de cuenta de los "interesados", según el artículo 1390 del C. C. ya que ni representan deuda hereditaria, ni una de las bajas generales de que habla el artículo 1016 del mismo código.

e) que el partidor al adjudicar la hijuela de gastos al señor Luis M. Cadena A. se apartó de los artículos 1393 y 1343 del C. C. que sólo lo facultan para señalar un lote de bienes suficientes para el pago de deudas conocidas. Pero en ningún caso lo facultan para adjudicar bienes de la sucesión —menos aún inmuebles— en pago de deudas hereditarias a los acreedores. Esto sólo puede hacerse a título de dación en pago por convención entre los herederos y los acreedores hereditarios.

Se considera:

Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, debe procederse a su liquidación, mediante la práctica de inventario y avalúo de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, conforme al mismo procedimiento indicado para la sucesión por causa de muerte (C. C., artículos 1820 y 1821; C. J., artículos 935). En esta forma la liquidación de la sociedad conyugal se practica conjuntamente con la de la herencia del cónyuge premuerto, dentro del mismo juicio sucesorio. De suerte que el respectivo juicio viene a terminar con la partición de los bienes sociales y hereditarios. Según el artículo 1832 del C. C., en toda caso la división de los bienes sociales se sujeta a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

De acuerdo con lo anterior, en un caso como el presente, deben aplicarse en lo pertinente las reglas del artículo 1016 —num. 1º— y 1390 del C. C. en cuanto a los gastos comunes del juicio sucesorio al través del cual se liquidan y dividen las dos comunidades, o sea, la sociedad conyugal disuelta y la herencia, y en consecuencia tales gastos deben distribuirse a prorrata del valor de los respectivos caudales social y hereditario. Esta doctrina fluye de la aplicación de las disposiciones citadas y de los propios principios de equidad, porque los gastos comunes de la liquidación y división de ambas comunidades aprovechan tanto al cónyuge sobreviviente como a los herederos del finado.

Según el tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez, deben deducirse del acervo bruto de la sociedad conyugal "los gastos comunes a la liquidación: gastos de inventario y tasación, honorarios del partidor y del actuario, avisos de remate, etc. (art. 1333). Si la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de la herencia del cónyuge difunto se hacen conjuntamente, estos gastos se repartirán entre el haber social y la herencia en proporción a sus respectivos montos". Y comenta el mismo autor: "Se ha fallado, sin embargo, que estos gastos no deben deducirse del acervo para determinar los gananciales que corresponden a cada cónyuge, sino que deben distribuirse entre los interesados, imputándolos a sus respectivas hijuelas: Gaceta, año 1888, set. 48, pag. 28; en definitiva, el resultado es el mismo" (Arturo Alessandri Rodríguez, "Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados a la Mujer Casada", Nº 929, pag. 565).

En el caso sub judice se observa que el partidor dedujo exclusivamente del haber social los gastos correspondientes al juicio sucesorio y a la partición con que ésta debía terminar. Mas como el haber herencial está constituído solamente por la mitad de gananciales correspondiente al cónyuge premuerto, tal deducción no se desvía de la doctrina anteriormente expuesta, pues los gastos comunes se distribuirían por mitad a cargo de los dos haberes.

Pero el partidor anduvo desacertado, y en esto asiste razón al recurrente, cuando incluyó dentro de la partida de gastos comunes la suma pagada por el señor Luis María Cadena A. para cancelar los impuestos sobre masa global hereditaria y asignaciones. Tal suma no tenía por qué

afectar los gananciales del cónyuge sobreviviente, los cuales no están sujetos a los referidos gravámenes (Ley 63 de 1936, artículo 1º, inc. 2º).

La suma de $ 3.971.79 pagada por el señor Luis María Cadena A. por razón de tales impuestos ha debido distribuirse de la siguiente manera: lo correspondiente al impuesto sobre masa global hereditaria, deduciéndola del acervo herencial, pues tal baja se halla expresamente contemplada en el numeral 3º del artículo 1016 del C. C., y lo correspondiente al impuesto sobre las asignaciones, que es deuda personal de cada asignatario, debió deducirse particularmente del valor de las respectivas hijuelas, según el inci. 2º del artículo 1017 del C. C.

Debe advertirse que aunque este último impuesto recae individualmente sobre los respectivos asignatarios, conforme al artículo 24 de la Ley 63 de 1936, respecto de su pago se establece solidaridad de la herencia con los asignatarios, y de los herederos entre sí. De tal suerte que si uno de éstos paga el impuesto de todos, debe considerarse subrogado en las correspondientes acciones para exigirles el reembolso de la parte que no gravaba directamente al subrogatario (C. C., art. 1579).

El partidor está autorizado no solamente para formar hijuela destinada al pago de las deudas a cargo de la masa social o hereditaria. Puede hacerlo también para atender a los gastos del juicio. Aunque no existe texto expreso en la ley que autorice al partidor en tal sentido, la jurisprudencia ha establecido acertadamente que por analogía debe aplicarse en las particiones herenciales la disposición del artículo 1142 del C. J. sobre juicios divisorios (Casación, julio 11 de 1940, XLIX, Nos. 1957-1958, pag. 604).

Según esto, si los copartícipes no han sufragado los gastos comunes del juicio sucesorio, el partidor debe hacer un lote en especie o en dinero para que ellos se cubran, o sacarse a remate la parte de bienes necesaria. Y si uno de los copartícipes ha hecho los gastos que corresponden a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes relictos o del producto de la venta.

La venta en pública subasta de los bienes asignados en la hijuela de gastos será de forzoso cumplimiento cuando se trate de bienes raíces y hubiere entre los copartícipes personas incapaces.

La doctrina así expuesta evita que las divisiones de comunidades universales se entorpezcan porque los interesados no quieran hacer los gastos comunes que les corresponden, razón que movió al legislador para consagrar la norma del artículo 1141 del C. J., aplicable a toda clase de particiones.

Por lo expuesto se concluye que parcialmente prosperan los cargos examinados por este último capítulo. Y en consecuencia, la sentencia aprobatoria de la partición deberá ser casada, a fin de que el partidor rehaga su trabajo mediante las rectificaciones que surgen de la parte motiva del presente fallo.

V—Resolución:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, objeto del presente recurso, y en su reemplazo se falla:

1º—Revócase la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito de Palmira el 26 de junio de 1952;

2º—Impruébase la partición practicada por el doctor Alfredo Muñoz Acosta que deberá rehacerse de acuerdo con las observaciones consignadas en el presente fallo;

3º—Entréguese el expediente al partidor para tal efecto, a fin de que presente la partición rehecha en el plazo de treinta días.

Sin costas.

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

Darío Echandía. —Manuel Barrera Parra.— José. J. Gómez, con salvamento de voto.—**José Hernández Arbeláez. —Ernesto Melendro Lugo,**
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE J. GOMEZ R.

Me he permitido separarme de mis distinguidos y respetados colegas, al votar la sentencia que desató el recurso promovido contra el fallo de 13 de noviembre de 1952, del Tribunal Superior de Cali y por medio del cual fue aprobada la partición verificada en el juicio mortuorio del señor Julio Irurita.

He votado afirmativamente el fallo, salvo en lo relativo a las objeciones cuarta y quinta formulada a la cuenta de partición, en cuanto se adjudica a Luis María Cadena A. y Soledad e Irene Irurita, directamente, los fundos vendidos a éstos, como cuerpos ciertos, por la señora Irene Maya de Irurita, antes de liquidar la sociedad conyugal y la mortuoria del señor Irurita. Brevemente expondré las razones que creo existen para sostener la ilegalidad del procedimiento empleado en la partición, y por consiguiente, la infirmación del fallo en dicho punto.

La sentencia aprobada resume así su tesis, aplicada al caso:

"Las ventas de la señora Irene Maya v. de Irurita sobre porciones en el inmueble "La Guaira", perteneciente a la sociedad conyugal ilíquida Irurita-Maya, a favor de Luis María Cadena A. y Soledad e Irene Irurita, no transfirieron ni podían transferir el domino de los bienes enajenados. Pero sí daban derecho a los compradores para comparecer en el juicio respectivo para reclamar que sin perjuicio de los demás herederos, ni de los acreedores del causante, se les adjudicara lo que a dicha señora pudiera corresponder en tales bienes. Esto fue lo que hizo el partidor y lo que el Tribunal resolvió al rechazar las objeciones formuladas por quienes aparecían como cesionarios de los derechos en abstracto de la misma señora Irene Maya viuda de Irurita, por virtud de una compra posterior a la de aquéllos".

La cuestión planteada es la siguiente:

Tiene el comprador de un cuerpo cierto que pertenece a la comunidad herencial, derecho para pedir la partición e intervenir en ella?

I

La Corte, aplicando la norma del artículo 1377 del C. C., que prevé la enajenación del derecho de herencia, a cualquier título; el 1967, que la contempla a título oneroso; y el 1868 que admite la venta de la cuota en cada comunidad, ha admitido invariablemente al cesionario de un derecho hereditario a pedir la partición e intervenir en ella. El cesionario lo es de un derecho universal, y sea que lo reciba en su totalidad o en parte, es un sucesor de esa clase, con derecho en la universalidad, que es ente indeterminado e ilíquido, compuesto como en vida del causante, de elementos activos, ineludible y necesariamente afectados por el pasivo. De esta suerte, el cesionario ocupa el lugar del heredero, en el total o en la parte de la cuota transferida, y en general con las prerrogativas y los gravámenes del heredero. Es, pues, elemental que tenga, por tanto, facultad para pedir la partición de la universalidad y para participar en ella, a fin de que se le atribuyan bienes para cubrir su cuota.

Se trata, de consiguiente, del traspaso de un derecho que recae sobre la universalidad toda y no sobre bien alguno determinado; sobre el haz de valores y de cargas, de derechos reales y personales y de obligaciones pasivas pendientes; sobre una entidad jurídica patrimonial, así pueda suceder que llegue a no tener entidad económica al liquidarse, porque el pasivo absorba el activo.

Siendo una parte alicuota de la herencia, no es una porción material o corporal de ésta, ni de bien alguno. En consecuencia, no tiene el sucesor a título universal, derecho concreto sobre los bienes que componen la comunidad, porque para tenerlo tendría que ser propietario, y apenas es comunero en universalidad, de cuya liquidación habrá de resultar que queden o no bienes para partir, y de cuya partición habrá de depender que al heredero o a los herederos correspondan estos o aquellos bienes muebles o inmuebles. Si tales el derecho del heredero ,correcto y normal es que disponga de lo que le pertenece, es decir, del derecho mismo en el ente universal,

sin tratar de hacerlo recaer sobre un bien determinado, porque no incide en nada concreto o material, sino sobre todo, universalmente; ya que, por lo demás, únicamente se sabrá en cuál o cuáles bienes va a quedar convertido, cuando se distribuya el acervo líquido sucesoral.

II

La doctrina de la Corte ha venido haciendo extensiva la norma de los artículos 1377 y 1.967 del C. C., que consagran la cesibilidad del derecho de herencia, a la cesión de este derecho con vinculación a un bien determinado, y ha aceptado, por tanto, este tipo híbrido de enajenación. Porque si lo que tiene el heredero es una cuota proindiviso en la universalidad, puede transferirla, sí, pero sin proyectarla sobre cosa alguna cierta, porque el derecho no le otorga esta aplicación. El heredero no puede concretar por sí y ante sí, su derecho de cuota, en un bien determinado: esta es tarea encomendada a la partición mediante el cumplimiento de normas dirigidas a un reparto equitativo. Es verdad que tal convenio no obliga a los demás herederos, ni perjudica a los acreedores de la sucesión (res inter alios acta..), ni compromete al partidor; pero, si no obliga a éste, para qué se hace? No lo obliga, teóricamente, pero sí en la práctica, porque admitido en el juicio mortuorio va a luchar por obtener la adjudicación prevista, porque sin la vinculación no habría contratado, y va a luchar no ya con el interés general del heredero, sino con el particular del extraño que ha hecho una inversión generalmente inferiorísima al valor del bien escogido y abusando de una mala situación económica de herederos que no pueden esperar y al amparo de una legislación que no tiene consagrado el retracto sucesoral. Naturalmente tales cesiones, en vez de llevar orden y ponderación a la liquidación de las mortuorias y distribución de los bienes, introducen gérmenes egoistas que van a tratar de lograr a toda costa que la previsora aspiración de los cesionarios sea coronada por el éxito.

Qué es lo que enajena el heredero que dice ceder su derecho hereditario ligado a un bien determinado? Porque si recoge y comprime su derecho sobre ésta, no puede hacerlo porque su derecho se halla diseminado en la universalidad; y si lo deja resuelto sobre toda ella, cuál sería la forma de saber la parte correspondiente al bien? Lo cual prueba lo irregular, lo anormal, lo antitécnico de la cesión de derechos hereditarios localizados en cosas ciertas, que abre la ambición de los extraños para apoderarse de lo mejor de la masa, porque ello en la práctica preconstituye una especie de derecho que dificilmente desatiende el partidor.

La doctrina chilena, con los mismos textos del Código Civil nuestro, niega al cesionario de derechos hereditarios vinculados a bienes precisos, la facultad de pedir la partición e intervenir en ella, según enseña Claro Solar en el T. 17 de su obra Nº 2360.

De ser partidario de una reforma en la doctrina, abogaría por rectificar la concerniente a la cesión de derechos hereditarios con ubicación de éstos sobre especies individualizadas de la universalidad, limitando la facultad del heredero a la enajenación del derecho hereditario en abstracto, aplicando obviamente el artículo 1377 y en la seguridad de que con ello se pone orden en el ejercicio de la libertad contractual aplicada a esta materia.

III

Hasta ahí había llegado nuestra doctrina absteniéndose de reconocer personería al comprador de cuerpo cierto, para pedir la partición e intervenir en ella. La sentencia respecto de la cual formulo respectuosamente este salvamento, concede ambas facultades, y parece partir de la base —sostenida en una de las sesiones dedicadas por la Sala a este problema— de que la Corte **no ha negado** hasta ahora esos derechos al comprador de cuerpo cierto. Pero, no tengo noticia de que los haya otorgado. Por el contrario, **de las citas hechas** en el propio fallo del cual he tenido la pena de apartarme, se sigue que tal derecho no le fue concedido.

En efecto:

a) Se cita la sentencia de 25 de mayo de 1.945 que dice: "Las adquisiciones con contingencia de lo que le pueda corresponder al vendedor en una sucesión no pueden forzar la adjudicación del respectivo bien **al heredero** que antes de la partición lo ha enajenado. (LIX. 124). Si no se puede forzar la adjudicación **al heredero** que antes de la partición lo enajenó, es porque es **el heredero quien sigue con el derecho de pedir la partición** e intervenir en ella, en lo que concierne al bien enajenado como cuerpo cierto.

b) Cita igualmente la sentencia de casación de 31 de mayo de 1.944: "El artículo 1871 del Có-

digo Civil da validez a la venta de cosa ajena, lo que impide el concepto de nulidad por este motivo, cuando la hay; y no puede tacharse desde luego de venta de cosa ajena la que haga un heredero de un bien de la sucesión antes de la partición, porque tal situación no se produce, según los artículos 779 y 1401 del Código Civil, sino cuando la partición adjudica ese bien a **interesados distintos del heredero vendedor**". (LVII. 363).

Si la venta de cosa de otro no se produce sino cuando se adjudica "**a interesados distintos del heredero vendedor**", es porque sólo puede atribuirse a éste o a otros herederos, **pero en ningún caso al comprador.**

..c) Y otro fallo citado por la sentencia: "La Corte ha dicho que "el heredero que vende una cosa de su causante se despoja de sus derechos hereditarios sobre ella; y si lo que vende es un inmueble, antes de haberse realizado la partición, pero posteriormente en ésta **se le adjudica,** se reputa haber hecho la tradición desde el registro de la venta según lo preceptúa el artículo 1875 del C. C." (Casación de 9 de julio de 1940, XLIX. 597). De donde se sigue que a pesar de haber vendido el heredero el inmueble, **se le adjudica al heredero vendedor** y no al comprador.

Luego, la doctrina de la Corte sí ha negado al comprador de cuerpo cierto el derecho a pedir la partición e intervenir en ella, porque según esa doctrina: o se le adjudica al heredero vendedor o a otros **herederos;** pero **no al comprador,** y si carece de personería para que se le adjudique, es porque no la tiene para presentarse en el juicio con prerrogativas para solicitar la partición y participar en ella.

IV

Veamos ahora si se justifica el cambio de doctrina.

1º—Ante todo, el artículo 1377 extiende el derecho de demandar la partición y de intervenir en ella, que consagra el 1374 en favor de los coasignatarios a los cesionarios en favor de éstos, su cuota herencial.

Se trata de facultades propias del derecho de herencia, de modo que el traspaso de éste las lleva consigo. El derecho de herencia es poder jurídico sobre la universalidad del causante sobre un conjunto de derechos y de cargas, no sobre los primeros únicamente, ni tampoco sobre las últimas únicamente, sino sobre todo; de manera que apenas es elemental que su titular tenga derecho de pedir la liquidación, para saber si queda o no queda una masa líquida, y demandar la distribución de ésta entre los sucesores. Estos poderes los tienen los que adquieren el derecho o cuota herencial por compra u otro título, y es lo que reza el citado artículo 1377.

2º—Cómo hace la sentencia extensivo estos poderes a la venta, no de una cuota hereditaria —que es lo que tiene el heredero— sino de un cuerpo cierto—, cuya propiedad es lo que no tiene el heredero?

Dice así:

"Respecto de la venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, antes de que se haya registrado el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición debe entenderse que la inscripción de la correspondiente escritura no transmite el dominio, (C. C., art. 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero dueño de la cosa enajenada no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto .C. C., art. 752, inc. 1º), y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad herencial se le reconozca el mismo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos herenciales en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1401, 1868, 1871, 1874 y 1875 del C. C.".

Parece que el meollo de este razonamiento está en el artículo 752 del C. C., que dice:

"Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega 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.

"Pero si el tradente adquiere después el do-

minio se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición".

No hay duda —y así lo reconoce el fallo— acerca de que el heredero no tiene la propiedad de bien alguno antes de que le sea adjudicado, precisamente porque lo que tiene es un derecho de comunidad universal, que no es propiedad. No hay duda tampoco de que el heredero que vende un bien determinado, no puede traspasar la propiedad, puesto que no la tiene. Entonces que traspasa? Su cuota hereditaria sobre ese bien? El fallo responde afirmativamente.

En mi concepto, no, por estas razones:

1ª—Por las razones según las cuales es injurídica la actual doctrina que admite al cesionario de derechos hereditarios con vinculación corporal específica, a pedir la partición e intervenir en ella. Pero tales razones cobran mayor fuerza si se tiene presente que en este caso se hace referencia a **derechos hereditarios,** los cuales aparecen en cierto modo como causa o respaldo de la injurídica cesión; mas, en la venta de cuerpo cierto, esa invocación no aparece.

2ª—El derecho indiviso no puede fraccionarse por medio del fraccionamiento de los bienes de la universalidad o de la escogencia de unos bienes sobre otros al derecho herencial, se repite, recae sobre todos los elementos activos y pasivos del patrimonio, de manera que es arbitraria toda contracción o localización de un derecho hereditario sobre un bien determinado, ya que, entre otras cosas, puede ocurrir que no quede un haber líquido. El derecho hereditario lo cubre todo, sin concretarse o circunscribirse en bien alguno preciso, luego, quien vende cuerpo cierto, es decir propiedad exclusiva sobre él, no traspasa su cuota herencial, que no la tiene vinculada al mismo, sino a toda la herencia, que es que es abstracción jurídica .

3ª—El artículo 752 del C. C. dice que cuando el tradente no es dueño no transfiere otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Tiene el tradente derecho alguno sobre el bien? No; lo tiene en la universalidad, que es abstracción jurídica, pero no sobre cosa alguna determinada. La pretensión de traspasar el dominio, no produce el traspaso de este derecho ni de derecho alguno de la cuota del heredero, ni parte de la cuota. **No es transmisible** esto, porque el sucesor universal carece de poder directo sobre los elementos que componen activamente la universalidad.

Por esto los comentadores de nuestro artículo 752 y de su equivalente en el Código de Chile (art. 682) no traen el ejemplo de entenderse traspasado un derecho herencial o parte de él, cuando se vende la propiedad de que se carece. (V. Fernando Vélez T. 3º 143; Barros Errázuris Tº 1º Nº 274; Claro Solar T. 7º Nº 727 y 728).

En cambio, si se tiene el uso, el usufructo o la nuda propiedad, o sólo un dominio resoluble, limitado o gravado, la tradición no podrá llevar al adquirente sino el bien patrimonial que tiene, ni más ni menos, pero es precisamente porque lo tiene.

4º—El artículo 1401 del C. C., dispone que al vender el heredero **un cuerpo cierto,** pero que se adjudica a otro heredero, se podrá proceder como en el caso de **venta de cosa ajena.** Es por demás agregar que se trata de una aplicación de la ficción consagrada en el artículo 779 y en el primer inciso del mismo artículo 1401, ficción del efecto declarativo de la partición, contraria al sistema romano del efecto traslaticio y tomada del artículo 883 del Código de Napoleón.

Se sigue de la norma del artículo 1401:

a) Que nuestro Código, siguiendo la enseñanza romana de que del contrato no nacen sino obligaciones, admite la venta de un cuerpo cierto celebrada por el heredero, así como admite la venta de cosa ajena en general (art. 1871).

b) Que la venta de un cuerpo cierto, en el caso de que se adjudique "a otro" **de los herederos,** se asimila a la venta de cosa ajena. En consecuencia, el heredero adjudicatario podrá reivindicar del comprador mientras su derecho no prescriba.

c) Que al prever la disposición que el cuerpo cierto pueda adjudicar a "otro" heredero distinto del vendedor, significa **que el comprador no puede ser adjudicatario,** sino **el heredero vendedor u otro heredero,** y ello en armonía con el artículo 1377, porque no siendo el comprador de cuerpo cierto, cesionario del derecho de herencia, no puede pedir la partición ni intervenir en ella.

d) Si la cosa se adjudica al heredero **vendedor** no se procederá como en la venta de cosa ajena, porque habrá quedado ratificada la del cuerpo cierto, según el artículo 1871 del C. C. Si se adjudica a "otro" heredero es cuando se aplican

las reglas de la venta de cosa ajena; de modo que según el precepto, **no hay lugar a adjudicación al comprador**; luego no es parte en el juicio mortuorio.

e) La nueva doctrina, al estimar la venta de un cuerpo cierto, **como de derechos hereditarios,** ya que no de otra manera podría reconocérsele al comprador facultad **para pedir la partición** e **intervenir en ella,** de acuerdo con el artículo 1377, da derecho al comprador para que se le reconozca su derecho en el mismo bien o en otro, puesto que es cesionario de derechos heregar a la aplicación de las normas sobre venta de cosa ajena, que ordena el artículo 1401; luego la nueva doctrina está en pugna con el artíditarios. En ninguno de estos evento habría luculo 1401 que prevé la adjudicación del cuerpo cierto al **heredero vendedor** o a **"otro heredero"**, pero no **al comprador**; que prevé la aplicación del estatuto de la venta de cosa ajena, cuando se adjudica **a otro heredero,** para que éste pueda reivindicar del comprador; y que por todo ello desconoce personería a éste para comparecer en el juicio, impetrar la partición e intervenir en ella.

4º—La nueva doctrina va a facilitar la obra de los especialistas en el arte de comprar bienes de sucesiones, seguros ya de que van a ser recibidos con todos los honores en el juicio mortuorio, como cesionarios de derechos hereditarios.

V

En el caso de autos no era menester romper la doctrina existente para llegar a una solución legal y justa a la vez. Ni habría el peligro de cohonestar un posible equívoco proceder de la viuda, quien después de vender cuerpos ciertos enajenó los derechos que pudiera tener en la sociedad conyugal y en la mortuoria ilíquida. Porque con la jurisprudencia anterior, el partidor, al ordenársele rehacer la partición, tendría que adjudicar al cesionario de aquellos derechos, los inmuebles enajenados como cuerpos ciertos, quedando automáticamente ratificada la venta, por virtud de lo que prescribe el artículo 1875, ya que el cesionario de la cuota hereditaria ocupa el puesto de su cedente, el heredero, como bien lo dice la Corte en sentencia citada en el misma fallo del cual me he separado: "Y en la misma situación del heredero está el adquirente o cesionario de sus derechos hereditarios, porque este cesionario ocupa el lugar del heredero con sus prerrogativas y obligaciones." (Casación abril 9 de 1940. XLIX. 231."

Es verdad que la casación de la sentencia, en la práctica, habría dado el mismo resultado, ya que adjudicar directamente al comprador el cuerpo cierto, equivale a adjudicarlo al cesionario, por virtud de la regla del citado artículo 1875 y de la doctrina de la Corte consagrada en el fallo últimamente mencionado, pero en esta última forma quedarían a salvo los principios que gobiernan esta materia —ya bastante quebrantados con la doctrina sobre venta de derechos vinculados a bienes determinados— y sin necesidad de un cambio que va a causar sin duda serios trastornos.

Bogotá, octubre 22 de 1954.

José J. Gómez R.

ACCION REIVINDICATORIA . . . . . .

No pueden perjudicar a los dueños de los predios vecinos los cambios que en declaraciones contenidas en un instrumento público haga una persona de la extensión que tiene cada uno de los linderos de una inmueble, aunque la cabida total de éste quede la misma. Por consiguiente, estas mutaciones no pueden servir de título de propiedad para fundar en él una acción reivindicatoria o la oposición a la ejercida por el dueño colindante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodriguez Piñeres)

Antecedentes:

El día 21 de enero de 1942, José Ricci, ante el Juez del Circuito de Cali, inició juicio ordinario contra Jorge Vergara, por medio de una demanda que, reformada luego, quedó así en su parte petitoria:

"Primera. Que el demandante José Ricci es dueño del lote de terreno determinado por sus linderos y extensión en el hecho cuarto de este libelo y que en consecuencia debe ser restituído en la posesión material del mismo;

"Segunda. Que se condena al demandado a restituír o entregar ese inmueble, según los linderos y extensión determinados, a su dueño el demandante señor José Ricci, entrega que debe hacerse una vez ejecutoriada la sentencia que tal ordene;

"Tercera. Que se condena al demandado Jorge Vergara a pagar al demandante los frutos naturales y civiles, percibidos o que se hubieren podido percibir por el demandante teniendo la cosa en su poder;

"Cuarta. Que se ordena la cancelación de las escrituras públicas número 492 de 31 de mayo de 1.939 y número 581 de 2 de junio de 1941, ambas de la Notaría Tercera del Circuito de Cali, lo mismo que su anotación en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"Quinta. Que se condena en costas al demandado en caso de oposición" (C. 1º, ff. 13 v. y 15).

Notificada la demanda a Vergara, éste la contestó oponiéndose a que se hiciesen las declaraciones pedidas por aquélla y oponiendo la excepción perentoria de "prescripción ordinaria o extraordinaria adquisitiva de dominio" (C. 1º, ff. 59 ss.).

El Juzgado, luego de terminada la actuación de la primera instancia del juicio, por sentencia de 18 de septiembre de 1945, absolvió al demandado de los cargos deducidos contra él.

No satisfecho con ella, el demandante Ricci la apeló para ante el Tribunal Superior de Cali, el cual, en fallo pronunciado el 10 de septiembre de 1952, revocó la sentencia del Juzgado y desató la controversia así:

"1º—El demandante, José Ricci, es dueño del lote de terreno determinado por sus linderos y extensión en el hecho cuarto de la demanda, con exclusión del exceso que resulte en la cabida del mismo, deducido dicho exceso del área superficiaria total del predio del demandante, de ciento treinta y una varas granadinas (0,836 mm.) por el frente, o sea por la Calle 15 de la actual nomenclatura urbana de Cali, y doscientas treinta y siete varas de la misma unidad de medida por el fondo o centro, o sea por la Carrera 12 de la nomenclatura expresada.

"2º—El demandado restituirá al demandante, o a quien represente actualmente sus derechos, el expresado lote, previa la deducción indicada, ejecutoriada esta sentencia y cumplidas las demás condiciones que al efecto se indican a continuación:

"3º—El demandado, doctor Jorge Vergara, a quien se estima poseedor de buena fe, hoy sus herederos, pagarán al demandante, señor Ricci, o a quien sus derechos represente, los frutos naturales y civiles producidos por el lote sometido a restitución, no sólo los percibidos, sino también los que el demandante hubiera podido percibir teniendo el predio en su poder, en las condiciones legales, y a contar de la fecha de contestación de la demanda.

"4º—Por su parte el demandante debe abonar al demandado las expensas necesarias invertidas

en la conservación del predio expresado, y el valor de las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda y según las reglas aplicables de los artículos 965 y 966 del C. C.

"El demandado tiene derecho a retener el lote expresado hasta cuando se le abone el valor de dichas expensas y mejoras o se le asegure a satisfacción.

"5º—No se ordena la cancelación de las escrituras números 492 y 581, de fechas 31 de mayo de 1.939 y 2 de junio de 1941, Notaría Tercera de este Circuito, ni de su registro, como se pide en el escrito de corrección de la demanda, porque este efecto se produce en lo pertinente, con el sólo registro de esta sentencia que debe hacerse de conformidad con la ley" (C. 5º ff. 76 v. y 77).

Contra este fallo interpusieron ambas partes el recurso de casación para ante la Corte.

La casación

Ricci pide en su demanda que se case la sentencia para que "casada resuelva que el demandado es poseedor de mala fe y para que las prestaciones mutuas se sentencien de conformidad con esta calificación".

Y Vergara, por la suya, solicita que "la sentencia recurida sea casada, y en su lugar confirmada la sentencia del Juez de primera instancia, que dio un veredicto absolutorio".

Dado que esta última va al fondo del asunto, contra la condena pronunciada, al paso que la otra sólo atañe a punto accidental sobre prestaciones mutuas, con base en que la condena principal quede en firme, la Corte acomete de primero el examen de la demanda de casación presentada por el demandado recurrente.

Es de advertir ante todo, para una exacta inteligencia del asunto controvertido, que la reivindicación versa sobre una porción de terreno que, según el demandante, hace parte de un globo de mayor extensión de propiedad del mismo; y para acreditar su calidad de dueño de dicha porción, poseída por el demandado Vergara, Ricci aduce la titulación que cubre la totalidad del predio, comprensiva de lo que él posee, y que no se discute, y de lo poseído por el demandado.

Entre los antecedentes y resumen de hechos, que antes de formular sus cargos trae el recurrente, exhibe un interesante cuadro sobre los títulos de Ricci, elaborado por el perito doctor Demetrio Hurtado, que por su claridad, concisión y exactitud no contradicha, es muy ilustrativo:

COMPRAVENTA	Año	Frente Varas	Fondo Varas
Colmenares & Hermano (sic) a **Nemesio Colmenares** escritura Nº 226 de Oriente y Ponente, con terreno del vendedor; Norte, con terrenos de Pedro Arrunátegui y en parte con el otorgante, y por el Sur, con terreno de Felipe Vallecilla.	1.857	137	131
Colmenares & Hermano a **Nemesio Colmenares,** por escritura de liquidación Nº 49 en marzo de....	1.873	137	131
Nemesio Colmenares a **Carlos H. Simmonds** un terreno en el barrio de San Nicolás en el mes de mayo de.. .... Tiene los mismos linderos del anterior, excepción hecha del que linda por el Norte, que ya en esta fecha corresponde al señor H. Collazos.	1.883	237	131
Carlos H. Simmonds a **Zoila Salas.** Una casa ubicada en un solar en el barrio de San Nicolás, en febrero de .... y que linda: Oriente, con manga del Dr. Juan A. García; Sur, con manga de Ramón Herrera Vélez; Norte, con finca de Rafaela Holguín; Occidente, con finca de Cornelio Mercado	1.888	237	131
Zoila Salas a **Angel María Zapata.** Una casa situada en un solar en el barrio de San Nicolás, en abril de .... cuyos linderos son: Oriente, con manga del Dr. Evaristo García; Sur, con manga de Ramón Herrera Vélez; Norte, con finca de los herederos de Carlos H. Simmonds; y Occidente, con finca de Rosalía Mercado.	1.897	237	131
Angel María Zapata a **José Ricci.** Un globo de tierra en el barrio de Santa Lucía de esta ciudad,			

en febrero de	1.937	131	237

cuyos linderos son: Norte, Carrera 12; Sur, con predio de Ricardo Mera; Oriente, con terrenos de Jorge Vergara, Emilio Garcés y Gustavo Gómez; y Occidente, con la Calle 15.

Sobre estos datos, el recurrente plantea y desarrolla el primer cargo de violación directa de los artículos 1.759 y 1.756 del Código Civil y violación indirecta de los artículos 946 y 950 del mismo.

La Corte —después de estudiar a espacio la prolija sentencia acusada y la no menos extensa demanda de casación del recurrente demandado, con el criterio de que las líneas divisorias de los predios no son de estirar y encoger— destaca este hecho brillante al ojo: que el predio de Ricci, que había venido transmitiéndose por actos de enajenación sobre la base de una extensión de 137 por 131 varas granadinas, primero de Ramón Herrera a "Colmenares y Hermano" el 17 de octubre de 1857, luego de esta sociedad a Nemesio Colmenares el 5 de marzo de 1873. Hasta aquí iba todo correctamente; pero al transmitir este último el predio Carlos H. Simmons el 8 de mayo de 1883, sin explicación alguna que justificara el aumento, dijo que el predio medía 237 por lo que llamaron los otorgantes frente, por 131 varas, por lo que llamaron de fondo (C. 1º, ff. 10, 8 y 7).

De ahí para adelante, Simmons le transmitió el predio a Zoila Salas el 21 de febrero de 1888; ésta a Angel María Zapata el 8 de abril de 1897; y finalmente Zapata dijo vender a Ricci el 15 de febrero de 1927 tal terreno, permitiéndose invertir las dimensiones ya alargadas dándole a la línea occidental que decían tenía 237 varas, 131, y a la septentrional que tenía 131 varas, 237 (Ibidem, ff. 6, 5 y 1º).

En resumen: un terreno que medía 137 por 131 varas, pasó a medir 237 por 131 y aquella línea que iba de Norte a Sur con 237 pasó a ir de Occidente a Oriente, sin que los vecinos de uno u otro lado intervinieran en ella para nada.

Que en unas escrituras se diga que tales o cuales dimensiones correspondan a fondo o frente, ello fue caprichoso desde que se estiró la línea de 137 a 237 varas, pues midiendo el terreno prístinamente 137 por 131 de cabida, lo que formaba casi un cuadro, no se puede hablar de tales frente y fondo.

El llamarse una vía Calle o Carrera, no le da a la una o a la otra el carácter de frente, o el de fondo, ni tiene ello algo que ver con las dimensiones de los colindantes.

Lo que se ve claro es que, en el hecho, tan caprichoso era decir que el aumento se hacía en una u otra dirección y, en derecho, que semejante cambio acomodaticio era y es **res inter alios acta** respecto de los vecinos que se escogieron para ser las víctimas de tales mudanzas, a ocultas de ellos, ora estirando la oriental en perjuicio de Mera, ora la septentrional a daño de Vergara.

Como es necio, por decir lo menos, lo que expresa el Tribunal en la sentencia, que lo uno es lo mismo que lo otro: 237 por 131, que 131 por 237, lo que si da la misma cabida para Ricci, no es lo mismo para cada uno de los dos vecinos: Mera y Vergara.

Como también lo es el pretender fundar una adquisición por el modo de la prescripción contra los vecinos, mediante aumentos de terreno en el papel, no realizados por medio de adquisiciones que los justificaran sino fundados en meras declaraciones escriturarias entre vendedores y compradores que digan una vez que el terreno mide 131 por 137 varas, otra que 131 por 237, y una más que 131 por 237, pero cambiando por sí y ante sí las dos medidas longitudinales.

De otro lado, nada valen los dictámenes periciales examinados por el Tribunal sentenciador, dado que los expertos no tenían que decir más de lo que dijeron: que de la última escritura se deducía que la línea septentrional medía 237 varas a partir del vértice del ángulo formado por tal línea y la occidental.

Por todo esto, es de concluírse que le asiste la razón al recurrente al acusar la sentencia, que es objeto del recurso, por error de derecho en la apreciación de las escrituras ya citadas por sus otorgantes y fechas, error consistente en dar a esas escrituras valor de plena prueba respecto de su contenido contra el demandado Jorge Vergara, siendo éste enteramente extraño a tal otorgamiento, error que condujo al Tribunal a violar el artículo 1.759 del Código Civil; que en su inciso primero dice que "el instrumento público hace plena fe en cuanto el hecho de haberse otorgado y su fecha pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados En esta parte no hace plena fe **sino contra los declarantes**". Consecuencialmente se violaron, en forma indirecta, los artículos 946 y 950 del mismo estatuto, que consa-

gran la acción reivindicatoria al dueño de una cosa singular de que no está en posesión, calidad que no acreditó el demandante sobre el terreno poseído por Vergara, porque los títulos que para tal efecto adujo Ricci, no servirían sino otorgándoles mérito y obligatoriedad contra Vergara, que es un tercero, a los cambios arbitrarios de dimensión y orientación de los linderos del predio del demandante, en escrituras en que el demandado no intervino, cosa inadmisible.

Lo cual permite a la Corte casar la sentencia acusada.

Y, al profundizar en el asunto, sin tener que entrar a dilucidar cuestiones impertinentes traídas al debate, a la Corte le basta para fundar su decisión invocar este breve principio que consigna el inciso segundo del artículo 762 del Código Civil, principio sobre el cual reposa el derecho de propiedad que dicha obra legislativa garantiza:

"El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Es así que, si por su parte, el demandado Jorge Vergara está en posesión del terreno que es objeto de la reivindicación y que, por otra, el demandante José Ricci, no ha justificado ser dueño del mismo respecto de la persona que ha demandado, luego la acción reivindicatoria incoada por éste no es procedente, dado que ella no se da sino "al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa " (C. C., a. 950).

Por ello, 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 acusada, y, confirmando la pronunciada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, ABSUELVE al demandado de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.— PRUEBA DE LA POSESION DEL DEMANDADO. VALOR DE LAS COPIAS DE DOCUMENTOS PUBLICOS QUE QUEDAN EN UN JUICIO DESPUES DE PRACTICADO EL DESGLOSE DE ESTOS

1—Cumplidos los requisitos del artículo 363 del C. J., la copia del instrumento desglosado conserva dentro del juicio el mismo valor probatorio de aquél. Las circunstancias de que el documento desglosado haya sido oportunamente traído a los autos y forme parte del proceso según el art. 597 del C. J., de que el desglose se haya cumplido mediante providencia notificada a las partes y de que la copia respectiva haya sido tomada por el Secretario del Juzgado en donde cursa el juicio son suficientees para garantizar la autenticidad de la copia y los derechos de los litigantes.

2—La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega el cargo que se le hace en la demanda, de ser poseedor de la cosa, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B) de Casación Civil.— Bogotá, veintidós (22) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

(Magistrado ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 18 de noviembre de 1952 en el juicio ordinario reivindicatorio de Isabel Mosquera v. de Espinosa, Rita Espinosa de González, Emma Elvia Espinosa de Flórez, Bertilda Espinosa de Rojas, Rafael, Alfonso, Alberto y Francisco Espinosa M., contra Rosalía Magaña de Martínez.

I—Antecedentes

1.—En libelo fechado el 2 de diciembre de 1947 Isabel Mosquera v. de Espinosa, Rita Espinosa de González, Emma Elvia Espinosa de Flórez, Bertilda Espinosa de Rojas, Rafael, Alfonso, Alberto y Francisco Espinosa M., promovieron juicio ordinario de mayor cuantía contra Rosalía Magaña de Martínez sobre reivindicación de un predio suburbano ubicado en el municipio de Cali.

2.—Los actores manifestaron haber adquirido el inmueble objeto de reivindicación, por adjudicación que se les hizo en la sucesión por causa de muerte de Efraím Espinosa, quien a su vez lo había adquirido por compra a Bernardino Roa, según escritura Nº 392 de 17 de julio de 1908 de la Notaría Primera del Circuito de Cali. Y afirmaron que la poseedora del inmueble reivindicado es la demandada Rosalía Magaña de Martínez.

3.—La demandada se opuso a la acción incoada, negó los hechos de la demanda y propuso varias excepciones perentorias, entre otras las siguientes: a) la de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, "porque en el juicio de sucesión del doctor Francisco A. Magaña fueron inventariados varios bienes, y adjudicados en común a varias personas quienes han venido poseyendo y poseen en la actualidad, en común tales bienes"; b) la de prescripción ordinaria y extraordinaria.

4.—El Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante fallo pronunciado el 22 de noviembre de 1951, que declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada. En concepto del juez **a quo**, la parte actora no acreditó la posesión material exclusiva de la demandada sobre el precio objeto de la reivindicación.

5.—Apelado este fallo por los demandantes, el Tribunal Superior de Cali lo revocó en sentencia dictada el 18 de noviembre de 1952, que reconoció el dominio de los reivindicantes y decretó la restitución del inmueble con los frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda.

6.—Contra lo resuelto por el Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la demandada. Concedido y admitido en legal forma, corresponde a la Corte decidir en el fondo sobre el mérito de la demanda de casación oportunamente formulada.

III—Sentencia recurrida

En resumen, las consideraciones en que se funda el fallo del Tribunal son las siguientes:

1.—Los demandantes acreditaron el dominio sobre el inmueble materia de la litis así:

a)—Con copia de las hijuelas formadas en el juicio de sucesión por causa de muerte de Efraím Espinosa, protocolizado por escritura Nº 3.208 de 7 de diciembre de 1946 de la Notaría Segunda de Cali, en las cuales consta que el lote de terreno perseguido, con una cabida de tres fanegadas y dos mil quinientas varas, y avaluado en la cantidad de $ 600.00 fue adjudicado a la viuda y a los hijos del causante en la siguiente proporción: para Isabel Mosquera v. de Espinosa $ 300.00; para Alberto Espinosa M., $ 42.90; para Francisco Espinosa M., $ 42.85: para Alfonso Espinosa M., $ 42.85; para Rafael Espinosa M., $ 42.85; para Rita Espinosa M., $ 42.85: para Elvia Espinosa M., $ 42.85 y para Berta Espinosa M., $ 42.85. Tanto las hijuelas de adjudicación como la sentencia aprobatoria de la partición fueron debidamente registradas

b)—Con copia debidamente registrada de la escritura Nº 392 de 17 de julio de 1908 de la Notaría Primera de Cali, por la cual el causante Efraím Espinosa compró a Bernardino Roa el predio referido.

2.—La posesión material en la demandada aparece determinada en estos apartes:

"Los demandantes afirman que del predio cuya reivindicación persiguen es poseedora material la demandada Rosalía Magaña de Martínez. Aunque es cierto que en la contestación de la demanda aparece negado el hecho décimo que es donde se afirma la posesión de la señora Magaña de Martínez, también es cierto que en ese escrito no se desconoce expresamente el hecho que se le imputa ni se hace aclaración de que la posesión la ejerce en su nombre y en el de otras personas como condueño de un predio de mayor extensión, explicación indispensable para no exponer a los demandantes a una acción baldía. Esta aclaración estaba en la obligación de hacerla la demandada en cumplimiento de lo que dispone el artículo 214 del Código Judicial para que se sustanciara la excepción dilatoria que prevé el artículo siguiente, y si no lo hizo se expuso a que, al comprobar el actor su propiedad, quedara ella como responsable de la cosa o de su precio.

"Cuando el demandado afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, y el demandado se hace consecuencialmente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegue a probar la propiedad. Este concepto pertenece a la Corte Suprema de Justicia y aparece consignado en la sentencia del 25 de febrero de 1949, LXV, 340.

"Pero si no fuera suficiente esta deducción para tener como poseedora a la demandante, hay que tener en cuenta la contestación que ella dió a la pregunta décima-cuarta del pliego de posiciones que le sometió la parte actora. Se le preguntó: 'Diga si es cierto, sí o nó, y teniendo a Dios por testigo, que dicho lote de terreno lo ha venido explotando Ud., desde la protocolización de su hijuela, derivando de él buenas utilidades? Contestó: 'Es cierto y aclaro: Desde la muerte de mi padre he venido disfrutando de todo lo que me correspondó por herencia' (fojas 31 del cuaderno número 2). Esta contestación hay que entenderla rectamente como una confesión de la posesión que se le atribuye, porque la aclaración final no desvirtúa su contenido. La absolvente confiesa la explotación del predio y las utilidades económicas que eso le produce, hechos evidentes constitutivos de una posesión material.

"Por este aspecto la conclusión del Juzgado de primera instancia al declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, con base en que no se ha demostrado la posesión de la señora Magaña de Martínez con ánimo de señor y dueño exclusivo con prescindencia de los otros condóminos, no resulta acertada. La demandada no sólo dejó pasar la oportunidad que le brinda la ley (la contestación de la demanda) para negar claramente la posesión exclusiva que se le atribuye del predio, sino que la confesó al ser interrogada en posiciones, con lo que se convirtió en sujeto pasivo efectivo de la acción reivindicatoria.

"En la segunda instancia esta posición aparece mejor conformada todavía con las declaraciones de los testigos que depusieron a solicitud de la parte actora, particularmente las informaciones de los testigos Ignacio Orejuela y Antonio Guerrero".

3.—Carece de eficacia jurídica la oposición de la demandada Rosalía Magaña de Martínez con base en la escritura Nº 704 de 27 de noviembre de 1906 de la Notaría Primera de Cali, de la cual aparece que en la división judicial del globo de

terreno "Agua Blanca" se adjudicó al Dr. Francisco A. Magaña un predio con 39 fanegadas y 924 varas cuadradas, dentro del cual está comprendida la finca reivindicada; porque aunque aparece que tal predio fue adjudicado a la demandada y a otros en la sucesión del doctor Magaña, es lo cierto que la sentencia aprobatoria de dicha partición y las respectivas adjudicaciones no se registraron en forma legal (fueron inscritas sólo en el Libro Nº 2), deficiencia que hace inoperante la tradición.

4.—De la prueba testimonial allegada a los autos aparece que Efraím Espinosa tuvo la posesión material del predio litigioso desde 1906 hasta su muerte acaecida en 1921, año en que el doctor Francisco A. Magaña lo ocupó y lo agregó a un lote de su propiedad.

5.—No ampara a la demandada ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria. "La primera no aparece cumplida porque ella requiere justo título y posesión no interrumpida durante diez años (artículos 2528 y 2529 del Código Civil), lapso que sólo comienza a correr desde la inscripción del título según enseña el artículo 2526 del ordenamiento citado, porque se trata de desvirtuar un título inscrito con anterioridad. El título legalmente aceptable de los sucesores del Dr. Magaña sólo se inscribió el 3 de diciembre de 1940 y desde esta fecha hasta el 27 de febrero de 1948, día en que se operó la interrupción civil de la prescripción en virtud de la notificación de la demanda (artículo 2524 del C. C.) no alcanzó a transcurrir el término de diez años necesarios para consumar la prescripción ordinaria.

"Tampoco la segunda, o sea la extraordinaria, está cumplida porque las informaciones de los testigos presentados por la parte actora son contestes al afirmar que Efraím Espinosa tuvo la posesión hasta su muerte ocurrida en el año de 1921 y que sólo después de ese año el Dr. Francisco Antonio Magaña unió el predio a otro de mayor extensión que le fue adjudicado en la división material del globo de Agua-Blanca. De 1921 a 1947 no transcurrieron los treinta años de posesión que requiere el artículo 2532 del Código Civil, ni los veinte a que fue reducido dicho término por la ley 50 de 1936 porque las prescripciones extraordinarias amparadas en este nuevo término se inician con la vigencia de esta ley".

6.—De lo expuesto concluye el Tribunal que el mejor derecho de la parte actora resulta del título que consta en la escritura Nº, 392 de 17 de julio de 1908, por la cual Efraím Espinosa compró a Bernardino Roa el predio disputado.

III—Demanda de casación

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente presenta cuatro capítulos de cargos a la sentencia, en todos los cuales se entremezclan con carencia de técnica, acusaciones tanto por violación directa de la ley como por infracción indirecta al través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

En resumen tales cargos son:

1º—Errores de hecho y de derecho al apreciar la copia de la escritura Nº 392 de 17 de julio de 1908 de la Notaría Primera del Circuito de Cali, con violación de los artículos 756, 946, 950, 1760 y 1857 del C. C., y 630, 635 y 636 del C. J.

2º—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de los títulos de los demandantes y de la demndada, con infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustantiva. Cita como disposiciones violadas los artículos 752, 946, 950, 1757 —inc. 2º—, 1758, 1759, 1769; 1871, 1875 y 2576 del C. C., y 604 del C. J.

3º—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con la posesión material de la demandada, incurriendo el Tribunal en violación de la ley, "por infracción directa, errónea interpretación y aplicación indebida, de varios textos legales de carácter sustantivo". Cita el recurrente como violados los artículos 765, 946, 952 956, 981; 1757; 1758 y 1759 del C. C., y 214, 604, 606, 609, 632 y 636 del C. J.

4º—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que acreditan el dominio de los herederos del doctor Francisco A. Magaña sobre el predio de la litis, infringiendo el Tribunal los artículos 762, 780, 946 y 950 del C. C.

IV—Examen de los cargos

Se examinarán los cargos, siguiendo el orden de los capítulos de la demanda de casación.

Capítulo Primero

En concepto del recurrente el Tribunal apreció erróneamente la copia de la escritura Nº 392 de 17 de julio de 1908, título de los demandantes, porque se dió valor de plena prueba a un instru-

mento que no aparece autorizado por el funcionario encargado del protocolo, ni con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida.

Se considera:

El cargo es infundado.

A la demanda se acompañó copia debidamente registrada de la escritura mencionada, expedida por la Notaría Primera del Circuito de Cali, y con la constancia de su inscripción a la partida 296 del Libro Primero el 17 de julio de 1.908, según la anotación del Registrador. (Cuad. Nº 1º, fs. 1 v., 3 v., y 46).

Dicho título había figurado en otras actuaciones judiciales de las cuales había sido desglosado, a saber: en el juicio de sucesión de Efraím Espinosa y en el juicio ordinario de Efraím Espinosa contra Francisco A. Magaña. Y la misma copia fue desglosada del presente negocio, a solicitud de los demandantes, en cumplimiento de proveído dictado por el juez del conocimiento, de fecha julio 6 de 1949, debidamente notificado a las partes.

Como consecuencia de este último desglose, en los autos no aparece la copia original expedida por el Notario, sino una copia de este documento tomada por el Secretario del Juzgado 4º Civil del Circuito en donde cursó el presente juicio.

Pero esta circunstancia no resta ningún valor a la copia del documento desglosado.

Según el art. 396 del C. J., "los documentos no destinados para hacer constar una obligación, pueden desglosarse de los expedientes y entregarse al que los haya presentado, o a su representante, a petición de cualquiera de ellos". Ordenado el desglose, "en el lugar respectivo de los autos debe dejarse copia del instrumento desglosado; y en éste, al margen o al través, debe copiarse el auto que ordene el desglose, y ponerse nota, en su caso, sobre si la obligación ha sido cumplida en todo o en parte y por quién". Conforme a la misma disposición, "no se permite el desglose de instrumentos redargüídos de falsos o adulterados, mientras no se decida sobre su validez o autenticidad".

Cumplidos los requisitos del artículo 363 del C. J. la copia del instrumento desglosado conserva dentro del juicio, el mismo valor probatorio de aquél. Las circunstancias de que el documento desglosado haya sido oportunamente traído a los autos y forme parte del proceso según el art. 597 del C. J., de que el desglose se haya cumplido mediante providencia notificada a las partes y de que la copia respectiva haya sido tomada por el Secretario del juzgado en donde cursa el juicio, son suficientes para garantizar la autenticidad de la copia y los derechos de los litigantes.

Y como en el presente caso, la copia de la escritura Nº 392 de 17 de julio de 1908 expedida por el Notario Primero del Circuito de Cali y debidamente registrada, fue acompañada a la demanda y formaba parte del proceso; y el desglose del documento fue ordenado en proveído notificado a la parte demandada, la copia atestada por el Secretario del Juzgado en donde cursó el juicio, tiene el mismo valor de la copia original.

Se rechaza el cargo.

Capítulo Segundo

En sentir del recurrente, el Tribunal apreció erróneamente la escritura antes mencionada, porque en ella no se contiene una venta de cuerpo cierto sino de derechos proindiviso, por lo cual se violaron los artículos 752, 946, 950, 1871 y 1875 del C. C.

El cargo estriba en que de la escritura Nº 392 de 1908 aparece que Bernardino Roa dijo vender a Efraím Espinosa "tres plazas de terreno, encerradas bajo cercas, en el globo proindiviso denominado 'Agua-Blanca' o de 'Las Salinas', ubicado en las afueras de esta ciudad (Cali), de cuyas tres plazas ya está en posesión el comprador y se hallan demarcadas por los siguientes linderos...". De donde deduce el recurrente que lo vendido por Roa a Espinosa fue cosa ajena o meros derechos proindivisos en una comunidad.

Se considera:

El cargo sería viable si apareciera evidentemente un error de hecho en la apreciación del Tribunal, pero la Sala no encuentra tal error demostrado. En la escritura de venta se enajena una especie o cuerpo cierto, o sea, un predio claramente delimitado por su cabida y sus linderos, del cual se hallaba en posesión el vendedor y que éste entregó materialmente al comprador, según reza el instrumento. Y por otra parte, el Tribunal consideró que Espinosa conservó la posesión material del predio hasta el año de 1921. Por ende, no prospera el cargo.

También asevera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al dejar de apreciar la copia de la escritura Nº 704 de 27 de noviem-

bre de 1906 de la Notaría Primera del Circuito de Cali, por medio de la cual se protocolizó el juicio de partición material del globo de terreno "Agua Blanca". De esta prueba aparece que el inmueble dentro del cual se halla comprendido el predio reivindicado, fue adjudicado a Manuel Antonio Magaña, y aparece además que Efraím Espinosa no era copartícipe en la comunidad que terminó por la partición de que da fe la citada escritura.

Se considera:

El Tribunal rechazó dicho título porque consideró con razón que la partición y la sentencia aprobatoria no se registraron en el Libro Nº 1º sino en el Libro Nº 2. El título así registrado no transfirió el dominio, ni hace fe en juicio. (C. C. arts. 756, 759, 765, 2641 y 2673).

Por último, el recurrente afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al dejar de apreciar la confesión judicial procedente de los propios demandantes cuando éstos afirman en el libelo de demanda que lo adquirido por Efraím Espinosa fueron meros derechos proindiviso en el predio objeto de la compra a Bernardino Roa.

Se considera:

No existe la supuesta confesión de los demandantes, alegada por el recurrente. Es cierto que en el libelo de demanda se hace referencia al lote de terreno de tres fanegadas en el globo "proindiviso" de "Agua-Blanca" o "Las Salinas", adquirido por Efraím Espinosa, pero los actores afirman que el objeto de la venta de Bernardino Roa fue un predio determinado por linderos especiales.

El cargo carece de fundaento.

Capítulo Tercero

Varios cargos conjuga el recurrente en este capítulo de acusaciones contra la sentencia, a saber:

a)—que el Tribunal incurrió en notorio error de hecho al desconocer la negativa sostenida y persistente de la demandada respecto del hecho afirmado por los actores sobre su carácter de poseedora material del inmueble reivindicado, con lo cual la sentencia violó el art. 214 del C. J.;

b)—que el Tribunal dejó de tener en cuenta la inspección ocular, los dictámenes periciales y las copias tomadas del juicio de sucesión del doctor Francisco A. Magaña, pruebas de las cuales aparece evidentemente que el predio reivindicado hace parte del inmueble que en dicha sucesión se adjudicó en común y proindiviso a sus herederos Gonzalo Magaña C., Rosalía Magaña de Martínez, Alvaro, Elvia, Antonio José, Héctor y Jaime Martínez Magaña, los cuales son los condueños y coposeedores del predio disputado;

c)—que el Tribunal omitió considerar la copia tomada del juicio reivindicatorio establecido por los mismos demandantes de ahora contra los herederos del doctor Magaña, en el cual los actores afirman que los poseedores del fundo reivindicado son tales herederos afirmación que constituye una "confesión protocolizada".

d)—que el Tribunal violó el art. 956 del C. C., según el cual "la acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posee en la cosa", disposición quebrantada ya por falta de aplicación, ya por razón de los errores de hecho y de derecho antes mencionados;

e)—que el Tribunal cometió error de hecho evidente en la apreciación de las posiciones absueltas por la demandada, pues ésta no confesó que tuviera exclusivamente la posesión del predio demandado, sino que venía poseyendo los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión del doctor Manuel Antonio Magaña, en los cuales sólo tiene derechos en un predio de mayor extensión;

f)—que la prueba testimonial que en concepto del Tribunal demuestra la posesión material de la demandada, no da fe de hechos pertinentes al dominio en la forma exigida por el art. 981 del C. C., y al admitirla el sentenciador incurrió en abultado error de hecho y de derecho, infringiendo la ley sustantiva.

Se considera:

Como se refirió anteriormente, el Tribunal dió por demostrada la posesión material de la demandada sobre el predio objeto de la litis; a)—con el relevo de pruebas, según el artículo 214 del C. J., a causa de que la demandada no negó el cargo que se le hizo en la demanda; b)—con la confesión de la demandada en la absolución de posiciones; c) con las declaraciones de varios testigos presentados por la parte actora.

En la apreciación de estos elementos probatorios el Tribunal no cometió ni error de derecho ni error de hecho.

La actitud asumida por la demandada al responder la demanda, dió base al Tribunal para entender racionalmente que la señora Magaña de Martínez no había rechazado la condición de poseedora material exclusiva del inmueble, porque de su parte no hubo una negativa clara, rotunda y categórica al respecto en el libelo de contestación y porque además al alegar la usucapión ordinaria o extraordinaria, como excepción perentoria en su favor, afirmó implícitamente su posesión física. En estas condiciones, no puede aceptarse que el sentenciador incurriera en evidente error de hecho en la apreciación de dicho libelo, cuando consideró que la demandada no había negado su carácter de poseedora asignado en la demanda reivindicatoria. Y por ende, no aparece violado el art. 214 del C. J.

La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega el cargo que se le hace en la demanda, de ser poseedor de la cosa, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto (V. Casaciones de 19 de noviembre de 1934, XLI, Bis. 199; 15 de febrero de 1946, XLV. 22, 20 de octubre de 1937, XLV. 646 y 25 de febrero de 1949. LXV. 340). De estas sentencias dice la de 20 de octubre de 1937:

"Los artículo 214 y 215 del C. J., persiguen la finalidad, como lo ha dicho esta Sala, de que 'antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor 'queda exento de la demanda"; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar oblígalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor' ".

Por otra parte, el Tribunal no violó la ley al dejar de apreciar los elementos probatorios de los cuales resulta que los herederos del doctor Manuel Antonio Magaña son adjudicatarios en común y proindiviso de un globo de terreno dentro del cual se halla comprendido el predio reivindicado.

De tales elementos puede resultar la condición de "coposeedores inscritos", pero no la de "coposeedores materiales".

Nuestra ley distingue entre posesión material y posesión inscrita. La Corte ha sostenido reiteradamente que es la posesión material y no la posesión inscrita la que debe comprobarse en el demandado para que prospere la reivindicación.

Lo expuesto es suficiente para rechazar los cargos relacionados con la prueba de la posesión en la demandada.

Capítulo Cuarto

En concepto del recurrente hallándose demostrado que los herederos del doctor Manuel Antonio Magaña son los actuales poseedores del predio reivindicado y formando parte dicho predio del terreno que en mayor extensión se adjudicó y entregó al doctor Magaña en la partición material del globo "Agua Blanca" o "Las Salinas" en 1906, por fuerza de las presunciones consagradas en los arts. 762 y 780 del C. C., resulta acreditada una posesión anterior al título presentado por los demandantes que apenas data de 1908.

El Tribunal cometió errores de hecho y de derecho en la apreciación de estos elementos de prueba, violando las disposiciones citadas y los artículos 946 y 950 del C. C.

Se considera:

Atrás se han expuesto las razones por las cuales el Tribunal desconoció valor probatorio a las hijuelas de adjudicación en la partición de los terrenos de "Agua Blanca" y "Las Salinas". Y por otra parte, el Tribunal aceptó como hecho demostrado que Efraím Espinosa, antecesor de los demandantes en el dominio del predio reivindicado estuvo en posesión de éste hasta el año de 1921, demostración que no ha sido censurada en en casación.

Esto es bastante para desechar el cargo.

V—Resolución

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 18 de noviembre de 1952, que ha sido materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez. — José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario. . . . . . .

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EL DECRETO DE RECONOCIMIENTO DE HEREDEROS ES PRUEBA SUFICIENTE EN JUICIO SOBRE FILIACION NATURAL DE QUE LOS DEMANDADOS SON CONTINUADORES JURIDICOS DE LA PERSONA DEL PRESUNTO PADRE, AUNQUE NO EXISTAN LAS PRUEBAS DEL ESTADO CIVIL DE AQUELLAS PERSONAS; PORQUE LO QUE ENTONCES INTERESA NO ES COMPROBAR PARENTESCO ENTRE EL SUPUESTO PADRE Y QUIENES SON DEMANDADOS EN EL JUICIO, SINO SU CARACTER DE HEREDEROS RESPECTO DE AQUEL

1—Después de muerto el presunto padre son quienes continúan jurídicamente la persona del causante los llamados a contestar la demanda sobre filiación natural, esto es, los herederos, parientes o extraños, siempre que en derecho ocupen la posición de quien ha fallecido.

Y como no siempre la vocación hereditaria obedece al estado civil, de donde se desprende que la calidad de heredero y el estado civil como categorías jurídicas no pueden confundirse, por más que el ordenamiento de la sucesión abintestato se funde en la familia y el parentesco y por consiguiente en el estado de las personas y sus vinculaciones recíprocas, y, por consiguiente tampoco son bastantes siempre las pruebas del estado civil para demostrar la calidad de heredero de otra persona; corolario de lo anterior aparece que si después de muerto el supuesto padre, dentro del juicio sobre filiación natural no se trata precisamente de acreditar el parentesco entre el demandado y el causante, sino su calidad de heredero como condición ineludible para ser legitimada en la causa esa misma parte demandada, o sea en concreto el hecho de ser la persona o personas a quienes el ordenamiento jurídico coloca en el rango de contradictores para el reconocimiento de la paternidad por ministerio de la justicia, no hay duda de que entonces el decreto judicial que contiene la declaratoria de herederos demuestra por sí mismo quiénes son en derecho los continuadores legítimos del causante, aunque en no pocos casos de sucesión testamentaria no exista entre el instituído y el DE CUJUS relación cuya causa se encuentre en el estado civil o en los vínculos del parentesco.

2—Cuando en juicio sobre filiación natural no aparece el carácter de heredero con respecto a la persona del fallecido presunto padre, no es que llegue a encontrarse la falta de capacidad para ser parte, como presupuesto del proceso, sino que está ausente la titularidad como elemento esencial de la acción para ser legitimada en la causa la parte contra la cual se dirige la demanda, y por ello no es el caso de que el juzgador se inhiba de fallar en el fondo, como sucede cuando no ha podido formarse la relación jurídico procesal por falta de alguno de sus presupuestos (LEGITIMATIO AD PROCESSUM), sino que ha de proferir sentencia absolutoria, por no ser el demandado la persona contra la cual el derecho objetivo ha concedido la acción y que, por consiguiente, aparece libre de los cargos contenidos en las súplicas.

3—Los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable, o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (LEGITIMATIO AD CAUSAM), aunque para el fallo

adverso se entienden reunidos los presupuespuestos procesales, esto es: a) demanda formalmente admisible; b) competencia del juzgador; c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; y d) capacidad para obrar procesalmente, o sea, capacidad de ejercicio (LEGITIMATIO AD PROCESSUM).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.— Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Espinal demandó María Bety López de Orjuela a Sara Castellanos v. de Saldaña y a Eva y Angelina Castellanos, en calidad de herederas, a fin de obtener que por sentencia se declarara su condición de hija natural y legitimaria del fallecido doctor Alcides Castellanos. Invocó hechos que corresponden a las causales 1ª y 5ª del artículo 4º, Ley 45 de 1936, esto es, notorias relaciones sexuales estables habidas por la madre con el presunto padre, y posesión notoria del estado civil de hija natural.

En primera instancia el Juez proveyó de acuerdo con las súplicas de la demanda, por medio de fallo fechado el 6 de junio de 1951. Mientras que el Tribunal Superior de Ibagué dio término al segundo grado del juicio por sentencia del 5 de septiembre de 1952 que revocó la del Juez, por encontrar probada "la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada".

En casación el apoderado de la parte actora invoca la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y estima que la sentencia, por apreciación errónea de prueba, viola los artículos 1º, 4º, 6º, 19 y 20 de la Ley 45 de 1936, 92, 398, 399, 1037, 1008, 1009, 1226, 1239, 1240 y 1241 del Código Civil, así como también el artículo 632 del Código Judicial. Señala además como violado, por no ser aplicable al caso, el artículo 343 de este último Código. Y formula el cargo así:

"La violación de la ley en este caso por falta de apreciación o apreciación errónea de determinada prueba, consiste en que hallándose en autos la copia del reconocimiento y declaratoria de herederos de las tres señoras que forman la parte demandada, o sea las señoras Sara Castellanos v. de Saldaña, Elena Angelina Castellanos y Eva Castellanos Ortiz, en su calidad de hermanas del doctor Alcides Castellanos, el Tribunal desechó esa prueba y no le dio el valor legal del caso, sosteniendo que con tal prueba no se demuestra la calidad de herederas y hermanas de las citadas señoras, respecto de su hermano el Dr. Alcides Castellanos.

"Al proceder así, al desechar esa prueba, al apreciarla erróneamente, al darle aplicación indebida al artículo 343 del Código Judicial, el Tribunal infringió las normas citadas anteriormente, por no haberlas aplicado al caso de este pleito".

Por recíproca, alega la demanda que el sentenciador violó directamente el artículo 632 del Código Judicial, que ha debido aplicar al caso, "pues las copias de los documentos auténticos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios, las certificaciones de los Jueces y los Magistrados hacen plena prueba acerca de su contenido, y al no aplicar ese artículo violó por no haber aplicado al caso del pleito las disposiciones sustantivas que dejé anotadas arriba, "dice el recurrente. Y después agrega:

"Al folio 10 del cuaderno número 4 aparece diligenciado el despacho que el Juez del conocimiento en este asunto, dirigió al Juez que conoce de la sucesión del señor Alcides Castellanos. Ese diligenciamiento es nada menos que copia auténtica, expedida de acuerdo con la ley y con la orden del Juez, del auto de fecha 14 de febrero de 1948 en el cual consta la apertura del juicio de sucesión del doctor Alcides Castellanos, y el reconocimiento de la señora Sara Castellanos v. de Saldaña, Elena Angelina Castellanos y Eva Castellanos Ortiz como herederas de Alcides Castellanos en su condición de hermanas legítimas de éste. Ese auto fue notificado al interesado y consentido según consta de la copia a que he aludido. De modo que está ejecutoriado.

"El Tribunal —continúa la demanda— no desconoce la existencia de ese documento que hace plena prueba al tenor del artículo 632 del Código Judicial sino que afirma, y ahí está el error básico de la sentencia, que con un documento de esa clase no se demuestra la calidad de herederos de las personas que forman la parte demandada, por cuanto en su concepto esa calidad sólo se demuestra con las partidas de origen civil o eclesiástico. He ahí el error, vuelvo a repetir".

Más adelante agrega:

"Cuando se presenta la declaración judicial de la declaratoria (sic) de heredero de una persona, se presenta al juzgador un documento auténtico, preconstituído, que hace plena prueba y que el juzgador tiene que acatar, y darle efectividad lo mismo que cuando se le presenta una escritura pública. Cuando no se presenta esa declaración sino que se presentan las partidas de origen civil, entonces el juzgador no está en presencia de una prueba directa sino que del estudio de las partidas deduce la calidad de heredero. En el primer caso es la presentación de la declaración judicial la que opera directamente, en el segundo caso es la deducción hecha por el juzgador en vista de las premisas que se le han presentado o sea de las partidas del estado civil".

Y concluye en el sentido de que por estar probada su calidad de herederas, no era el caso de hallar falta de legitimación de las demandadas en el presente juicio, con lo que se aplicó indebidamente el artículo 343, se violaron los artículos 597, 601 y 632 del Código Judicial y, por consecuencia, las normas sustantivas a que el cargo alude.

A su turno, el representante de la parte opositora conceptúa que la demanda de casación se funda en la tesis de que el estado civil puede probarse, y está probado en el juicio, por la copia del auto en que el juez de la causa mortuoria hace el reconocimiento de herederos. Y para rebatirla hace numerosas citas jurisprudenciales en materia de pruebas del estado civil, para establecer que ni por vía principal ni supletoria el auto en cuestión sirve para acreditar en juicio ese mismo **status.**

Se considera:

No siempre la vocación hereditaria obedece al estado civil. Basta contemplar la hipótesis en que el testador con libertad de disposición, por no tener legitimarios, instituye como heredero a un extraño. De donde se desprende que la calidad de heredero y el estado civil como categorías jurídicas no pueden confundirse, por más que el ordenamiento de la sucesión abintestato se funde en la familia y el parentesco y por consiguiente en el estado de las personas y sus vinculaciones recíprocas.

En los procesos judiciales sobre declaración de la paternidad natural, es legítimo contradictor precisamente el padre, y no otra persona, mientras viva. Por manera que después de su muerte son quienes continúan jurídicamente la persona del causante los llamados a contestar la demanda sobre filiación natural, esto es los herederos, parientes o extraños, siempre que en derecho ocupen la posición de quien ha fallecido.

Como corolario de lo anterior aparece que tampoco son bastantes siempre las pruebas del estado civil para demostrar la calidad de heredero de otra persona. De modo que si después de muerto el supuesto padre, dentro de la secuela del juicio sobre filiación natural no se trata precisamente de acreditar el parentesco entre el demandado y el causante, sino su calidad de heredero como condición ineludible para ser legitimada en la causa esa misma parte demandada, o sea en concreto el hecho de ser la persona o personas a quienes el ordenamiento jurídico coloca en el rango de contradictores para el reconocimiento de la paternidad por ministerio de la justicia, no hay duda de que entonces el decreto judicial que contiene la declaratoria de herederos demuestra por sí mismo quiénes son en derecho los continuadores legítimos del causante, aunque en no pocos casos de sucesión testamentaria no exista entre el instituído y el **de cujus** ninguna relación cuya causa se encuentre en el estado civil o en los vínculos del parentesco.

La sentencia de casación proferida por la Corte en 22 de febrero de 1952 dijo sobre estos particulares (V. Gaceta Judicial T. LXXI, 2110-2111, página 104):

"Legalmente procede el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la Ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte, contra sus herederos, como los continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción.

"Considera la Sala que la declaratoria de heredero traída al juicio y donde consta que los demandados fueron declarados como tales en la causa mortuoria de su hermano, es prueba suficiente, no sólo porque tal declaratoria se hizo con apoyo en las actas de estado civil, sino porque la declaratoria sumaria de herederos hay que respetarla, mientras no se pruebe lo contrario (G. J. Tomo 59, pág. 138)"

Es el caso de autos, al folio 10, cuaderno 4º, aparece copia autenticada del proveído en que el Juzgado Civil del Circuito de Espinal con fecha 14 de febrero de 1948, y con fundamento en las actas respectivas del estado civil reconoció a Sara Castellanos v. de Saldaña, Elena An-

gelina Castellanos y Eva Castellanos Ortiz como "interesadas" en el juicio de sucesión de Alcides Castellanos, en su calidad de hermanas legítimas del causante. Ese "interés" no puede ser otro que el de herederas, puesto que con evidencia se trata de interés jurídico como medida de la acción de las hermanas legítimas para intervenir en aquella mortuoria, en calidad de continuadores del difunto, con todas sus cargas y atributos.

La acusación se encuentra fundada. Sólo resta aclarar, por vía de doctrina, que cuando no aparece el carácter de heredero con respecto a la persona del fallecido presunto padre, no es que llegue a encontrarse la falta de capacidad para ser parte, como presupuesto del proceso, sino que está ausente la titularidad como elemento esencial de la acción para ser legitimada en la causa la parte contra la cual se dirige la demanda, y que por ello no es el caso de que el juzgador se inhiba de fallar en el fondo, como sucede cuando no ha podido formarse la relación jurídico procesal por falta de alguno de sus presupuestos (**legitimatio ad procesum**), sino que ha de proferir sentencia absolutoria, por no ser el demandado la persona contra la cual el derecho objetivo ha concedido la acción y que, por consiguiente, aparece libre de los cargos contenidos en las súplicas del libelo (**legitimatio ad causam**).

En efecto: los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable, o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (**legitimatio ad causam**), aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es: a), demanda formalmente admisible; b), competencia del juzgador; c), capacidad para ser parte, esto es capacidad general en derecho; y d), capacidad para obrar procesalmente, o sea capacidad de ejercicio (**legitimatio ad procesum**).

Por manera que en juicios sobre filiación natural el hecho de que el demandado no aparezca como heredero del supuesto padre, mira a la titularidad misma de la acción, dirigida en ese caso contra quien no está obligado a responder, ni tiene aptitud para contradecir según la ley, y por ello se predica la absolución. No se trata simplemente de saber entonces, ni es punto sub judice, si el demandado tiene capacidad general como sujeto de derechos u obligaciones, en que consiste la capacidad para ser parte como presupuesto procesal, sino de esclarecer, como viene dicho, si el demandado es la persona a quien las normas objetivas colocan en la necesidad de soportar las consecuencias de la acción intentada, por causa de la sentencia en favor de quien por ley es llamado a la titularidad del derecho.

La doctrina a que corresponden estos lineamientos generales quedó expuesta por la Sala con suficiente extensión en su fallo de fecha 19 de agosto de 1954, no publicado todavía en la Gaceta Judicial.

Pero si, como en el presente caso sucede, la calidad de herederos en la parte demandada se encuentra establecida en el proceso, surge nítidamente la conclusión de que el fallo inhibitorio del Tribunal de Ibagué no puede subsistir, y que es preciso a la Corte pronunciar en el fondo el fallo de reemplazo, después de las consideraciones siguientes:

Con numerosas declaraciones de personas sometidas a repreguntas, como varios colegas y compañeros en el ejercicio profesional de abogado del doctor Alcides Castellanos, su barbero habitual, y considerable número de vecinos que conocieron a la madre y al pretenso padre desde largos años atrás, además del testimonio del Notario del lugar, se acredita que desde el año de 1924 Rosa López y Alcides Castellanos establecieron en el Guamo relaciones sexuales notorias y con comunidad de habitación, o sea el estado de concubinato que se mantuvo entre ellos consecutivamente por varios años, al cabo de los cuales fue rota la unión de hecho, o al menos dejó de ser tan completa como antes. La demandante María Betty López de Orjuela, según la respectiva partida, nació en el Guamo el 10 de agosto de 1925, y fue bautizada el 24 de julio de 1928 como "hija ilegítima de Rosa López"; y el conjunto de testimonios antedicho, da clara noticia acerca de hechos y circunstancias conducentes a acreditar de modo fidedigno la posesión notoria del estado civil de hija natural de María Betty

frente al doctor Alcides Castellanos, por lo menos durante diez años continuos.

De tal conjunto de testimonios se desprende que durante aquel lapso, el doctor Alcides Castellanos, lejos de ser indiferente a la suerte de María Betty, atendió no sólo a los menesteres de la casa donde vivía con ella y con su madre Rosa López, sino que le dispensó públicamente el tratamiento de hija, le hizo obsequios de alguna consideración, como cabezas de ganado mayor, máquina de escribir, etc., intervino en forma eficaz para que María Betty contrajera matrimonio con Raúl Orjuela y pagó los respectivos derechos de iglesia, lo mismo que más tarde los gastos de la comadre, cuando María Betty dió a luz.

Todo este género de hechos, a más de las apreciaciones personales que aducen los testigos para expresar su propia convicción y la del vecindario del Guamo en general, es atinente a las causales 4ª y 5ª para declarar la paternidad natural según el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tanto más cuanto que las contrapruebas de la parte demandada no desvirtúan los hechos fundamentales de aquel estado civil, puesto que se limitan de modo vago y general a decir o insinuar que la López tuvo relaciones con otros hombres, que el verdadero padre de María Betty es otra persona, y que Alcides Castellanos mantuvo vínculos de la misma índole con otras mujeres. Todo lo cual no contradice ciertamente ni el concubinato formal con Rosa López en tiempo propicio a la concepción de María Betty por acto de Alcides Castellanos, ni la posesión notoria del estado de hija natural a que se refiere con exactitud y claridad suficiente aquel más numeroso y distinguido grupo de declarantes.

A pesar del cuidadoso rigor con que debe apreciarse la prueba en cuestiones de filiación natural, puesto que la paternidad se produce en campos siempre ocultos, es lo cierto que en el presente caso todo induce a entender que María Betty López de Orjuela es en realidad hija natural del doctor Alcides o Eusebio Castellanos Ortiz.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 5 de septiembre de 1952, y en su lugar

Resuelve:

María Betty López de Orjuela, concebida en Rosa López, es hija natural del doctor **Alcides** o **Eusebio Castellanos Ortiz,** con los derechos sucesorales inherentes a ese estado civil.

No hay costas.

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

Darío Echandía — Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R., con salvamento de voto. — José Hernández Arbeláez — Ernesto Melendro Lugo. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE J. GOMEZ R.

De nuevo tengo la pena de separarme de mis honorables colegas, en la votación del proyecto de sentencia que desata el recurso promovido contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechado el 5 de septiembre de 1952 y proferido en juicio de María Betty López de Orjuela contra la sucesión de Alcides Castellanos, porque sigo creyendo que la acción de investigación de la paternidad natural caduca al morir el pretenso padre, de acuerdo con las leyes vigentes.

Hoy lo creo con mayor persuación, si cabe, en vista de los resultados de una acción que se ejerce siempre después de la desaparición del natural extremo pasivo de la relación procesal que tiene por objeto investigar la paternidad, por un porcentaje insignificante del número inmenso de hijos nacidos en Colombia de uniones ilegítimas, lo que prueba que ningún beneficio apreciable ha producido esta acción ejercida después del fallecimiento, y sí agravio serio a la moral en aquellos casos —que son casi todos— de procesos fabricados sobre las tumbas de los muertos, cuyo patrimonio mueve ardorosamente la codicia de los vivos, generalmente estimulada por los más vivos.

Mientras no se compulse a los hijos y a sus madres, a ejercer tal acción en un lapso determinado, la investigación de la paternidad natural no cumplirá la función que le atribuyen con demasiado optimismo las normas abstractas de la ley 45 de 1936, ni podrá realizarse la elemental justicia de proporcionar a quienes no son hijos de matrimonio, instrumento adecuado para señalar eficazmente a quienes tienen la responsabilidad de haberlos engendrado. Dejar esta acción al tiempo, es negar su misión; y dejarla al tiempo después de fallecido el padre, es suscitar el apetito desordenado, no de investigar la paternidad sino el patrimonio de los desaparecidos.

Por ello, son los pueblos que prescriben una investigación administrativa subsiguiente al nacimiento, en un corto lapso, los que ven mejor, con mayor equidad, estos problemas de la búsqueda del padre. No hay sér humano a quien pueda negérsele el derecho de inquirir por él, por más dañado y punible que haya sido el ayuntamiento que lo produjo.

El ser hijo implica una relación de causalidad que hasta ahora no ha fallado; la de tener un padre. Saber quién es, es poder subjetivo, de derecho natural, porque responde a la cósmica función biológica y a la personalidad humana, dotada de una razón libre que ancla su vida y su suerte en las generaciones. Y un deber correlativo del Estado, también elemental, es el de garantizar aquel derecho brindándole al hombre medios eficaces para señalar a su progenitor y exigirle la responsabilidad que le impone este carácter; y quizá para intervenir directamente en esa tarea inquisitiva, sin dejarla a la indiferencia y al abandono, como ocurre en Colombia, ya que el Estado debe proporcionar a los asociados el mayor bienestar posible, y esto de ofrecerles el instrumento seguro de hallar a su padre, es apenas el principio de ese bienestar. Procediendo, como en aquellos pueblos, sin dejar la acción para el tiempo, sino sobre los hechos frescos, indeformables, fácil es que brille la verdad rápidamente, dejando zanjado y resuelto un problema hondamente ligado al hombre, a la sociedad de que hace parte y al Estado, que no tiene otro fin que el de velar por su destino.

Pero, esta tarea a los años, a los 30, a los 50 o más años, ya muerto el padre, no es forma humana de atender a tan importante función, ni de asegurar a la justicia conmutativa su imperio.

Entre nosotros no les importa a los hijos nacidos fuera de matrimonio su filiación paterna. Por eso no les ha importado en 18 años que lleva de vigencia la ley 45, el ejercicio de la acción establecida. Es que suman ya muchos años de abandono los hijos sin padre, y ya no les hace falta; están acostumbrados a no tenerlo, a no contar con él en la vida, y ello como consecuencia de varios siglos de irresponsabilidad y de abandono por parte de los progenitores. Se trata de una mentalidad que ni es medioeval ni es moderna, porque es fruto de una libertad mal entendida, estilo 89, que se transforma rápidamente es una irresponsabilidad personal que no tiene límites ni excepciones de clases ni de actividades u ofi-

cios. Están enseñados a no tener padre, y las madres están acostumbradas a sintetizar en ellas la maternidad y la paternidad, con su grandeza y sus infortunios. Ya se vió el ejemplo del ilustre entre los ilustres colombianos, cuyo padre le ofreció su nombre y su protección, cuando ya no los necesitaba. A juzgar por el porcentaje de nacimientos en los veinticinco años, en Colombia pasan de tres millones los hijos ilegítimos, de los cuales es razonable suponer que un porcentaje insignificante ha sido reconocido voluntariamente por sus padres. Los demás, es decir, casi la totalidad, no experimentan la necesidad espiritual ni material, ni social, de su reconocimiento, porque toda una conciencia de desdén, originada en la propia irresponsabilidad paterna, se ha transmitido hasta ellos de generación en generación. Averígüese el número de demandas de filiación natural que hoy cursan en los juzgados de la República, y ello dará una cifra irrisoria, y descuéntese el número de los juicios contra los muertos —que son mayoría— y se verá que las restantes responden a un número mínimo, verdaderamente ridículo en presencia de aquella inmensa población sin padre.

Así, pues, el fracaso de la nueva acción se debe a falta de términos compulsatorios; y la doctrina jurisprudencial, en su raíz sentimental, que permite ejercerla después de muerto el padre, ha sido el peor enemigo de una ley cuya aplicación debe tender ante todo a crear una nueva mentalidad en el pueblo colombiano, sobre el derecho que asiste al hombre de inquirir por su filiación y el deber que pesa sobre el Estado para hacer viable ese derecho; mas tal mentalidad no se crea dejando el ejercicio de la acción al tiempo y mucho menos cuando el responsable ha fallecido.

En salvamento de voto a la sentencia que decidió la casación interpuesta contra el fallo del Tribunal de Bogotá, pronunciado en el juicio de filiación natural de Leonilde Herrera López contra Alejandro Martín Trujillo, me permití decir lo siguiente, que ahora repito:

"No es menester, para hacer justicia, consagrar acciones poco menos que perdurables. Ni fermentar su ejercicio en caldos de confusión y de apetitos que no conducen sino al dolo. Jamás se dijo que se niega un derecho porque la ley le marca tiempo a la acción que lo protege. La prescripción, con su sentido histórico, universal y perpetuo, vive contando a los derechos y a las acciones los días de su duración. Eso es disciplina, equilibrio, equidad, orden social, sucesivo y permanente corte de cuentas entre los hombres, para llevar tranquilidad a los espíritus y seguridad a los patrimonios. A más de esto, en el caso de la investigación de la paternidad natural, se mezcla un factor importantísimo, cual es el carácter propio y personal del hecho de la paternidad, que sólo habilita al padre, a su autor, para responder eficazmente, con conocimiento de causa.

"Nuestra ley 45 de 1936 copió de la ley francesa de 12 de noviembre de 1912 y lo que no copió fue por que lo reformó tratando de expedir una ley mejor. Dicha ley reclama algunas reformas y aclaraciones que la hagan más justa, más justa para los hijos naturales y más justa para los presuntos padres, y más adecuada a un medio como el nuestro, en que al hijo no le importa al reconocimiento legal de su naturalidad, ni en vida del padre ni muerto el padre, porque —repito— el porcentaje de demandas de filiación no alcanza al dos por mil en la enorme masa humana nuestra nacida fuera de la unión conyugal. Fallecido el padre importa si a quienes se han especializado en esta llamada "industria de hijos naturales".

"La organización de la acción en vida del padre obligaría a las madres, primero, y después a los hijos, a pensar en que tienen un instrumento eficaz, de múltiples proyecciones, que deben hacer valer oportunamente: obligaría también a los hombres a ver que una mayor responsabilidad gravita sobre ellos, sabedores de que no será después de su muerte cuando se trata de investigar en su conducta todo lo relacionado con los hijos habidos fuera de matrimonio. En estas materias, como en ninguna otra, no son los extremos en donde se asienta lo justo, ni la negación de la acción de investigación, como antes sucedía en Francia y en Colombia sucede hoy en Rusia, ni la vigencia perpetua de la misma, ejercitable contra el padre y contra sus sucesores, sin límite en el tiempo.

"No considero fuera de lugar hacer una referencia al proyecto que acaba de formular la Comisión Revisora del Código Civil sobre el ejercicio de la acción de que se trata. Dice así:

" 'Para subrogar los artículos 10 y 12 de la ley 45 de 1936):

'La acción de investigación de la paternidad natural está sometida a las siguientes raglas:

'1ª—El hijo, por medio de su representante legal, podrá ejercerla dentro de los cinco años siguientes a su nacimiento, a menos que el concubinato haya continuado, o el pretenso padre esté

atendiendo al sostenimiento o educación del hijo. En estos casos el término se contará a partir de la cesación del concubinato o del sostenimiento o educación del hijo.

"2ª—Cuando la acción no se ejerza dentro del término señalado en la regla anterior, podrá serlo directamente por el hijo o por su representante legal, si fuere incapaz, dentro de los dos años siguientes a la mayor edad.

'3ª—La acción debe ejercerse en vida del padre, a menos que el hijo haya nacido después de su muerte, y que el fallecimiento haya ocurrido antes de cumplirse el término de que trata la regla primera, en cuyos casos podrá dirigirse contra los herederos, hasta la expiración de dicho término.

"Los herederos representan al padre que fallece después de notificada la demanda.

'4ª—Cuando el juicio se promueva contra los herederos, la acción se adelantará con emplazamiento de quienes se crean con derecho a intervenir en él; y

'5ª—Los términos aquí señalados son de caducidad; y los fallos que en estos juicios se pronuncien tienen siempre efectos respecto de todos.

"La regla primera señala un primer término (los cinco años siguientes al nacimiento); pero, como sería contraria a la naturaleza de los sentimientos humanos que se ejerciera pendientes las relaciones entre los padres o hallándose el padre atendiendo o educando al hijo, dicho lapso no corre sino después de concluídas las relaciones o los cuidados del padre.

"La segunda conserva la acción a favor del hijo mayor, durante dos años, si la madre o su representante legal no la ejercieron en el primer período.

"La tercera hace sobrevivir la acción cuando el hijo nace después de la muerte del padre o ésta sobreviene durante el primer período, o ya notificada al padre la demanda.

"La cuarta consagra el sistema de emplazamiento para cuando la acción se dirija contra los herederos, y según la quinta, toda sentencia que declare una paternidad natural producirá efectos **erga omnes.**

'Parece que con una enmienda como la expresada, se lograría un estatuto más equitativo para todos".

Considero que estamos en presencia de un gravísimo problema: el de un estatuto legal, noble y justicieramente orientado y concebido, que se enfrenta a la realidad colombiana, con el peor de los resultados.

De manera que a las razones ya conocidas sobre la caducidad de la acción a la muerte del padre, me permito agregar las consideraciones que anteceden y que, según mi modesto criterio, acendran visiblemente aquellos motivos.

Bogotá, octubre 22 de 1954.

José J. Gómez R.

ACCION DECLARATIVA DE PERTENENCIA.— PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS. — ERROR DE HECHO EN CASACION

1.—Si el comunero después de la expedición de la ley 51 de 1.943, prefiere legitimar su aspiración a la declaratoria judicial de pertenencia, con fundamento en al ley 120 de 1.928 y sin acogerse a la ley 51, ningún obstáculo se opone a la acción así deducida en juicio, máxime cuando los presuntos comuneros, ciertos o inciertos, a quienes la demanda pueda perjudicar, están en aptitud de defender ampliamente, dentro del procedimiento que ella estatuye, los derechos que tengan en el fundo indiviso. La ley 51 de 1.943 no es más que una ley interpretativa, que vino a refrendar la jurisprudencia, consagrada firmemente antes de que el Congreso la expidiera, sobre prescripción entre comuneros.

2.—Para que el error de hecho sirva de base a la casación, tiene que ser evidente o manifiesto, es decir, que consista en dar por probados hechos que en realidad no lo están, o en estimar como no probados hechos que lo están, o en dar a la prueba un significado en absoluta discordancia con lo que ella expresa. La Corte ha repetido hasta el cansancio que no siendo la casación una tercera instancia, sino un recurso estatuído para unificar la jurisprudencia en la recta interpretación de la ley, no todo error en materia probatoria funda la casación de una sentencia sometida a ese recurso.

3.—En el juicio de pertenencia, cuando hay oposición, se tramita por la vía ordinaria, y ya no es indispensable la rigurosa observancia del principio de la inmediación en materia probatoria, puesto que el opositor, persona conocida, está en aptitud de intervenir en la producción de la prueba ante el juez comisionado, formulando interrogatorios, tachas etc.

4.—Conforme al artículo 765 del Código Civil las hijuelas son, por sí solas, títulos traslaticios de dominio y, por tanto, hay que considerarlas como suficientes para su comprobación, siempre que a éstas no se les oponga otro título anterior, pues en ese evento hay que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela, hasta dar con uno anterior al opuesto a ella. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario. (G. J. T. XLIX, pág. 312).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintidos de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Márquez Páez)

El cinco de octubre de mil novecientos cincuenta, Ana Delia Torres, por medio de apoderado, propuso ante el Juez de Circuito de Ambalema la acción declarativa de pertenencia, por prescripción extraordinaria, de un fundo ubicado en el Municipio de Lérida con cabida aproximada de ocho hectáreas, denominado "El Resguardo", cuya alinderación expresó en el libelo. Consecuencialmente, solicitó la inscripción de la sentencia en el Registro.

Al efecto, invocó el artículo 7º de la ley 120 de 1928, que es el pertinente cuando la acción se dirige no habiendo personas conocidas o presuntos interesados en contradecirla, y expuso los hechos fundamentales que pasan a relatarse someramente: 1º La actora fue adjudicataria del aludido lote en el juicio de sucesión de Eleuterio Torres, su padre, como lo demuestra la escritura Nº 113 de 19 de marzo de 1943, por la cual se protocolizó ese proceso. 2º Desde la muerte del causante, la misma actora tomó posesión de la finca y ha venido explotándola quieta, pacíficamente, "sin pedirle consentimiento a nadie, y a ciencia y paciencia de todos sus colindantes". 3º De su lado, Eleuterio Torres hizo lo propio hasta su fallecimiento, a partir de 1926, año en el cual adquirió el fundo, por medio de la escritura Nº 329 de 27 de julio, otorgada en Ambalema, debidamente inscrita, siendo su vendedor Marco Tulio Naranjo. En los hechos 4º a 8º afirma la posesión, en cadena no interrumpida, de los antecesores de Naranjo, remontándose hasta el causante Cesáreo León,

de quien dice que "desde el año de 1.914 hasta cuando murió, mantuvo la posesión quieta y pacífica del referido lote de "El Resguardo", junto con mayor extensión de terreno, sin pedirle consentimiento a persona alguna y a ciencia y paciencia de todo el mundo".

El Personero Municipal —parte en el juicio—, encontró bien fundada la demanda. No así, Belén Dimas de Zamora, ni Simeón Alcázar, quienes por considerar lesionados con ella su derecho de dominio, formularon oposición, constituyéndose en demandantes de la actora, mediante procedimiento ordinario, como lo prevé el artículo 11 de la precitada ley para los opositores que no están en posesión de la finca.

Afirman los opositores demandantes, en síntesis: que el fundo objeto de la acción de pertenencia de Ana Delia Torres fue parte integrante de la gran comunidad denominada San Francisco de la Sierra, en Lérida; que Eleuterio Torres fue condómino en esa comunidad; que ésta fue dividida, de acuerdo con la ley, como consta en la escritura pública Nº 407 de 16 de agosto de 1943, otorgada en Ambalema y debidamente registrada; que en tal partición correspondió el lote Nº 352, especificado por linderos ,a Pío Víctor Suárez; que en el mismo acto partitivo se asignó a Eleuterio Torres el lote Nº 358, con una cabida O h., 3.750 metros cuadrados, también claramente alindado; que la viuda de Pío Víctor Suárez, única heredera suya, vendió sus derechos en el lote 352 a Eugenio Sánchez, y que ambos obtuvieron a su favor en el juicio de sucesión de Suárez el decreto de posesión efectiva la herencia; que Eugenio Sánchez vendió a Belén Dimas de Zamora, por medio de la escritura pública Nº 803 de 3 de agosto de 1949, otorgada en Honda (y aclarada por la Nº 391 de 3 de julio de 1951, pasada ante el Notario de Ambalema) diez y seis hectáreas del lote que en dicho juicio sucesorio le correspondió; que el mismo Eugenio Sánchez, por escritura pública Nº 802 de 3 de agosto de 1949 —Notaría de Honda— vendió a Simeón Alcázar otra parte del mismo lote; que el bien inventariado en el juicio de sucesión de Eleuterio Torres, en cuanto comprendido en la extinguida gran comunidad de San Francisco de la Sierra, no es el que en ésta le fue adjudicado como lote Nº 358; que el fundo señalado en la acción de pertenencia de Ana Delia Torres se superpone a los dos mencionados de Belén Dimas de Zamora y de Simeón Alcázar; que "con fecha 1º de octubre de 1942,... ..se registró la partición del globo común de tierras de San Francisco de la Sierra ,jurisdicción del Municipio de Lérida, con su sentencia aprobatoria, dictada por el Tribunal de Arbitramento de la Comunidad, confirmada por sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el 20 de mayo de 1940", y allí consta la cartilla 261, contentiva de la adjudicación del lote Nº 358 a Eleuterio Torres (C. 1º., f. 71); y finalmente, que "cuando se registró la hijuela de adjudicación de Ana Delia Torres en el juicio de sucesión de Eleuterio Torres, ya había sido registrada con anterioridad la partición de la Comunidad de San Francisco de la Sierra" (C. 1º f. 68 v.).

Por todo ello, la demandante Belén Dimas de Zamora niega el derecho de Ana Delia Torres "en cuanto pretende atribuirse y sumarse en su favor las posesiones anteriores ,porque la partición de la comunidad interrumpió la posesión de los comuneros en todo aquéllo que no les haya sido adjudicado"; y, además, pide "que del lote de "El Resguardo" que alindera (sic) Ana Delia Torres.... se excluya la parte del lote de terreno afectado en su extensión y que (le) pertenece en domino y posesión por haberlo adquirido de legítimo tradente".

Por lo mismo, Simeón Alcázar se opone a las pretensiones de Ana Delia en cuanto el terreno por ella señalado se superpone al lote de dicho opositor, y pide que no se la tenga como tercero, en lo relativo a la división de la Comunidad de San Francisco de la Sierra, por estar sujeta a lo preceptuado en el art. 779 del Código Civil, como sucesora del partícipe Eleuterio Torres.

El juez de la causa decidió el litigio por sentencia de diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, denegando la acción de pertenencia aludida y declarando fundadas las dos oposiciones por considerar que los demandantes en el juicio ordinario son "poseedores inscritos y materiales de partes del lote que pretende prescribir la señora Ana Delia Torres, que están dentro del lote número 352 de la extinguida comunidad de San Francisco de la Sierra, alinderado por los títulos que acompañaron Simeón Alcázar y Belén Dimas de Zamora".

El Tribunal Superior de Ibagué, en apelación, por sentencia de veintisiete de octubre del mismo año, revocó la del inferior y, en su lugar, resolvió:

"1º—**Declárase** a Ana Delia Torres, **propietaria**, en virtud de haberlo adquirido por prescripción y posesión económica, quieta, pacífica e ininterrumpida de más de treinta años contados hacia atrás, del lote de terreno denominado 'El Resguardo', de extensión aproximada de ocho

(8) hectáreas, ubicado en jurisdicción del Municipio de Lérida y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el Norte, linda con terreno y mejoras de Rafael y Eduardo Zamora; por el Sur, linda con terreno y mejoras de José Dávila; por el Oriente, linda con terreno y mejoras de Joaquín Alcázar; y por el Occidente, linda con terreno y mejoras de Célico Ramírez y Pantaleón Aranzales". y

"2º—Inscríbase esta sentencia en el Libro Nº 1º de la Oficina de Registro de II. PP. y PP. del Circuito de Ambalema.

"Como el apelante no perdió el recurso, no es el caso de condenarlo en costas (numeral 3º del Art. 2º del Decreto Nº 0243 de 1.951".

Los demandantes Alcázar y Belén Dimas de Zamora interpusieron, y les fué concedido, el recurso de casación. A resolverlo procede la Corte, agotado como se halla el trámite previo, comenzando por extractar los pasajes fundamentales del fallo, recurrido.

En síntesis son éstos los motivos, o, mejor dicho, es éste el motivo del Tribunal, reiteradamente expuesto bajo la formas que pasan a copiarse:

"El a-quo desató la primera instancia en favor de los oponentes no porque ellos hayan probado posesión material del lote objeto de la acción, sino porque la partición de la gran comunidad de "San Francisco de la Sierra", de donde se desprende el lote adjudicado a Pío Víctor Suárez, conferido en posesión efectiva conjuntamente a Josefa Díaz v. de Suárez y Eugenio Sánchez Rojas y transferido por éste a Belén Dimas de Zamora y Simeón Alcázar, se registró el **10 de octubre de 1942**, y la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sucesión de Eleuterio Torres, en que se adjudicó a Ana Delia Torres el lote de terreno denominado "El Resguardo", fue inscrita posteriormente, o sea el **19 de Noviembre de 1942.**

"El Juzgado enfocó y decidió el pleito, por el aspecto de la posesión inscrita, sin tener en cuenta para nada la posesión material de la demandante, o sea el **elemento básico** de la acción.

"Puede pedir la declaración judicial de pertenencia, según el art. 2º de la precitada Ley, todo aquel que tenga una prescripción adquisitiva de dominio, la cual una vez inscrita en el Libro 1º de la correspondiente oficina de registro, producirá los efectos señalados en el Art. 2524 del Código Civil.

"La prescripción adquisitiva puede ser **ordinaria** siempre que la posesión material sea por lo menos de diez años; y extraordinaria, para la cual la posesión material debe ser de treinta años.

"La primera es la posesión regular siempre que esté acompañada de justo título y buena fe; y la segunda es la posesión irregular (artículos 2527, 2528, 2529 y 2532 ibid.).

"El inciso 2º del Art. 764 del mencionado código tiene como títulos idóneos, para que nazca la posesión regular, los traslaticios de dominio o sean los que por su naturaleza sirven para transferirla, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, etc.; y conforme al Art. 766, el título además de traslaticio de dominio debe ser justo y válido, esto es, en las mismas condiciones del requerido para la adquisición del dominio por tradición, que en lo referente a inmuebles debe constar por escritura pública debidamente registrada.

"En el caso en pleito, la posesión inscrita de más de diez años y la material en más de treinta años, en favor de Ana Delia Torres, están plenamente demostradas".

2º—"La inscripción de los títulos de los **antecesores** en el dominio de la demandante Ana Delia Torres, es anterior al registro de la sentencia aprobatoria de la partición de la comunidad de "San Francisco de la Sierra"; y su posesión material, por medio de actos positivos, del lote de "El Resguardo", se remonta a un lapso de tiempo superior al exigido por la ley para la adquisición del dominio por prescripción extraordinaria, la que no ha sido interrumpida por los oponentes por ningún medio legal".

El recurso

Tres son las acusaciones que el recurrente formula contra la sentencia de Ibagué, en su difusa demanda, y ellas pueden concretarse con algún esfuerzo, de la siguiente manera:

1ª—Violación indirecta de estos artículos: 1º, 2º, 5º y 7º, de la ley 120 de 1928; 1º, 2º, 5º y 7º, de la ley 51 de 1943; 1758, 1759, 2512, 2523, numeral 2º, 2.524 (en relación estos dos últimos con el 1.401), 2527, 2528, 2529 y 2.531 del Código Civil.

Al efecto dice el demandante que el Tribunal declaró la prescripción adquisitiva a favor de Ana Delia Torres "sin detenerse y pasando enteramente por alto estos hechos plenamente demostrados con las probanzas que se mencionan en seguida: el haberse verificado y registrado ya (sic) partición de la comunidad de la Sierra; el remontar su origen a dicha comunidad tanto la finca de "El Resguardo" como los terrenos de los opositores, y el superponerse especialmente la pretensión de dominio de la de-

mandada a la comprensión territorial de que son titulares los propios opositores" (Adelante la Corte se referirá a las pruebas que cita el recurrente);

Particularmente observa en este cargo:

La violación del artículo 5º de la ley 51 citada (sobre prescripción entre comuneros)es consecuencia de que el precepto "exige como presupuesto de la acción en estos casos que del certificado del Registrador que ha de acompañarse a la demanda resulte "que no se ha registrado partición completa del predio". Tal certificado, sin embargo, obra en autos.

Y agrega el recurrente:

"He de advertir que la violación del art. 7º de la Ley 51 de 1.943 la deduzco principalmente de su no aplicación al caso de autos, puesto que de haberla siquiera tomado en cuenta el H. Tribunal, habría concluído rectamente que la sentencia aprobatoria de la partición de la comunidad de la Sierra vinculaba y vincula (entre sí) a los copartícipes y sus sucesores sin que sea posible hacer caso omiso de ella para efectos como los que aquí se persiguen. Y que la violación del art. 2º de la misma Ley 51 también resulta de que este precepto exige como condición sine qua non para la prosperidad de estas acciones el que no medie sociedad ni se haya "celebrado otra convención relativa a la misma cosa", pues aquí consta, —en particular de los certificados del Registrador de Ambalema antes enunciados—, que la partición de la comunidad fue la culminación de un arbitramento, extremo posiblemente pactado.

"En este mismo orden de ideas, no concluiré sin anotar también la violación de los artículos 473 y 474 del C. J. sobre el mérito legal de la cosa juzgada, que es lo que resulta para los copartícipes y sus causahabiente de haber quedado en firme y registrada la sentencia aprobatoria de la partición de la comunidad de la Sierra".

2ª—Violación indirecta de las mismas disposiciones a que se refiere el anterior cargo, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de los testimonios de los señores Tribiño, Cepeda M. y Rodríguez T., sobre posesión de la demandada Torres.

Ninguno de ellos, dice el recurrente, acredita la efectividad, continuidad, publicidad y tranquilidad en dicha posesión, ni menos que ésta se haya extendido a más de treinta años.

Tales testimonios, además, son vagos y fueron rendidos ante juez comisionado, contra lo prevenido en el artículo 8º de la ley 120 de 1928.

Los linderos del fundo, que los deponentes determinan según el interrogatorio de la demandada, sólo existen a partir del año de 1926, año en que Marco T. Naranjo lo vendió a Eleuterio Torres.

Por último, el testigo Rodríguez se contradice porque a pesar de su afirmación de que conoció a este comprador nueve años antes de declarar, le atribuye posesión allí desde aquel año de 1926.

3ª—Violación de los artículos 1º y 2º de la precitada ley 51 de 1.943 (sobre prescripción entre comuneros), porque según el entendimiento que de tales preceptos tiene el recurrente, "la acción de prescripción no puede proponerse ni es viable una vez que se haya registrado la partición del predio común". El Tribunal los violó, pues, por errónea interpretación.

Examen de los cargos

Antes de proceder al análisis de las extractadas acusaciones, conviene dejar muy en claro que la acción de pertenencia deducida en el proceso se funda exclusivamente en la ley 120 de 1928, no en la 51 de 1943. Para acogerse a ese estatuto, ningún tropiezo se oponía a la actora porque tal ley, entre otras múltiples finalidades que se le asignaron, tuvo y ha tenido, según sus claros antecedentes, la de estabilizar jurídicamente la situación creada con la posesión, en las condiciones legales, de cuerpos ciertos, adquiridos como tales, cuando el tradente apenas tenía derechos en una sucesión o en una comunidad singular.

De esta suerte, virtualmente se contenía en la ley 120, el derecho que de modo concreto hoy otorga la ley 51 de 1.943 al comunero que haya poseído, con ánimo exclusivo, determinadas parcelas de un predio indiviso, en condiciones tales que justifiquen la declaración de prescripción adquisitiva. De manera que si el comunero, después de la expedición de la ley 51, prefiere legitimar su aspiración a la declaratoria judicial de pertenencia, con fundamento en la ley 120 y sin acogerse a la ley 51, ningún obstáculo se opone a la acción así deducida en juicio, máxime cuando los presuntos comuneros, ciertos o inciertos, a quienes la demanda pueda perjudicar, están en aptitud de defender ampliamente, dentro del procedimiento que ella estatuye, los derechos que tengan en el fundo indiviso. La ley 51 de 1.943 no es más que una ley interpretativa, que vino a refrendar la jurisprudencia,

consagrada firmemente antes de que el Congreso la expidiera, sobre prescripción entre comuneros.

Pero hay que dejar sentado que si lo dicho es exacto, no es aceptable que el opositor, dentro del procedimiento regulado por la ley 120, pretenda, por la sola circunstancia de comparecer como comunero, trasladar allí las exigencias requeridas por la ley 51 para el caso particular que ésta contempla, tales como las señaladas por ésta en su artículo 5º Se hace esta observación previa, porque algunos de los cargos que pasan a analizarse, en cuanto predican violación de la ley 51 de 1943, están edificados en ese falso supuesto.

Dicho lo anterior, se procede al examen de los cargos.

Cargo 1º—Las pruebas que, en concepto del recurrente, pasó por alto el Tribunal, incurriendo en error manifiesto de hecho y en error de derecho, con el resultado de violar indirectamente las disposiciones que allí cita, son éstas:

a) El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, que acompañó Ana Delia Torres a su demanda, del cual aparece la partición de la comunidad de San Francisco de la Sierra fue inscrita el 1º (sic) de octubre de 1942, como inscrita está la escritura de protocolización del juicio divisorio en referencia, en el que se formó hijuela o cartilla a Eleuterio Torres. En el mismo certificado se da fe, en armonía con los instrumentos aportados por dicha actora, de la inscripción del título de Ana Delia Torres, como adjudicataria en la sucesión de Eleuterio, y del registro de los demás títulos de dominio de los antecesores del causante Torres, llegando hasta Cesáreo León.

En esos instrumentos, dice el recurrente, se habla de que el lote de "El Resguardo" está comprendido dentro del globo común de tierras denominado "San Francisco de la Sierra";

b) Otro certificado del Registrador, aportado por los opositores demandantes, en que se da fe del registro y vigencia de sus títulos, ya conocidos; y del registro de la escritura de protocolización del juicio sucesorio de Pío Víctor Suárez, su tradente, quien había sido adjudicatario o partícipe en la división de la gran comunidad en referencia; y

c) El acta de la diligencia de inspección ocular practicada dentro del juicio, y el correspondiente dictamen pericial, piezas que acreditan la identificación de los dos lotes de los demandantes-opositores, como parte integrante del lote Nº 352, adjudicado a Pío Víctor Suárez en la división de la comunidad de San Francisco de la Sierra; y que "con la declaración de pertenencia solicitada", se afectarían los derechos de esos litigantes, "ya que se superpondría el lote de "El Resguardo". a las extensiones territoriales de que son titulares aquéllos."

Se considera:

No es verdad que el Tribunal haya pasado por alto la presencia y valoración de las pruebas que acaban de mencionarse.

Bajo epígrafe "**A petición de la demandante**". y en los ordinales **a)** a **g)** e **i)** de ese capítulo, relativo a pruebas decretadas a petición de esa parte, relaciona el sentenciador algunas de aquéllas a que se refiere el recurrente. Y bajo epígrafe "**A petición de los oponentes,** numerales 1º a 7º, expone el contenido de las demás que el mismo demandante menciona en este primer cargo.

Tampoco el sentenciador, al hacer el recuento de todas esas pruebas, niega el registro del fallo aprobatorio de la partición de la comunidad de San Francisco por el contrario, afirma que ese acto ocurrió el 10 de octubre de 1942, conforme lo expresa el certificado del Registrador de Ambalema.

Además, transcribe el dictamen pericial, acorde con lo observado en la inspección, según el cual "la alinderación del lote de "El Resguardo" que se pretende prescribir por la señora Torres está superpuesta **en parte** sobre los lotes de terreno de Belén Dimas de Zamora y Simeón Alcázar, en la proporción de tres hectáreas aproximadamente en cada lote, es decir, tres hectáreas en predios de Alcázar y tres en predios de Belén Dimas de Zamora".

Y cuanto a que estos predios y "El Resguardo" formaran parte integrante de la gran comunidad de San Francisco de la Sierra, el Tribunal, en su memorado recuento, jamás aseveró algo que contradijera ese hecho.

No existen, pues, los errores de derecho y manifiesto hecho, por pretermisión de examen y valoración de los expresados medios probatorios, que es el fundamento dado al cargo en estudio, cuyo fracaso, desde el punto de vista propuesto, es ineludible.

Lo que ocurre es que el Tribunal, previo el examen de todo el haz de pruebas ofrecido por las partes, llegó a la convicción de que el derecho de dominio, con base en la prescripción, **está mejor caracterizado** de parte de Ana Delia Torres que de parte de sus demandantes, a pe-

sar de la división de la comunidad de San Francisco (ocurrida antes de la demanda de aquélla), porque la actora en el juicio de pertenencia acreditó la posesión treintenaria del fundo, y exhibió una cadena de títulos registrados, de ella y de sus antecesores, que se remonta hasta el 24 de marzo de 1.906; al paso que los demandantes en el debate ordinario de Alcázar y de Zamora limitáronse a aportar, como títulos de propiedad, las copias de las escrituras públicas registradas números 802 y 803 de 3 de agosto de 1949, de la Nº 397 de 3 de julio de 1951 (aclaratoria de la Número 803) y de la escritura número 1328, de 18 de agosto de 1949, otorgada ésta en la Notaría Quinta de Bogotá, y por medio de la cual se protacolizó el juicio de sucesión de Pío Víctor Suárez, en el cual consta que el 30 de marzo de ese año se decretó la posesión efectiva de la herencia conjuntamente a Joséfa Díaz v. de Suárez y a Eugenio Sánchez Rojas, (vendedor éste de los demandantes como consta en las citadas escrituras 802 y 803).

Si alguna violación de la ley hay en semejante considerando del Tribunal, no se ha incidido en ella a través de la crítica probatoria. Tal quebranto sería directo, en cualquiera de las tres especies que él puede asumir, según el artículo 520, causal 1ª, del Código Judicial. Pero de esto no se trata en la parte de la acusación que viene analizándose.

Finalmente, y para terminar el examen del cargo, en el que incorrectamente se mezclan acusaciones de distinta índole, la Corte expone:

«No hay, ni puede haber en este caso, infracción directa de los artículos 2º, 5º y 7º de la ley 51 de 1943, por no haber sido aplicados, ni de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, porque los citados preceptos de aquélla ley se refieren, en su orden, exclusivamente, a la admisibilidad de la acción de prescripción entre comuneros, a pesar de haberse demandado antes la división de la comunidad; a las condiciones especiales que debe reunir la demanda del comunero presunto prescribiente y a los efectos de "la sentencia que se pronuncie en estos juicios". Y el pleito de que se trata no fue promovido por Ana Delia Torres invocando su calidad de comunera, ni está entablada la acción contra condóminos, sino simplemente la ejercitó como prescribiente de un fundo especificado y la dirigió erga omnes. Por lo mismo, el fallo del Tribunal en este proceso mal pudo violar la cosa juzgada en relación con la sentencia que haya recaído en el juicio de división de la comunidad de San Francisco de la Sierra, de la cual no se trajo copia a los autos.

Se rechaza el cargo.

Cargo 2º—Leídas atentamente las declaraciones a que el recurrente se refiere para imputar al sentenciador errores de hecho y de derecho en su apreciación, con el resultado de violar indirectamente las disposiciones sustantivas mencionadas en el cargo primero, no encuentra la Corte tales errores, pues el Tribunal, en la síntesis que hace ellas (fs. 98v. a 99 1º), se limita a reproducir los testimonios de Pablo Cepeda Mogollón, Isaías Tribiños y Máximo Rodríguez Torres, personas de 70, 50 y 38 años de edad, respectivamente, quienes dan fe, y explican la razón de su dicho, acerca de los actos posesorios que han ejercido en el fundo "El Resguardo", en lapso mayor de treinta años, Ana Delia Torres y sus antecesores, en serie continua, consistentes tales actos en cercar, rozar, mantener ganados en los potreros, sembrar maíz, etc., todo ello limitando la época en que cada uno de los poseedores ejerció su actividad.

Para que el error de hecho sirva de base a la casación, tiene que ser evidente o manifiesto, es decir, que consista en dar por probados hechos que en realidad no lo están, o en estimar como no probados hechos que lo están, o en dar a la prueba un significado en absoluta discordancia con lo que ella expresa. Si el error de hecho no está configurado en cualquiera de estas formas ,es inoperante en el recurso de que se trata. La Corte ha repetido hasta el cansancio que no siendo la casación una tercera instancia, sino un recurso estatuído para unificar la jurisprudencia en la recta interpretación de la ley, no todo error en materia probatoria funda la casación de una sentencia sometida a ese recurso. Por ello, en esta materia, se ha reconocido la soberanía de los Tribunales en la estimación de pruebas, desde el punto de vista de su conducencia, sin otra restricción que la resultante del error manifiesto de hecho, tal como acaba de configurarse.

Halla el recurrente error de derecho en la apreciación del testimonio de Maximino Rodríguez Torres, por contradictorio. Y aunque es verdad, como aquél lo dice, que el testigo declara haber conocido a Eleuterio Torres "por espacio de nueve años", pero que la posesión de éste en "El Resguardo" data del año de 1926, —lo que coloca tal testimonio bajo la sanción del artículo 701 del Código Judicial—, es lo cierto que aún quedan los otros dos de Cepeda Mogollón y Tri-

biños, sobre los cuales el demandante no concreta ningún cargo, y forman plena prueba (art. 597 del Código Judicial).

Tampoco hay error de derecho en haber dado el sentenciador mérito de convicción a tales declaraciones, por el hecho de que quien las recibió no fué el juez de la causa, sino, un juez municipal comisionado. El recurrente cree que se incidió en tal error a la luz de lo preceptuado por el artículo 8º de la ley 120 de 1928. Lo que dispone este precepto es del siguiente tenor literal: 'Transcurridos los noventa (90) días del emplazamiento (necesario cuando no se demanda a personas conocidas), **si no se hubiere presentado oposición,** se abrirá a prueba por quince días, y el mismo juez del conocimiento recibirá las que se presenten sobre posesión, dentro de ese término". Pero en caso de oposición —que es el ocurrido en este juicio— "se seguirá con el opositor (Agente del Ministerio Público o un tercero) un juicio ordinario por todo sus trámites' (art. 10 ibidem). Para explicar aquél precepto, dijo el autor del proyecto de la que hoy es la ley 120 citada: "Todo ese cuidado, atención y escrupulosidad en la recepción y apreciación de pruebas, especialmente la testimonial, son aquí de más rigurosa adopción, por el peligro, desgraciadamente innegable, del empleo de esa prueba en este procedimiento de suma delicadeza, **por la falta de una contraparte conocida enfrente al demandante".** Bien se comprende, pues, que cuando hay oposición, la cual se tramita por la vía ordinaria, ya no es indispensable la rigurosa observancia del principio de la inmediación en materia probatoria, puesto que el opositor, persona conocida, está en aptitud de intervenir en la producción de la prueba ante el juez comisionado, formulando interrogatorio, tachas etc.

Se rechaza el cargo.

Cargo 3º—Insiste el recurrente en considerar violada la ley 51 de 1.943 (reglamentaria de la acción de prescripción entre comuneros), y al efecto la considera erróneamente interpretada por el sentenciador respecto de sus dos primeros artículos, pues estima que una vez registrada la sentencia de partición en juicio divisorio, es inadmisible la acción de prescripción adquisitiva respecto de un fundo que en éste se adjudicó a persona distinta de quien alega la prescripción, siendo comunero.

Se considera:

Para invocar la tesis se expone en este cargo, no había para qué recurrir a la ley 51 de 1943, ya que la demanda de Ana Delia Torres no tiene apoyo en este estatuto. Hubiérale bastado al recurrente señalar como quebrantado el artículo 779 del Código Civil, según el cual "cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro-indiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión". Pero ello a reserva de que los demandantes —opositores hubieran aportado al juicio sin que el sentenciador la tuviera en cuenta, copia de la sentencia aprobatoria de la partición, debidamente registrada. A esto estaban obligados tales opositores porque en su carácter de demandantes, debían justificar el dominio alegado enfrente de la actora Ana Delia Torres, la actora Ana Delia Torres, lo cual no se lograba sino con la exhibición, en la forma legal ,del correspondinte título que, para el caso de autos, lo sería aquel fallo, al tenor del artículo 765, inciso 3º, del mismo Código. Sin embargo tal copia no se trajo a juicio.

Ni se argumente, en contra, que del certificado del registrador aparece la inscripción de la sentencia dicha, pues esa certificación apenas vale como prueba supletoria del título, siempre que se expida por orden de la autoridad competente y previa comprobación de la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y que no que exista en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública. Esta tesis, fundada en el artículo 2.675 del C. C., ha sido sostenida siempre por la Corte y, entre otros fallos que pudieran citarse en su apoyo, se menciona el de 5 de julio de 1950, por ser uno de los más recientes (G. J. tomo LXVII, pág. 690).

dicación en el juicio divisorio, los demandantes

No existiendo aquella copia, ni la de la partición, pero ni siquiera la de la cartilla de adjudicación redujeron la prueba de su dominio al título creado en pro de ellos el 3 de agosto de 1949, y a la copia de la escritura pública 1.328 del mismo mes y año, por la que se protocolizó el juicio sucesorio de Pío Víctor Suárez del cual derivó Eugenio Sánchez derechos de propiedad que luego transmitió a los demandantes de Zamora y Alcázar. Mas aquí es de recordar la siguiente

jurisprudencia, sentada en casación: "Conforme al artículo 765 del Código Civil las hijuelas son, por sí solas, títulos traslaticios de dominio, y, por tanto, hay que considerarlas como suficientes para su comprobación, siempre que a éstas no se les opogan otro título anterior, pues en ese evento hay que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela, hasta dar con uno anterior al opuesto a ella. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario" (G. J. tomo XLIX, página 312). Y en el presente caso, está visto cómo Ana Delia Torres exhibió títulos que se remontan hasta el año de 1.906 y demostró, además, la posesión treintenaria del fundo objeto de la declaración judicial de pertenencia, en las condiciones legales.

En síntesis, el cargo en estudio está tan mal formulado como los anteriores y, por tanto, no prospera. Además, por las razones que se acaban de exponer, —tan sólo a efecto de reinterar una doctrina permanentemente sostenida en casación—, se sostiene el fallo acusado: no precisamente por las que él sustenta en su parte motiva.

En fuerza de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, en el juicio ordinario intentado por Simeón Alcázar y Belén Dimas Zamora contra Ana Delia Torres.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre — Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



ACCION REIVINDICATORIA.— APLICACION DEL ARTICULO 214 DEL CODIGO JUDICIAL

Si el demandado en juicio reivindicatorio se limita a dar en su respuesta contestaciones vagas y evasivas y omite declarar si es o no poseedor de la cosa reivindicada, "al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor", conforme lo dispone el art. 214 del C. J., norma que, aunque consignada en una obra reguladora del procedimiento judicial, es expresiva de un concepto sustantivo de fondo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres).

Preliminares

Por escritura pública número 1.697, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el 1º de julio de 1940, se constituyó una compañía bajo la razón social de **Ingenio Central del Tolima, S. A.**, con domicilio en dicha ciudad de Bogotá, a la cual uno de los otorgantes, don Roberto Wills, aportó, como cuerpo cierto, un globo de terreno que hace parte de la hacienda llamada Pajonales, globo situado en los Municipios denominados Ambalema y Venadillo, cuyos linderos fueron señalados en tal escritura. Este aporte se entendió hecho por Wills y su esposa doña Ana Pinzón de Wills, según declaración hecha en la misma escritura por su apoderado señor doctor Manuel María Escobar (C. 1º, ff. 12, ss.).

El inmueble fue estimado en la suma de $ 600.000.00 y, en compensación, se expidieron a favor de Wills 60.000 acciones de la sociedad de valor nominal de $ 10.00 cada una.

Fuera de los linderos del inmueble aportado a la dicha sociedad, quedó un predio denominado **Tautao** que, después de varias trasmisiones, había quedado dentro del patrimonio de Wills (**Ibídem**, f. 55).

Una zona de terreno que hace parte del referido predio llamado **Tautao**, la dejó Wills en uso gratuito a la sociedad referida, no propiamente en comodato, contrato de cuya existencia no se trató en ninguna de las instancias del juicio.

Posteriormente, surgieron diferencias entre la Compañía y Wills, no sobre la existencia misma de tal contrato de sociedad, sino sobre si el referido aporte había sido de un cuerpo cierto señalado por su ubicación y sus linderos, como sostiene éste, o por cabida, como lo pretende aquélla, así como sobre promesas de reintegros y opciones, amén de una propuesta de éste a aquélla para que le comprara el terreno ocupado por precio comercial (**Ibídem**), ff. 73, ss.).

Cerradas las vías amigables de composición entre las partes, éstas pasaron a mayores recurriendo a la autoridad judicial, para que ésta decidiera legalmente sus diferencias.

El litigio

Wills, por su parte, dejando de lado la acción que tenía para pedir la restitución del bien, previo el requerimiento de rúbrica, entabló demanda de reivindicación contra el Ingenio (se dice así para abreviar), tendiente a pedir que por éste se le restituyera el bien con sus accesorios y dependencias y con sus frutos naturales y civiles.

A tal demanda dio respuesta el apoderado del Ingenio, por medio de escrito en el cual se opone a las pretensiones del actor, "advirtiendo que si bien en ella (la escritura constitutiva de la sociedad) aparece el aporte del señor Wills hecho por linderos, el negocio celebrado entre este señor y las demás personas que constituyeron el **Ingenio Central del Tolima, S. A.**, fue de aporte, por parte del citado señor, de 4.000 fanegadas de tierras planas, a razón de $ 150, cada fanegada" y declarando además que se atiene "a lo que resulte del permiso por escrito que ha debido expedir el señor Wills" y que no asiente a lo pedido "por ignorar, dice, cuál fue el terreno para cuya ocupación afirma el señor Wills haber dado permiso, no puedo afirmar ni negar que lo haya enajenado".

De su lado, el Ingenio introdujo demanda de reconvención contra Wills por la que pide, en síntesis, se declare:

Que éste ha incumplido la obligación que contrajo a favor del Ingenio de otorgarle escritura por la que se fije claramente la dirección y linderos de la acequia que, atravesando terrenos de Wills, conduce aguas desde el río Venadillo hasta la laguna de Violanta;

Qe tal escritura deberá otorgarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o dentro del plazo que ésta señale, y

Que se le condene al pago de perjuicios y a las costas del juicio.

El personero de Wills, demandado en reconvención, se opuso a ello diciendo que no había otorgado la escritura porque el Ingenio no le había remitido la minuta del caso, siendo cierto que éste hizo la obra de la acequia con materiales suministrados gratuitamente por el mismo Wills.

El Juzgado 3º del Circuito de Bogotá desató la controversia absolviendo a cada una de las partes de los cargos hechos por cada una de ellas a la otra, y condenándolas a pagarse recíprocamente las costas correspondientes, o sea, que, de un lado, no prosperó la acción reivindicatoria contra el Ingenio y, del otro, la tendiente a obtener por la vía ordinaria y no por la trazada en la Ley 66 de 1945, en armonía con lo estatuído por el artículo 734 del Código Judicial, que Wills otorgara una escritura a favor del Ingenio.

Ambas partes apelaron de ese proveído para ante el Tribunal Superior de Bogotá, quien cerró la instancia con el fallo que pronunció el 16 de septiembre de 1953 por el cual confirmó la del Juzgado, salvo en su numeral 3º resolutivo, el cual quedó así: "Declárase probada la excepción perentoria temporal de inepta demanda" (la opuesta por parte de Wills contra la demanda de reconvención).

El Ingenio consintió tácitamente tal fallo y Wills interpuso contra éste el recurso de casación, en el cual se está ocupando la Corte.

El fallo acusado

Para fundarlo, razona así el Tribunal:

"La acción incoada por el actor es la reivindicatoria, para cuya viabilidad, como es bien sabido, son indispensables los siguientes elementos: derecho de dominio en el actor; posesión en el demandado; cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, e identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el actor sea lo mismo que lo que el demandado posee.

"En el caso de autos, el punto cardinal de discusión está en que la sociedad demandada afirma que el actor no ha acreditado el elemento **posesión** (se subraya), pues éste manifiesta tanto en su demanda como a través del litigio, que aquélla ocupa el referido inmueble, en virtud de un **simple permiso** concedido por él; título precario que no implica posesión sino mera tenencia.

"Como se dijo, entre los elementos indispensables para la prosperidad de la acción incoada, está el de que el demandado sea **poseedor** (se subraya, al punto de que aun cuando obren los otros elementos necesarios, la acción fracasa si aquél falta. En otras palabras: de nada le sirve al actor encaminar su demanda a una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular y acreditar que es dueño de ella, si resulta que ha demandado a quien no es su poseedor.

"Afirma el demandante, y para acreditar sus aseveraciones presentó declaraciones de testigos, que la entidad demandada ha ejecutado y está ejecutando actos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como son la construcción de un canal para llevar las aguas del río Venadillo a la laguna de Violanta, un puente sobre el mismo canal, un camino que atraviesa el referido lote, postes para una línea telefónica, instalación de un teléfono, construcción de una represa sobre la laguna, ensanchamiento de tal laguna, construcción de una casa para el guarda, etc.

"Pero es de advertirse que ciertos actos, como los anteriores, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para aquélla han de ser complementados con el ánimo de señor o dueño, exigido como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que **de ésta da el Código Civil en el art. 762, el cual** al definir la mera tenencia en su art. 775, la hace contrastar con la posesión precisamente en función de ese ánimo, y enumera, como ejemplo de quienes son meros tenedores, al acreedor prendario, al secuestre, al usufructuario, al usuario, al que tiene derecho de habitación, y finaliza con el siguiente inciso: Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno'; habiendo podido por tanto, completar su enumeración, poniendo al arrendatario y al comodatario" **(C. 7º, f. 37).**

La casación

El recurrente ataca este fallo por dos extremos, entrambos atinentes a la primera de las causales de casación establecidas por el artículo 520 del Código Judicial.

Por el primero señala como violados por la sentencia acusada, de un lado, los artículos 946, 947, 950, 952 y 1.889 del Código Civil y, del otro, los artículos 603, 604, 606, 607 y 630 del Código Judicial, por no haberlos aplicado al caso del pleito, siendo el caso de hacerlo.

Y por el segundo introduce contra el fallo la queja de que por éste no se aplicaron al caso del pleito, cual debiera, los artículos 669, 740, 756, 759, 1.758, 1.759 y 1.857 del Código Civil.

Cuanto al primero de tales extremos ,el recurrente se produce así en su demanda de casación:

"La sociedad demandada entró a ocupar el lote que se reivindica **en virtud de un permiso** verbal del señor Wills y los permisos o actos de tolerancia no constituyen derecho. Desde cuando el señor Wills pidió a la Sociedad que le entregara ese terreno ha debido la Sociedad entregárselo porque cesaba el título que tenía para continuar ocupándolo.

"Más la Sociedad siguió ocupando ese terreno y haciendo en él actos de verdadero dominio como son los que ya señalé es decir, haciendo un camino, haciendo un puente, ampliando la laguna, etc., etc.

"El señor Wills, antes de entablar el pleito dirigió a la sociedad demandada las cartas de fechas 1º de agosto de 1949 24 de octubre de 1949, 10 de diciembre del mismo año que corren a los folios 73, 74, 77 y 78 del cuaderno principal, que fueron contestadas por el Ingenio eludiendo una respuesta concreta y escudándose en un pretexto: Que el señor Wills había hecho su aporte del terreno de 'Pajonales' y de 'Tautao' por cabida y no por linderos. Esas cartas no fueron apreciadas ni tenidas en cuenta por el fallador y esas cartas son una revocación del permiso concedido por el señor Wills a la Compañía demandada para ocupar el terreno materia de la reivindicación. Por no ser tenidas en cuenta esas cartas por el fallador de segunda instancia se violaron las normas probatorios ya señaladas y de esa violación fue llevado el Tribunal a violar por no aplicarlos al caso del pleito los artículos del Código Civil ya enumerados.

"... ... ...

"He tenido, señores Magistrados que hacer la anterior disgreción (digresión?) y las anteriores transcribciones (sic) a riesgo de que esta demanda pueda convertirse de un alegado de instancia, para dejar establecidos dos hechos fundamentales: a) Que el Ingenio o sea la Sociedad demandada ocupa el lote materia de esa reivindicación y b) Que entró a ocupar ese lote con permiso del señor Wills y que ese permiso se lo retiró o revocó el señor Wills, extremo éste que no tuvo en cuenta el fallador y por eso incurrió en los errores de hecho y de derecho a que me he referido. Errores de hecho en cuanto no apreció las pruebas de las que emana la revocación del permiso y errores de derecho en cuanto no aplicó al caso de este pleito las normas sustantivas a que me he referido".— Cuaderno Corte, ff. 8 v. a 9 f. y 10).

La Corte encuentra fundado este cargo, no sólo por lo que expresa el recurrente, sino porque el apoderado del Ingenio, que se limitó a dar respuestas vagas y evasivas en su contestación de la demanda, omitió declarar si la entidad que representaba era o no **poseedora** del inmueble, cual debió hacerlo, a tenor de lo que de modo perspicuo exige el artículo 214 del Código Judicial, que dice así:

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

En esta situación quedaron completos los cuatro postulados necesarios para la viabilidad de la acción reivindicatoria que la sentencia acusada encontró deficientes, es a saber:

1º—**Derecho de dominio en cabeza del actor Roberto Wills**, el cual se ostenta claramente en el proceso con la copia auténtica registrada de la escritura pública número 2.004, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, el 21 de abril de 1950, por la cual se le adjudicó el predio denominado Tautao (del cual forma parte el que es objeto del juicio), en la liquidación de la Sociedad llamada "Roberto Wills & Cía. Limitada" (C. 1º, f. 44).

Esta escritura fue inscrita en el Libro Primero de la Oficina de Registro del Circuito de Ambalema el 26 de junio de dicho año, y tal inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los tres medio determinados por el artículo 789 del Código Civil, según consta en el certificado sobre la suficiencia de tal título que corre en los autos (**Ibidem**, f. 71).

Lo cual está completado con las siguientes copias de escrituras públicas anteriores:

Escritura número 4.154 de 8 de octubre de 1946 (Notaría Tercera de Bogotá), por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Ana Pinzón de Wills, y se adjudicó a la Sociedad Roberto Wills & Cía. Limitada, el globo de terreno llamado "Tautao" (Ibídem, f. 26, partida catorce).

Escritura número 1.019 de 4 de marzo de 1946, pasada en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se constituyó la sociedad comercial "Roberto Wills & Cía. Limitada" (Ibídem, f. 39).

Escritura número 1.391, de 22 de septiembre de 1928, pasada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, por medio de la cual Horacio Villegas R., como Gerente de la Sociedad Urbanizadora de La Favorita, vende a Roberto Wills, entre otros bienes, el globo de tierras denominado Pajonales, una faja o globo de tierra adyacente unida a la hacienda de Pajonales y el globo de tierras denominado "Tautao". (Ibídem, folio 3).

2º—Posesión en cabeza del demandado.

Aunque bien es cierto que una verdadera posesión del terreno por parte del Ingenio, no se ha acreditado en el proceso, del cual sólo aparece que éste tiene ocupado el terreno a virtud de un permiso dado por Wills, como éste lo asevera, o por creer el dueño que ese terreno sirve para completar las 400 fanegadas que él dice quedaron comprendidas en la venta que le hizo Wills del terreno por cabida y no por linderos, es lo cierto que, como acaba de anotarse, tal ingenio tiene que responder a Wills de la cosa demandada, atendidas las voces del artículo 214 del Código Judicial que, aunque consignada en una obra reguladora del procedimiento judicial, es expresiva de un concepto sustantivo de fondo.

3º—Cosa singular reivindicable.

Elemento es éste que brilla al ojo en el proceso: el objeto de la demanda es un terreno determinado por su situación y linderos ocupado por la parte demandada.

4º—Identificación del bien.

No se verificó por medio de una inspección ocular sobre el terreno; pero en cambio hay una serie de testimonios (de Enrique Castillo, Manuel Vargas Lara, Lisandro e Ildefonso Moreno Rondón, Víctor M. Cleves, Félix González, Pablo E. Gómez) que acreditan de manera fehaciente el hecho de que el terreno que se reivindica existe en realidad y que se halla comprendido dentro de los linderos indicados en la demanda (C. 8º, ff. 9 ss.).

A lo cual se agrega que la entidad demandada, no sólo no ha objetado los títulos del demandante, ni hecho observación alguna acerca de la identidad del predio que es objeto del litigio, sino que no ha presentado ninguno a su favor, limitándose a decir que se opone a la entrega del terreno que detenta, porque en su concepto Wills no ha cumplido con la obligación que contrajo (y lo que no se ha probado en manera alguna) de venderle al Ingenio un terreno con la cabida de 400 fanegadas, no por los linderos señalados en la escritura que comprenden una extensión menor.

Todo lo cual proporciona a la Corte asiento para fallar en el fondo, luego de casar la sentencia acusada, que es procedente la acción reivindicatoria de que se trata.

Ahora cuanto a la demanda de reconvención, observa la Corte que el Juzgado de primera instancia absolvió a Wills; que esa sentencia fue apelada por el Ingenio; que el Tribunal modificó tal sentencia en lo atinente a la reconvención en el sentido, no de absolver a Wills, sino en el de declarar probada en su favor la excepción perentoria de inepta demanda, y que el Ingenio consintió tal decisión.

Por lo cual nada hay que proveer al respecto.

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 acusada, REVOCA la de primera instancia y

Declara:

1º—Que el señor Roberto Wills es propietario del terreno que hace parte del antiguamente denominado "Tautao", situado en jurisdicción del Municipio de Ambalema del Despartamento del Tolima; terreno que tiene una cabida de ochenta y cinco (85) fanegadas y cinco mil quinientas varas cuadradas (5.500 vs2) y que está comprendido dentro de los siguientes linderos: "Partiendo del mojón señalado en el adjunto plano con el número 1 (k 3-225), situado en la cerca que separa el potrero de 'La Casa' —propiedad del Ingenio Central del Tolima— del de "Cotudo" —propiedad del señor Roberto Wills—, a inmediaciones del río Venadillo, por toda la cerca arriba

hasta dar a otro mojón señalado en el plano con el número 2 (435-15); de ahí al punto señalado en el plano con el número 3 y luego al mojón 4 (724); de este punto sigue el lindero por las líneas indicadas en el plano adjunto, inmediatas a la laguna de Violanta, por los puntos señalados con los números 5, 6 y 7 (donde hay un árbol de hobo), 8, 9 y 10 (donde hay un guásimo), 11, 12 13, 14, 15, 16, 17 y 18 (en donde pasa por la cerca que divide el potrero de 'García' —propiedad de Wills— con el de 'Matarratón' —propiedad del Ingenio—); de este sitio en línea recta y en dirección sur, pasando por los puntos señalados en el plano con los números 19 y 20; de allí, más hacia el sur y en línea recta, atravesando la muralla de la compuerta de desagüe y pasando por la casa del guarda y por los puntos señalados en el plano con los números 21, 22 y 23; y de allí en línea recta y en dirección sureste, atravesando el canal que va hacia Portillo y pasando por los puntos señalados en el plano con los números 23, 24 y 25, a dar al mojón 1 (k3-225, punto de partida. Este lote limita en parte con propiedades del Ingenio Central del Tolima y en parte con propiedades del señor Roberto Wills";

2º—Que la entidad denominada Ingenio Central del Tolima, S. A., deberá restituír al mencionado señor Wills dicho inmueble con sus accesorios y dependencias y libre de gravámenes que le haya impuesto, ello dentro del término de los treinta (30) días siguientes al en que se haga la inscripción de este fallo en la Oficina de Registro correspondiente; y

3º—Que la misma entidad debe pagar al demandante señor Wills, los frutos naturales y civiles del bien, no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniéndolo en su poder, y si no existieren, el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de su percepción, considerándose inexistentes los que se hayan deteriorado en su poder; todo ello desde el día de la contestación de la demanda hasta aquél en que se realice la restitución.

Sin costas.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres — José del Carmen Mesa, Conjuez.—**Jorge Soto Soto**, Oficial Mayor.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE

1—Es doctrina constante la de que no debe hacerse el reconocimiento de una causal de casación que no conduzca a la infirmación efectiva del fallo.

2.—Siempre que el cargo en casación es de infracción indirecta, por error de derecho en la estimación de las pruebas, es menester señalar los preceptos legales quebrantados sobre derecho probatorio, para poder juzgar del valor que la sentencia otorga o niega a una prueba determinada, ya que el error de derecho en esta materia resulta de la disconformidad entre el valor dado o negado a una prueba en la sentencia, y el que los preceptos legales niegan u otorgan a esa misma prueba.

3—Cuando el contrato de compraventa de inmueble fue de cuerpo cierto, es necesario probar en juicio que el vendedor no entregó lo que reza el contrato, esto es, lo comprendido por los linderos señalados en la escritura, para que pueda prosperar la acción resolutoria por incumplimiento y también la de cumplimiento del contrato.

4—Para que prospere en casación el cargo por violación de la ley sustantiva a consecuencia de error de hecho en la apreciación de una prueba, el error ha de reunir tales caracteres que por el error mismo caiga fatalmente la interpretación del Tribunal, para darle paso a la única que la prueba puede admitir de manera evidente e incontrastable.

5—No basta citar las pruebas para fundar en casación un cargo por error de hecho, sino que es menester demostrar que con tal o cual prueba omitida, se acredita necesariamente el hecho que por no haber sido apreciada la prueba no dió por establecido el sentenciador. El recurrente debe decir, además, cuál habría sido el influjo de tales probanzas sobre la acción ejercida y, por lo mismo, sobre el desenlace de la controversia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte decide sobre el recurso de casación promovido por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 18 de junio de 1953, en juicio ordinario del señor Alfonso Peña F., contra la señora Soledad Portocarrero v. de Uribe.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Mediante escritura pública Nº 3356, de 21 de agosto de 1945, de la Notaría 5ª de Bogotá, la señora Portocarrero de Uribe vendió al señor Peña F., un predio situado en Bogotá, barrio de las Nieves, marcado con el Nº 4-79 de la calle 25 A., antes calle 26, y alinderado como reza el citado instrumento.

2.—El inmueble fue determinado por sus linderos y éstos por líneas de longitud precisa, los nombres de los propietarios de los lotes contiguos y la calle de la ubicación.

3—Posteriormente, el comprador demandó a la vendedora, para que se declare que está obligada a cumplir el referido contrato; que se le condene, en consecuencia, a entregarle 256.50 varas cuadradas que faltaron o el equivalente en dinero, si aquello no fuere posible, así como al pago de daños y perjuicios causados por la falta de ejecución del contrato, por parte de la vendedora, y las costas del juicio.

4.—La razón de la demanda consiste en que habiendo comprado el actor la propiedad de un predio definido que debía contener 1.033, 12 v2, no midió sino 766.72 v. 2., de modo que faltaron 256 v2.

5.—Trabado y seguido el juicio, el juez 6º Civil del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada, y recurrida, la sentencia, la confirmó el Tribunal

Superior de Bogotá, por médio del fallo de 18 de junio de 1953, acusado luego en casación por el demandante.

6.—El recurso fue admitido y el recurrente lo fundó en la oportunidad legal. A decidir procede la Corte.

CAPITULO SEGUNDO

La casación. Causal y cargos

Invoca el recurrente la causal primera (ord. 1° art. 520 C. J.) y formula tres cargos debidamente ordenados.

Primer cargo

Consiste en la violación directa de los artículos 1546 y 1884 del C. C., porque habiendo ejercido el demandante la acción consagrada en el artículo 1546, el sentenciador no despachó favorablemente la demanda, siendo así que la propia sentencia dice que "...la vía indicada es la del artículo 1546 ibidem, o sea, exigir o el cumplimiento o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios". Y agrega el cargo:

"Ahora bien: basta leer el texto de las partes petitorias de la demanda para determinar que ésta se fundó y estructuró en la disposición contenida en el artículo 1546 del Código Civil, que establece: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Por otra parte, en los fundamentos de derecho de la demanda se invocó la ya citada disposición. De tal suerte que la violación de la ley sustantiva por infracción directa del artículo 1546 del Código Civil resulta palpable, máxime que el objeto del contrato de venta de que habla la demanda se refiere a un predio urbano, y como consecuencia no operaba el fenómeno de la prescripción de corto tiempo establecida en lo que hace relación a predios rústicos".

Se considera:

Ciertamente, la sentencia afirma que la acción del artículo 1546 —para la ejecución o la resolución del contrato— no fue ejercida en este caso, porque en tratándose de un inmueble urbano, "no son aplicables las reglas de los artículos 1887 y siguientes del C. C., ya que éstas se refieren únicamente a predios rústicos", y agrega que "si se admitiera que sí son aplicables aquellas reglas, tendría que aplicarse igualmente el artículo 1890 de la misma obra, por lo cual la acción se encontraría ya prescrita..."

De modo que para el sentenciador la acción debió ser la del artículo 1546 y no la de los artículos 1887 y siguientes, la cual no existe por tratarse de un predio urbano, y en caso de existir, estaría prescrita.

No hay duda de que la acción ejercida es la consagrada en el artículo 1546 del C. C., tendiente a la ejecución del contrato. El sentenciador erró al estimar la demanda, pero por ello no ha sido acusada la sentencia.

Siendo la acción incoada la de ejecución del contrato, contenida en dicho artículo, no fue sin embargo quebrantado, porque tal acción se basa en la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas, y en el presente caso, en tratándose de venta de cuerpo cierto no se demostró que no se hubiese entregado el área contenida entre los linderos especificados, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1889 del C. C. El propio comprador declaró al aceptar la venta celebrada mediante la escritura Nº 3356 que "desde la fecha la vendedora le ha hecho entrega material del lote de terreno materia del contrato".

De modo que para llegar a la infracción de los artículos 1546 y 1882, se debió alegar, en primer lugar, el error en la interpretación de la demanda; y en segundo lugar, que existiera en autos la prueba del incumplimiento del contrato, porque es doctrina constante la de que el reconocimiento de una causal de casación que no conduzca a la infirmación efectiva del fallo, no debe hacerse; y como en el proceso falta esa prueba de manera evidente, carecería de finalidad la casación.

Se rechaza por tanto el cargo.

Segundo cargo

1.—Se acusa el fallo por infracción de los artículos 1546, 1759 y 1884 del C. C., por error de derecho en la apreciación de la escritura N° 3356, de 21 de agosto de 1945 de la Notaría 5ª de Bogotá.

Se funda así este cargo:

"La mencionada escritura pública en su cláusula primera señala las características del inmueble materia de la venta, y sin embargo en la senten-

cia acusada no se le reconoce al demandante el derecho a exigir que se le cumpla el contrato de venta, ni el derecho a que la compradora sea obligada a entregarle lo que reza el contrato, y tal reconocimiento no se hizo en la sentencia acusada, debido a la errónea apreciación del expresado instrumento público, en el cual dejó de valorarse de acuerdo con la tarifa legal de pruebas, y se le dejó sin validez, sin trascendencia y se restringió los límites de su mérito probatorio.

"Esta violación medio de la ley, llevó al Tribunal autor de la sentencia recurrida al quebrantamiento de la ley sustantiva en el artículo 1.759 del Código Civil, y como resultado a la infracción de los artículos 1546 y 1884 del mismo Código, los cuales fueron desconocidos".

Se considera:

2.—Siempre que el cargo sea de infracción indirecta, por error de derecho en la estimación de las pruebas, es menester señalar los preceptos legales quebrantados sobre derecho probatorio para poder juzgar del valor que la sentencia otorga o niega a una prueba determinada, ya que el error de derecho en esta materia resulta de la disconformidad entre el valor dado o negado a una prueba en la sentencia, y el que los preceptos legales niegan u otorgan a esa misma prueba.

Si se cita el artículo 1759 para llenar este requisito, cabe observar que la estimación hecha de la escritura Nº 3356, en nada peca contra dicho texto, ya que el fallo no desconoce el hecho de haberse celebrado el contrato; ni la existencia de sus estipulaciones; ni la fe plena que hacen éstas contra los declarantes. En la interpretación del contrato no incurrió el sentenciador en error alguno, porque no hay duda de que la venta fue de un cuerpo cierto, y no se probó que la vendedora no hubiese entregado lo que reza el contrato, esto es, lo comprendido por los linderos señalados en la escritura. Antes bien, conviene repetir que el comprador declaró, al aceptar la venta, que había recibido el fundo a su satisfacción.

Por tanto se rechaza el cargo.

Tercer cargo

1.—Se hace el cargo de error de hecho en la apreciación de ciertas pruebas, con la infracción consecuencial de los artículos 1546, 1759 y 1884 del C. C., 630, 632, 721, 722 y 730 del C. J.

Se le sustenta así:

"Este error de hecho en lo que se refiere a la apreciación errónea de la escritura citada, consistió en que el Tribunal no estimó el exacto contenido de esta prueba, pes le restringió sus efectos probatorios, es decir, no tuvo en cuenta lo que objetivamente determinó el instrumento en cuestión, o sea, que la vendedora trasfería al comprador el dominio de un inmueble claramente señalado por su situación y linderos y medidas.

"De modo evidente aparece en los autos el error de hecho en que incurrió el Tribunal, pues sin el mayor esfuerzo en el análisis de la prueba contenida en la referida escritura Nº 3.356, se encuentra que la apreciación que le dio el Tribunal fue errónea y pugna con la realidad procesal, pues tratándose de un predio urbano, solamente había necesidad de determinar si la parte vendedora cumplió o no las cláusulas expuestas en el instrumento, y si la misma parte entregó al comprador lo que reza el contrato.

"Respecto de las otras pruebas aducidas por el demandante o sean las copias y certificados expedidos por el Juzgado 5º de este Circuito referentes a inspección ocular, dictámenes periciales y sentencia definitiva dictada en dicho Juzgado en el juicio ordinario de la sociedad "Rivadeneira, Torres y Compañía Limitada" contra mi poderdante, y otras actuaciones dentro del mismo juicio, es el caso de que no se tuvieron en cuenta ni apreciaron en el fallo materia del presente recurso. De consiguiente, el Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, como se demuestra de la sola lectura del fallo sujeto a casación, en el cual no se hace la más mínima mención ni el menor análisis de estas pruebas".

Se considera:

2.—Las pruebas respecto de las cuales incurrió el sentenciador en error de hecho, son: a) la citada escritura Nº 3356; b) copias y certificados expedidos por el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, referentes a inspecciones oculares, dictámenes periciales y sentencia definitiva pronunciada en el juicio ordinario de la sociedad de 'Rivadeneira, Torres y Cía. Limitada" contra Alfonso Peña F.; y c) otras actuaciones del mismo juicio.

3—En cuanto al error de hecho en la estimación del contrato de venta, no hay asomo de él, porque el sentenciador no sólo apreció su contenido de acuerdo con sus términos, sino que lo hizo, además, en la única forma que éstos lo permi-

ten. Esa estimación, en cuanto parte de la base de una venta de cuerpo cierto, se ajusta a las voces inequívocas del contrato.

No debe olvidarse que el error de hecho ha de reunir tales caracteres que por el error mismo caiga fatalmente la interpretación del Tribunal, para darle paso a la única que la prueba puede admitir de manera evidente e incontrastable. La Sala no ve cómo la estimación que hizo el fallador del contrato de venta pueda estructurar el error de hecho requerido en casación.

4.—Respecto de la apreciación de las demás pruebas, la Sala no puede detenerse en el cargo así formulado, porque no basta citar las pruebas para fundar un cargo por error de hecho, sino que es menester demostrar que con tal o cual prueba omitida, se acredita necesariamente el hecho que por no haber sido apreciada la prueba no dió por establecido el sentenciador. Además, no dice el recurrente cuál habría sido el influjo de tales probanzas sobre la acción ejercida y por lo mismo en el desenlace de la controversia.

No se acoge, por tanto el cargo.

Resolución

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y ocho (18) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1.953) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Alfonso Peña F., contra Soledad Portocarrero v. de Uribe.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Darío Echandía. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



SI LA ACCION EJERCITADA EN UN JUICIO CIVIL ES LA INDEMNIZATORIA POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, NO HAY LUGAR A LA SUSPENSION ORDENADA POR EL ARTICULO 11 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1—Cuando la acción ejercitada en un proceso civil es la de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato, o sea, por culpa contractual, y no la de resarcimiento de los daños causados por un delito o culpa aquiliana, entonces la acción penal no influye sobre el resultado de la acción civil y no tiene, por tanto, aplicación el artículo 11 del C. de P. P., que se refiere solamente a la hipótesis de que la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en ella, puedan influir en la solución de la controversia civil.

2—El problema de la estimación de las pruebas por el tribunal de instancia no puede traerse a casación sino exclusivamente cuando la mala apreciación de los elementos de prueba, que se atribuye al tribunal, sea imputable a un error de derecho, es decir, a la violación de alguna de las disposiciones legales que definen los distintos medios de prueba y les asignan determinado valor en la tarifa legal; o a error de hecho, que consiste en que el tribunal ha omitido la consideración o apreciación de un medio probatorio que demuestra evidentemente el hecho controvertido, sea éste positivo o negativo.

El concepto de error de derecho no comprende cualquier error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario, para que exista tal error, que el tribunal haya violado un precepto legal relativo a la definición o valoración de las pruebas judiciales. Porque es de la naturaleza del recurso de casación, que las cuestiones de hecho, es decir, las que dicen relación a la prueba de los hechos y no a la aplicación del derecho a esos hechos, queden definitivamente resueltas por el tribunal de instancia, a menos que éste haya incurrido, al estimar esa prueba, en la violación de algún precepto legal de los que definen los medios probatorios o los valoran, o a menos que haya incurrido en error de hecho evidente o manifiesto.

Y este error de hecho consiste en que el tribunal de instancia haya tenido como probado un hecho por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de algún medio de prueba que obra en autos y que demuestra, de manera evidente, que el hecho de que se trata no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado por haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestra, de manera evidente o manifiesta que ese hecho existió. También hay error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado fundándose en un medio de prueba que no fue traído al juicio. El error de hecho se refiere, pues, a la existencia del medio probatorio y no a la existencia del extremo que con ese medio se trata de demostrar.

3—La apreciación del mayor o menor grado de fe que merezca un dictamen pericial es cosa que el artículo 723 del C. J., deja a la discreción del juzgador, cuando dice que la fuerza probatoria del dictamen en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que hagan los expertos, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. Por consiguiente, para que la Corte pueda rechazar esta discrecional estimación del tribunal de instancia y reemplazarla por la suya propia, por considerar que la del tribunal que aceptó el dictamen, como plena prueba, adolece de error de hecho, se necesita que de las mismas consideraciones en que los peritos fundan su dictamen o de otras pruebas del proceso resulte de manera evidente, manifiesta, indubitable, que la verdad es lo contrario de lo que los peritos dictaminaron. No basta que la Corte difiera del tribunal en cuanto a la apreciación de

los fundamentos de dicho dictamen, se necesita que de esos mismos fundamentos o de otros medios de prueba actuantes en el proceso, aparezca, con evidencia inmediata, que el dictamen es erróneo; no basta que la conclusión de los peritos no parezca suficientemente fundada; se necesita que de las consideraciones en que se fundan los peritos se deduzca, forzosamente, la conclusión contraria a la que ellos sacaron; o bien, que esta conclusión contraria resulte de otros elementos probatorios que obren en el juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Darío Echandía)

Carlos Martín Pilonieta, vecino de Bogotá, demandó a la "Flota Panamericana Ltda.", sociedad comercial domiciliada en la misma ciudad y representada por su gerente señor Luis Orozco, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la "Flota Panamericana Ltda." con domicilio en esta ciudad, representada por su gerente, señor Luis Orozco, es civilmente responsable de los perjuicios de toda índole sufridos por el señor Carlos Martín Pilonieta, mayor y de esta vecindad, a causa de las lesiones que le ocasionó el accidente de tránsito o siniestro automoviliario consistente en la volcada del bus con placas de Bogotá Nº 18929, de la empresa "Flota Panamericana Ltda.", en las horas de la tarde del día veintiséis (26) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), en el punto denominado "La Isla", en jurisdicción de este municipio.

"**Segunda.**—Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Flota Panamericana Ltda., con domicilio en esta ciudad, representada por su gerente, señor Luis Orozco, de las condiciones civiles anotadas a pagar, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la correspondiente sentencia, al señor Carlos Martín Pilonieta, mayor y de esta vecindad, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) m/c., por concepto de perjuicios materiales sufridos por dicho señor a causa de las lesiones que le produjo el accidente de tránsito o siniestro automoviliario a que se refiere la declaración anterior.

"**Tercera.**—Que, como consecuencia de la primera declaración, se condene a la "Flota Panamericana Ltda.", con domicilio en esta ciudad, representada por su gerente, señor Luis Orozco, a pagar al señor Carlos Martín Pilonieta de las condiciones civiles anotadas, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la correspondiente sentencia, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) m/c., por concepto de los perjuicios morales subjetivos sufridos por dicho señor a causa de las lesiones que le produjo el accidente de tránsito o siniestro automoviliario a que se refiere la declaración primera.

"**Cuarta.**—Que se condene a la "Flota Panamericana Ltda.", con domicilio en esta ciudad, representada por su gerente, señor Luis Orozco, a pagar las costas del presente juicio, si temerariamente se opone a esta demanda.

"En subsidio, y para el caso improbable de que no se haga la declaración **segunda,** suplico esta otra:

"Que, como consecuencia de la primera declaración, se condene a la "Flota Panamericana Ltda.", con domicilio en esta ciudad, representada por su gerente, Sr. Luis Orozco, a pagar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la correspondiente sentencia al señor Carlos Martín Pilonieta, mayor y de esta vecindad, la cantidad que aparezca probada en este juicio, o en el incidente a que se refiere el artículo 553 del C. J., como correspondiente a los perjuicios materiales sufridos por dicho señor a causa de las lesiones que le produjo el accidente de tránsito o siniestro automoviliario a que se refiere la declaración primera".

Funda su demanda en estos hechos:

"**Primero.** En las horas de la tarde del día veintiséis (26) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) a eso de las dos y media poco más o menos, el señor Carlos Martín Pilonieta ocupó puesto como pasajero en el bus de la "Flota Panamericana Ltda.", con placas de Bogotá Nº 18929, en la calle 24 con la Avenida Caracas de esta ciudad, con el objeto de trasladarse al Barrio de "La Granja", jurisdicción del municipio de Engativá.

"**Segundo.** Por algún tiempo el conductor del bus, señor Manuel Ignacio González, lo condujo a velocidad normal, pero cuando el vehículo era alcanzado por otro de la misma empresa, el chofer aumentó desmesuradamente la velocidad, ocasio-

nando, con otras causas, la volcada del vehículo sobre el costado izquierdo, en el punto denominado "La Isla", sobre la Avenida 68, en jurisdicción de este municipio.

"Tercero. Al caer el bus sobre el costado izquierdo, el señor Carlos Martín Pilonieta quedó aprisionado, sufriendo lesiones que, en concepto del Instituto de Medicina Legal, le produjeron "...una incapacidad definitiva de sesenta (60) días. La desviación del maxilar inferior hacia la derecha constituye (sic) desfiguración facial permanente".

"Cuarto. El señor Carlos Martín Pilonieta a causa de las lesiones sufridas, tuvo necesidad de someterse a un costoso tratamiento médico, como lo demuestran, en parte, los documentos que se acompañan, y

"Quinto. El señor Carlos Martín Pilonieta se ocupaba con anterioridad a la fecha del accidente de tránsito o siniestro automoviliario, en intensas labores agrícolas, en su finca "La Granja-El Carmen", en jurisdicción del municipio de Engativá y en la compra y venta de inmuebles, actividades de las cuales derivaba un buen rendimiento económico".

La Compañía demandada contestó así:

"Me opongo a las pretensiones y declaraciones solicitadas en la demanda, niego la acción y desconozco el derecho en que ella se pretende fundar, porque no existe, ni las disposiciones invocadas son aplicables.

"A los hechos contesto así:

"Al primero: Como no me consta, lo niego.

"Al segundo: En principio, lo niego, y únicamente le doy aceptación en cuanto al hecho afirmado de que el conductor del vehículo que se dice ocasionó el accidente, señor Manuel Ignacio González, no era empleado o dependiente de la empresa demandada, sino que manejaba un vehículo simplemente afiliado y de propiedad de un señor Sastoque.

"Al tercero: Igualmente lo niego por no constarme.

"Al cuarto: Tampoco me consta. Lo niego.

"Ya he dicho que las disposiciones invocadas son improcedentes e inaplicables, porque si el demandante no tiene derecho y carece de acción para ejercitarlo contra la empresa, mal pueden invocarse esas disposiciones como derecho.

"Propongo contra el fondo mismo de la demanda, las siguientes excepciones perentorias:

"a) Ilegitimidad en las personerías sustantivas de demandante y demandado, excepción que el mismo señor Juez del conocimiento ha dado a comprender en el auto en que me negó como dilatoria dicho medio de defensa.

"b) Carencia de acción, por las razones anteriormente expuestas.

"c) Petición de un modo indebido, ya que ha debido demandarse de acuerdo con cláusulas expresas de la escritura de constitución de la sociedad, al dueño del vehículo afiliado, señor Sastoque, y a su dependiente que pudo causar el accidente, pero de ninguna manera al gerente de dicha sociedad, que se relevó expresamente de toda clase de responsabilidades a ese respecto.

"Presento, además, como excepciones perentorias, todo otro hecho que enerve en su fondo la obligación, o la declare extinguida si alguna vez existió.

"Apoyo las defensas anteriores en la doctrina contenida en los artículos 329, 341 a 344 del C. J.; 1625 a 1756 del C. C., y como son legales espero se decreten en conformidad, al proferir el fallo definitivo".

El juez 1º civil del circuito de Bogotá, desató así la controversia:

«**Primero.** Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

«**Segundo.** En consecuencia, niéganse las peticiones de la demanda y absuélvese de los cargos en ella formulados.

«**Tercero.** Condénase a la parte actora en las costas del juicio. Tásense".

Apelado este fallo por la parte demandante, el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá falló así, en segunda instancia:

«1º—Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

«2º—Declárase a la empresa **Flota Panamericana Limitada**, domiciliada en Bogotá, representada por su gerente, señor Luis E. Orozco, civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por el señor Carlos Martín Pilonieta con ocasión del accidente que tuvo el bus con placas de Bogotá número 18929, el día 26 de junio de 1948, en las horas de la tarde.

«3º—En consecuencia, condénase a la empresa mencionada a pagar al señor Carlos Martín Pilonieta, dentro del término de seis días a partir de la ejecutoria de este fallo, las siguientes sumas de dinero: la de **dos mil trescientos sesenta y cinco pesos con cincuenta centavos** ($ 2.365-50) m/c., por los perjuicios materiales; y la de **mil pesos** ($ 1.000.00) m/c., por los perjuicios morales.

«4º—Las costas de ambas instancias son de cargo de la citada empresa demandada. Tásense".

Como se alzara la parte demandada en casación, el decurso ha recibido la tramitación de regla. La Corte procede, pues, a decidir sobre él, previas las considercaiones siguientes:

Cargos a la sentencia

Hace el recurrente dos cargos a la sentencia:

1º—El primer cargo es el de ser dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación de la misma. El recurrente cita como violado el artículo 11 del C. de P. P.

Funda este cargo en las siguientes consideraciones:

«La sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación de la misma. En efecto a la empresa por mí representada se le hace responsable de pagar los perjuicios sufridos por el señor Carlos Martín Pilonieta, por un hecho ejecutado por un chofer que conducía un bus, no de propiedad de la empresa, sino afiliado a ella. Todo ello de conformidad con lo dispuesto por el título 34 del libro IV del Código Civil, que consagra las normas sobre las responsabilidades comunes por los delitos y las culpas. Esta responsabilidad indirecta que le puede corresponder a la parte demandada, es consecuencia de la responsabilidad penal del conductor del bus, causante del accidente, por lo tanto si el procesado ha sido absuelto, el tribunal que condena a un tercero, por razón del mismo, a satisfacer una indemnización determinada, viola la ley sustantiva por indebida aplicación de la misma, ya que como he dicho anteriormente, por ser inherente la resonsabilidad civil a la criminal, aquélla no puede existir sino una vez definida la culpabilidad del sindicado de conformidad con las normas del Código Penal.

«Es preciso que los hechos que puedan ser constitutivos de delitos, sean previamente juzgados por los tribunales, para que entonces quede expedita la vía civil. Por lo tanto, si existe sumario incoado no puede ejercitarse acción civil alguna hasta que no se sepa el resultado y la resolución que hubiere recaído en la causa. De allí que la sentencia acusada sea violatoria del art. 11 del C. de P. P., que ordena suspender el proceso civil hasta tanto se dicte sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable en el penal".

2º—El segundo cargo es el de ser dicha sentencia violatoria de la ley por apreciación errónea de las pruebas.

Funda así este cargo:

«En el dictamen que obra al folio 16 del cuaderno número 7, pruebas de la parte demandante, los señores peritos avalúan los perjuicios materiales en la cantidad de dos mil trescientos sesenta y cinco pesos con cincuenta centavos ($ 2.-365-50) moneda corriente, y fundamentan su dictamen así: 'Hubiéramos deseado conocer las declaraciones de renta del lesionado, durante los tres años anteriores al accidente, para compararlas con las del año del accidente (1948) y las de los tres siguientes, a fin de deducir con mayores fuentes de juicio, lo relativo a los perjuicios materiales sufridos por el señor Pilonieta durante sus sesenta días de incapacidad. La imposibilidad de confrontación anotada, nos lleva a considerar exclusivamente la declaración de renta del año del siniestro, cuya copia autenticada hemos tenido a la vista, y según la cual Pilonieta dedujo en dicho año una renta bruta de cuatro mil quinientos dos pesos con cincuenta centavos ($ 4.502-50). Se comprende que esta renta correspondió a diez meses de actividades, por lo cual considera-

mos adecuado promediar tal suma en dicho lapso de diez meses, para concluír que durante los dos meses de incapacidad dejó de percibir ingresos por la suma de novecientos pesos con cincuenta centavos ($ 900.50)".

'En el mismo expediente y a folios 10 a 34 inclusive, obran las facturas, cuentas, recibos y demás papeles relativos a gastos de clínica, drogas, radiografías, cuentas médicas, etc., cuyo importe total asciende a la suma de un mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos ($ 1.465-00).

«Las facturas a que se refieren los señores peritos y que obran a los folios 10 a 34 del cuaderno principal, no han sido reconocidas por sus otorgantes y algunas se encuentran sin firma, por lo cual no se pueden tener como prueba en favor de la parte actora. Quién nos asegura que las pocas facturas que aparecen firmadas, son auténticas? Qué fundamento tienen los señores peritos y el tribunal, para aceptar como auténticas tales facturas? Luego ha habido errónea apreciación de la prueba para regular los perjuicios materiales sufridos por el señor Carlos Martín Pilonieta.

«Por otra parte dicen los señores peritos, que el demandante dejó de percibir ingresos por la suma de novecientos pesos con cincuenta centavos ($ 900.50) durante los dos meses de incapacidad fijada por los médicos legistas, y para tal efecto se fundamentan en la renta bruta denunciada en el año 48. Pero resulta que el señor Carlos Martín Pilonieta denuncia como principal fuente de su renta las fincas raíces, de tal manera que mal puede causársele perjuicios a un señor que no negocia en fincas raíces, sino que recibe una renta de ellas.

«El fallador no está obligado a considerar el dictamen pericial como plena prueba sino en tanto que él, por las explicaciones y fundamentos que contenga el acta respectiva, le lleve al ánimo la convicción de que la regulación numérica está ajustada a la realidad de los hechos. (Casación 18 nov. de 1941)».

Examen de los cargos

El tribunal consideró que la acción ejercitada por el demandante es la de responsabilidad por incumplimiento, por parte de la compañía demandada, del contrato de trasporte celebrado por dicha compañía con el demandante Carlos Martín Pilonieta.

Estas son las palabras empleadas por el sentenciador:

«Del contexto de las súplicas contenidas en la demanda, se deduce que la parte actora ejercita la acción de resarcimiento de perjuicios por razón de la culpa contractual, como quiera que la deduce del incumplimiento de un contrato de trasporte.

«En nuestra legislación el contrato de transporte de personas celebrado con una empresa pública genera una obligación de seguridad, consistente en que al pasajero se le debe conducir al lugar de su destino en idénticas condiciones a las que se encontraba al momento de recibirlo. Por ello, dicha obligación de seguridad impone al transportador, entre otros deberes, el de agotar hasta donde sea posible las previsiones aconsejadas por la técnica y el de emplear en la ejecución del contrato las precauciones necesarias a fin de evitar posibles daños, porque si éstos se sucedieren entonces se hace responsable de los perjuicios que se causen. En cuanto a la responsabilidad del trasportador, nacida de la inejecución de la obligación, de ella se exonera suministrando solamente la prueba de la ausencia de culpa, sin exigírsele la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor. No otra cosa se desprende de la letra de los artículos 2072 del Código Civil y 322, numeral 4º, del Código de Comercio.

«Sobre el particular, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

«Si esa obligación —la de seguridad— es como se deja apuntado, esencial en el contrato de trasporte, cabe deducir como consecuencia que a las partes o, mejor, al trasportador, no le es dable exonerarse de ella mediante estipulación expresa; pero en cuanto a la responsabilidad inherente al incumplimiento de esa obligación y a la consiguiente obligación de reparar, el régimen legal sobre exoneración expresa varía según se confronte la cuestión a la luz de los principios del C. C., o del C. de Co. Terrestre y según se trate de empresario público o particular de trasporte.

«Siguiendo el principio general de derecho de que quien tiene en su poder una cosa ajena es

obligado a conservarla y a prestar el cuidado debido y que si éste falta se hace por ello responsable del perjuicio que sobrevenga al dueño, el segundo miembro del artículo 2070 del Código Civil impone al acarreador o trasportador la responsabilidad por el deterioro o destrucción de la carga salvo que pruebe el vicio de ésta o la fuerza mayor o caso fortuito; pero también le concede derecho para que mediante una estipulación expresa se pueda exonerar de esa responsabilidad, desde luego que el citado texto la hace de su cargo 'a menos que se haya estipulado lo contrario'. De allí, pues, que dentro del régimen general del Código Civil sea lícita la cláusula de no responsabilidad en materia de trasporte de carga, porque en cuanto al de personas se verá más adelante por qué no lo es. Esa regla es de aplicación al contrato de trasporte, sin perjuicio de las particulares que para cada especie de tránsito consagra el Código de comercio, según mandato del art. 2078 del Código Civil.

«En las secciones primera a cuarta del capítulo 2º del título 5º del C. de Co. T., reglamentarias del contrato de trasporte celebrado con empresarios particulares no existe disposición legal alguna que haga referencia expresa, ya para autorizarla o prohibirla, a la cláusula de no responsabilidad; empero como las reglas del C. C., por virtud de lo dispuesto en el artículo 2078, son aplicables a tal caso, es claro que para el empresario particular también es lícita la expresada cláusula; pero a falta de ella su responsabilidad se gobierna por lo establecido, entre otros, en los artículos 283, 284, 285, 290, 298, 299, 306 y 308 del C. de Co. T. Las reglas del citado título son aplicables a los empresarios públicos de conducciones por mandato del artículo 318 ibídem; mas, como en el capítulo 3º de ese título, especial y parcialmente se reglamentan los derechos y obligaciones de aquéllos, es evidente que tales reglas no tienen aplicación sino en tanto no pugnen con las contenidas en el capítulo 3º De ese capítulo son los artículos 329 y 8º de la ley 52 de 1919.

«Ahora bien, los deberes y la responsabilidad que tienen «según las leyes», los empresarios públicos de conducciones hacen referencia no sólo a la carga sino también a la persona de los pasajeros (numeral 4º, art. 322 del C. de Co.), y de allí que conforme a los textos en cita les esté claramente vedado hacer figurar en sus contratos cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad que por ley les incumbe o corresponde con respecto a carga y pasajeros. Algunos juristas han pensado que dados los términos empleados en los artículos 329 del C. de Co., y 8º de la ley 52, éstos versan sobre el trasporte de mercaderías y no sobre el de personas; pero para la Corte, por lo que en el párrafo precedente se apuntó, tal observación no es fundada; y si eso no obstante, hubiere alguna duda sobre el particular, entonces tomando en consideración que la seguridad e integridad de la persona humana están en juego y que los derechos que a ella se refieren son irrenunciables, habría que reputar ilícita, por contraria al orden público, la cláusula que atenúe o suprima la responsabilidad de todo trasportador, y no solamente del público, en relación con daños causados a los pasajeros por culpa de aquél o por la de las personas por quienes él debe responder».

«Luégo la Honorable Corte, llega a las siguientes conclusiones:

«1ª—La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de trasporte terrestre, sea de personas o mercaderías, celebrado con empresarios públicos de conducciones;

«2ª—Esa cláusula es válida cuando se hace constar en el contrato de trasporte de mercaderías, ajustado con empresarios particulares, ya sea terrestres, marítimos o aéreos, pero no para eximirlos de responsabilidad en caso de que se les pruebe dolo o culpa grave en la ejecución de la obligación;

«3ª—La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de trasporte de personas, ya sea terrestre, fluvial, marítimo o aéreo, en cuanto con fundamento en ella se pretenda exonerar al trasportador de la responsabilidad que le corresponde por cualquier clase de culpa, ora por las que le sean imputables directamente o a las personas por quienes él debe responder'.

«En el caso de autos, la parte demandada es una empresa pública de trasporte, no sólo de personas sino también de mercaderías, cuestión que se deduce de los propios términos de la escritura de constitución de la sociedad «Flota Panamericana Limitada», pues en ella se lee:

«El objeto principal de la sociedad es el de organizar e incrementar el servicio de trasporte au-

tomotor en los renglones de pasajeros y carga. La empresa continuará explotando la continuación de la ruta que en la actualidad están explotando los vehículos que a ella se asocien o afilien y las demás que en lo futuro le conceda la Dirección Nacional de Transportes'. Más adelante se dice: 'La empresa aceptará la asociación de vehículos automotores con el fin de controlar y prestar el servicio público de trasporte, previa autorización de la Junta Directiva y mediante la celebración de los correspondientes contratos de asociación con los propietarios de tales vehículos en los cuales se estipularán los respectivos derechos y obligaciones'.

«Y, aunque no se dijera tal cosa en la escritura de asociación, la mencionada empresa encaja dentro de las que el artículo 271 del C. de Co. Terrestre, inciso 3º denomina «Empresarios Públicos de Conducciones», toda vez que tiene anunciado el negocio y abierta al público una oficina, ejecuta itinerarios por las rutas que le tienen señaladas las autoridades del ramo y, presta el servicio, previo el pago del valor del pasaje que rige para los recorridos urbanos".

Dada la naturaleza del recurso de casación, la Corte debe partir, para apreciar el cargo que está examinnado, de estas premisas del tribunal que no han sido atacadas en casación. Es decir, la Corte tiene que aceptar que la acción ejercitada por el demandante fue la acción del contrato de trasporte y no la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual.

Ahora bien, tratándose del ejercicio de la acción derivada del contrato de trasporte, es aplicable la disposición del artículo 11 del C. de P. P.? Evidentemente no. Cuando la acción ejercitada en un proceso civil es la de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato, o sea, por culpa contractual, y no la del resarcimiento de los daños causados por un delito o culpa aquiliana, entonces la acción penal no influye sobre el resultado de la acción civil y no tiene, por tanto, aplicación el artículo 11 del C. de P. P., que se refiere solamente a la hipótesis de que la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en ella, puedan influír en la solución de la controversia civil.

En el caso de este pleito —según lo estimó el tribunal y no lo censuró el recurrente en casación— la acción ejercitada por el demandante fue la de indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de la empresa trasportadora en el contrato de trasporte de personas que celebró con el demandante, contrato que el tribunal dió por probado, sin que la aceptación de tal hecho como probado haya sido tampoco objeto de ataque por el recurrente en casación. No resultando de ningún delito ni cuasidelito la obligación reconocida por la sentencia, a cargo de la compañía demandada, de pagar al demandante perjuicios, sino del acuerdo de voluntades de las partes en dicho contrato, es forzoso concluír que la investigación sobre responsabilidad criminal del conductor del vehículo no tiene por qué suspender el fallo sobre la acción civil, dirigida contra la compañía contratante y fundada en el contrato de trasporte.

Este primer cargo no tiene, pues, fundamento legal.

Para fundar el segundo, el recurrente afirma que el tribunal apreció mal las pruebas, pero no dice nada sobre las normas sustantivas que considere violadas por resultas de aquella mala apreciación. Tampoco expresa si el pretendido error en la apreciación de las pruebas fue error de derecho o error de hecho (artículo 520 del C. J.).

En efecto, el problema de la estimación de las pruebas por el tribunal de instancia no puede traerse a casación sino exclusivamente cuando la mala apreciación de los elementos de prueba, que se atribuye al tribunal, sea imputable a un error de derecho, es decir a la violación de alguna de las disposiciones legales que definen los distintos medios de prueba y les asignan determinado valor en la tarifa legal; o a error de hecho, que consiste en que el tribunal ha omitido la consideración o apreciación de un medio probatorio que demuestra evidentemente el hecho controvertido, sea éste positivo o negativo.

El concepto de error de derecho no comprende cualquier error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario, para que exista tal error, que el tribunal haya violado un precepto legal relativo a la definición o valoración de las pruebas judiciales. Porque es de la naturaleza del recurso de casación, que las cuestiones de hecho, es decir, las que dicen relación a la prueba de los hechos y no a la aplicación del derecho a esos hechos, queden definitivamente resueltas por el

tribunal de instancia, a menos que éste haya incurrido, al estimar esa prueba, en la violación de algún precepto legal de los que definen los medios probatorios o los valoran, o a menos que haya incurrido en error de hecho evidente o manifiesto.

Y este error de hecho consiste en que el tribunal de instancia haya tenido como probado un hecho por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de algún medio de prueba que obra en autos y que demuestra, de manera evidente, que el hecho de que se trata no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestra, de manera evidente o manifiesta, que ese hecho existió. También hay error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado fundándose en un medio de prueba que no fue traído al juicio. El error de hecho se refiere, pues, a la existencia del medio probatorio y no a la existencia del extremo que con ese medio se trata de demostrar. Pues bien, del examen de este cargo no resulta que el tribunal incurriera en error de derecho ni en error de hecho en la apreciación de los elementos probatorios a que el recurrente se refiere.

El cargo, en efecto, dice relación a la prueba de los perjuicios a cuyo pago condenó el tribunal a la compañía demandada. En qué pruebas se fundó el sentenciador para hacer tal condenación? En el dictamen pericial sobre avalúo de dichos perjuicios. Este es el medio probatorio que el recurrente considera mal apreciado. El tribunal le dió valor de plena prueba. Qué disposición legal sobre pruebas infringió el sentenciador al darle ese valor, para que pueda considerarse que sufrió un error de derecho en esa apreciación? No lo dice el recurrente. Pero del alegato que hace para fundar el cargo, se ve que estima mal razonado el dictamen pericial o deficiente en cuanto a sus fundamentos, y afirma que el tribunal no estaba obligado a considerar como plena prueba ese dictamen. Lo cual es cierto, pero también lo es que tampoco estaba obligado a rechazarlo.

La apreciación del mayor o menor grado de fé que merezca un dictamen pericial es cosa que el artículo 723 del C. J., deja a la discreción del juzgador cuando dice que la fuerza probatoria del dictamen en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que hagan los expertos, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. Por consiguiente, para que la Corte pueda rechazar esta discrecional estimación del tribunal de instancia y reemplazarla por la suya propia, por considerar que la del tribunal que aceptó el dictamen, como plena prueba, adolece de error de hecho, se necesita que de las mismas consideraciones en que los peritos fundan su dictamen o de otras pruebas del proceso resulte de manera evidente, manifiesta, indubitable, que la verdad es lo contrario de lo que los peritos dictaminaron. No basta que la Corte difiera del tribunal en cuanto a la apreciación de los fundamentos de dicho dictamen, se necesita que de esos mismos fundamentos o de otros medios de prueba actuantes en el proceso, aparezca, con evidencia inmediata, que el dictamen es erróneo; no basta que la conclusión de los peritos no parezca suficientemente fundada; se necesita que de las consideraciones en que se fundan los peritos se deduzca, forzosamente, la conclusión contraria a la que ellos sacaron; o bien, que esta conclusión contraria resulte de otros elementos probatorios que obren en el juicio (Véase casación de 23 de marzo de 1954.—G. J., Nos. 2138 y 2139 páginas 115 y siguientes).

Lo expuesto es suficiente para demostrar que este segundo cargo tampoco está fundado.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha once (11) de febrero de mil novecientos cincuenta y tres (1953), objeto de este recurso.

Condénase a la compañía recurrente en las costas del recurso de casación.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

FINALIDAD DEL JUICIO ORDINARIO DE OPOSICION A UN DESLINDE.—EL ERROR DE HECHO EN CASACION

1.—La finalidad de la acción de deslinde no es discutir títulos de dominio, sino solamente verificar sobre el terreno los linderos mencionados en los títulos; y el juicio ordinario sobre oposición al deslinde tiene por objeto decidir si esa verificación tal como se hizo en la diligencia de deslinde del juicio especial estuvo o no bien hecha, es decir, si esas líneas y puntos están realmente situados donde los situó dicha diligencia. Se trata, indudablemente, de una pura cuestión de hecho.

2.—Para que el herror de hecho en la apreciación de una prueba sirva para fundar la casación del fallo, se necesita que sea manifiesto o evidente, es decir, se necesita que de la prueba resulte de manera evidente e indudable, que el hecho que se dio por probado no existe, o bien, que es real el hecho que se consideró no probado. No basta, pues, con que la apreciación del tribunal pueda ser dudosa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía)

El 14 de febrero de 1951, ante el juez 1º civil del circuito de Andes, Rafael Angel Vargas, vecino de Jardín, en Antioquia, demandó, por medio de su apoderado Fernando García Naranjo, a la señora Ana Julia Osorio de V., de la misma vecindad, para que se hagan estas declaraciones:

"1ª—Que la diligencia de deslinde y amojonamiento, practicada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Andes el dos de los corrientes en asocio de los peritos señores Manuel Elorza y Antonio Restrepo R., no tiene valor alguno y en nada afecta ni altera los linderos y contenido especial del predio del demandante, debido a los errores graves en que se incurrió al tirar la línea divisoria.

"2ª—Que la propiedad del señor Rafael Angel Vargas, denominada "La Siberia", con sus correspondientes mejoras y anexidades, situada en el paraje de "Morroámarillo" del municipio de Jardín, conserva su alinderación y contenido especial, conforme lo determina la escritura número 136, otorgada en Jardín el 13 de agosto de 1939, registrada en Andes el 12 de septiembre del mismo año, y los demás títulos aportados y que se aporten sobre anexidades de otros lotes de terreno al mismo fundo.

"3ª—Que si la señora demandada sale vencida, sea condenada en costas.

"4ª—Subsidiariamente, para el caso de que no se hiciesen las declaratorias 1ª y 2ª que anteceden, que el juzgado del conocimiento fije en toda su extensión la línea limítrofe entre los predios de las partes, de acuerdo con las pruebas que se alleguen a este nuevo debate y con una nueva experticia, dejándolos finalmente en posesión material de lo que definitivamente a cada uno corresponda".

Entre los hechos mencionados como fundamentos de la acción están los siguientes:

"Al tirar pericialmente la línea divisoria entre la señora Ana Julia Osorio y Rafael Angel Vargas, respecto a los fundos de que trata el juicio de deslinde en referencia, lo que se hizo el dos de los corrientes, se incurrió en graves errores por los dichos peritos, y así fue como atribuyeron a la señora Ana Julia Osorio de cuatro a cinco cuadras de terreno y mejoras de mi mandante, que están dentro de los linderos de sus títulos y de que ha estado y está en posesión material desde hace más de diez años; tales errores son los siguientes: Dijeron que no hallaron los puntos de referencia y sin embargo, los principales que son dos árboles de "Aguacate", sí existen precisamente por donde están definidos los linderos del predio de Rafael Angel Vargas en sus títulos de propiedad; la mata de guadua no existía cuando se verificó la división, sino una mata de guineo, pues la guadua fué plantada posteriormente por don Vicente Vargas; el lo-

mito a que se refieren los peritos y los títulos de mi mandante, no es el más cercano al amagamiento, porque los peritos no siguieron la dirección del amagamiento limítrofe sino otro que queda muy adentro de la propiedad de Rafael Angel Vargas; el lomito del lindero, por donde siempre se ha reconocido, es el más sobresaliente, pues el que tuvieron como base los peritos apenas sí es perceptible sobre el terreno y no merece llamarlo así; los peritos se distanciaron considerablemente de la realidad limítrofe, como lo dió a entender personalmente la misma señora Ana Julia Osorio en el acto de la diligencia; el predio que atribuyeron los peritos a Pastor Correa como colindante, es en realidad parte del fundo de Rafael Angel Vargas. Se violó, pues, el contenido especial del predio de mi mandante, en cantidad tan apreciable que me obliga a tachar la diligencia por error grave".

La demandada se opuso y el juez 1º del Circuito de Andes falló así el juicio:

"1º—No se hacen las declaraciones solicitadas por el Dr. Fernando García Naranjo en su libelo demandatario.

"2º—Como consecuencia de lo anterior, téngase como línea divisoria de los fundos de las partes, en el punto en que colindan, la señalada por el juzgado en la diligencia de deslinde y amojonamiento de que trata el acta fechada el día dos de febrero último."

En segunda instancia, en virtud de apelación interpuesta por el demandante, decidió la controversia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en los siguientes términos:

"1º—La línea de separación entre los dos predios pertenecientes a la señora Ana Julia Osorio de Vargas y Rafael Angel Vargas según escritura Nº 134, de 3 de junio de 1921, de la Notaría del Circuito de Jardín y 136, de 12 de agosto de 1939, de la misma notaría, respectivamente, es la trazada por el perito principal señor Miguel Sierra R. y por el perito tercero señor Carlos E. Restrepo G., con fechas veintinueve de abril y seis de junio del año en curso, o sea la misma que sigue el cerco de alambre existente hace hace más de diez años entre los dos fundos.

"2º NO SE HACEN las demás declaraciones contenidas en la demanda de fecha catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y uno. SiN COSTAS".

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación la parte demandante. La Corte procede a decidir sobre él, previas las consideraciones siguientes:

Un solo cargo hace el recurrente a la sentencia materia del recurso, y lo enuncia así:

"Con apoyo en la causal primera de casación (art. 520 del C. J.), acuso la sentencia como violatoria de los artículos 30 de la Constitución Nacional y 669 del Código Civil por falta de aplicación y del 900 del C. C. por aplicación indebida.

"A esta infracción llegó el sentenciador por mala apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras, que señalaré en seguida, por lo cual incurrió en los siguientes errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos:

"a) Dar por demostrado, contra la evidencia del proceso que el lindero entre el fundo del señor Rafael Angel Vargas y de la señora Ana Julia Osorio de Vargas es la línea comprendida entre los puntos A, B, D, F, G, y A. (v. del croquis que me permito adjuntar). A este error de hecho llegó el tribunal porque consideró que el lado derecho no es el derecho sino el izquierdo como ya se demostrará; y

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el lindero entre los fundos de las partes es el marcado con la línea comprendida entre los puntos A, B, C, E, F, G, y A. (v. del mismo croquis), es decir, que el lado derecho es el lado derecho y no el izquierdo".

Los fundamentos que da el tribunal a su fallo son éstos:

"Interesa recordar que en el juicio ordinario surgido a consecuencia de la oposición a la línea divisoria trazada en el especial de deslinde, no se puede sino de una manera exclusiva estudiar, definir y localizar en el terreno la verdadera línea que sirve de separación entre los dos predios, esto es, fijar hasta dónde se extiende el derecho de dominio de los dueños de los fundos colindantes. Las cuestiones de propiedad y posesión, así como el fenómeno de la prescripción

adquisitiva de dominio, son ajenas a esta clase de juicios. Las pruebas que las partes aporten en este sentido pueden servir indirectamente para orientar el criterio del fallador cuando en los títulos adquisitivos de dominio que se aduzcan hay deficiencia u obscuridad, como acontece con el caso sub judice.

"Como se palpa de las trascripciones hechas, en los títulos traslaticios de dominio inmediatos de las dos partes contendoras, no se encuentra un derrotero claro para ubicar la línea divisoria, pues tanto en la escritura Nº 134, de 3 de junio de 1921, de la notaría del circuito de Jardín título de dominio de la señora Ana Julia Osorio como en la Nº 136, de 12 de agosto de 1939, de la misma notaría, título de dominio del señor Rafael Angel Vargas, se habla de linderos en términos generales y en parte alguna se hace referencia a puntos determinados. De aquí la imposibilidad en que se encuentra el fallador y se encontraron los peritos para poder trazar, localizándola en el terreno, la línea de separación entre aquellos dos predios.

"En los títulos de dominio de los antecesores de las partes, que fueron traídos en copia al debate, tampoco se encuentra ninguna especificación que pueda servir de guía para localizar el límite entre los dos fundos. Sin embargo, hubo necesidad de recurrir durante la diligencia de deslinde de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y uno a la copia que la interesada Osorio de Vargas presentó en esos momentos, del acto de partición o división de bienes que se llevó a cabo entre los señores Vicente Vargas G., Juan Pablo, Domitila y José Agustín Vargas, ante el señor Juez 1º Civil del Circuito de Andes, relativo a la finca de "San Bartolo", acto de partición que apenas fue aprobado por medio del auto de trece de agosto de mil novecientos veintiseis.

"..Ninguna de las dos partes contendoras se ha opuesto a que este acto de partición sirva de derrotero para fijar la línea de demarcación; sin embargo, ha habido una honda discrepancia entre ellas al interpretar los términos en que está concebida la parte pertinente para guiar el acto de ubicación de la línea divisoria.

"Precisamente de esta discrepancia ha surgido el juicio ordinario de impugnación, porque los peritos que intervinieron en la diligencia de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y uno se apartaron sustancialmente del cerco que ha existido hace más de diez años (algunos testigos dicen más de veinte, otros más de treinta), porque unos peritos consideran que el amagamiento que hay que seguir es distinto al que sigue el cerco en referencia, que es por donde va la línea que sostiene la demanda de impugnación".

Bien se ve por estos conceptos del tribunal, que el fallo recurrido reposa sobre la inspección ocular y el dictamen pericial cuyo objeto fue determinar sobre el terreno los puntos de referencia y las líneas limítrofes mencionadas en los títulos de dominio. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de esta acción de deslinde no es discutir títulos de dominio, sino solamente verificar sobre el terreno los linderos mencionados en los títulos. El juicio ordinario sobre oposición al deslinde tiene por objeto decidir si esa verificación tal como se hizo en la diligencia de deslinde del juicio especial estuvo o no bien hecha, es decir, si esas líneas y puntos están realmente situados donde los situó dicha diligencia. Se trata, indudablemente, de una pura cuestión de hecho, que en este juicio fué decidida por el juzgador de instancia mediante el auxilio del dictamen pericial.

El recurrente sostiene, por su parte, que las líneas verdaderas, es decir, las que corresponden sobre el terreno a las mencionadas en los títulos, son las que fueron trazadas en la diligencia que practicó el juzgado en el juicio especial, diligencia fundada también en un dictamen pericial. En definitiva, pues, se trata de saber cuál de los dos dictámenes periciales es el que merece fe: si el de los peritos que intervinieron en la diligencia practicada en el juicio especial de deslinde e impugnada en el juicio ordinario de oposición, o el de los peritos que intervinieron en la diligencia practicada por el tribunal en el juicio ordinario de oposición.

El tribunal desestimó el dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia del juicio especial y fundó su fallo sobre el de los peritos que intervinieron en el ordinario de oposición.

El recurrente pretende que el tribunal sufrió error de hecho al apreciar así esos dictámenes. Por qué? Ambas diligencias, la del juicio especial y la del ordinario, tomaron como base para la determinación sobre el terreno del lindero

disputado, los puntos de referencia y las líneas mencionadas en la adjudicación que se hizo a José Agustín Vargas el 23 de julio de 1912, de que se viene tratando. Ahora bien: en relación con la identificación de esos puntos y líneas sobre el terreno, que es la materia litigiosa, dice el recurrente:

"Cómo entendieron los peritos Manuel Elorza, Antonio María Restrepo y Jorge Saldarriaga López estos linderos? Y cómo los entendieron el juez que conoció del juicio de deslinde y amojonamiento y el que conoció en primera instancia del ordinario?

"En la copia del croquis que se acompaña, la línea comprendida entre los puntos A, B, C, E, F, G y A.

"Y cómo los entendió el H. Tribunal? En el mismo croquis en la línea comprendida entre los puntos A, B, D, F, G y A.

"Los argumentos aducidos por el tribunal para esa demarcación son: a) que en parte de la línea D-F se encontró una cerca de alambre a la que algunos testigos le fijan más de 10 años; b) que los peritos en el especial de deslinde atendieron una insinuación que les hizo la actora; c) que estos mismos peritos fueron "desacertados, abitrarios y vacilantes" y no encontraron el árbol aguacate en la línea D-F; y d) que la señora Osorio de Vargas no hubiera impugnado antes el lindero que el H. Tribunal considera definitivo o sea la línea D-F .

"Pero ocurre que el problema se reduce a establecer en su forma obvia y simple el lindero que quiso fijar el partidor en 1912. Con el sentido práctico de los campesinos se buscó la línea que concordara con hechos físicos y señaló límites arcifinios. Y comenzó la línea partiendo de la quebrada de San Bartolo por el amagamiento que baja de la manga hasta arriba del lavadero de Juan Pablo Díaz donde sale, por el lado derecho, otro amagamiento. Ese lado derecho" de qué es. El partidor inicia la fijación del lindero en la quebrada de San Bartolo en el sitio en que el amagamiento que baja de la manga cae en la quebrada. El partidor sigue con su lindero, por el amagamiento arriba hacia su origen hasta encontrar el punto en que se unen dos amagamientos. Colocándose en ese punto, de frente a la orientación de la ruta seguida por el partidor, es decir, de frente al nacimiento de los amagamientos, se tiene que hay uno al lado derecho y otro al lado izquierdo. Es obvio que cuando el partidor dijo "donde sale, por el lado derecho", otro amagamiento, quiso referirse a su "lado derecho", al amagamiento que se encontraba a su derecha. En otros términos: al estar el partidor en ese punto se encontró con una hondonada a su lado derecho y otra a su izquierdo y señaló como lindero la de su lado derecho, la que sale a su derecha. Y este "lado derecho" del partidor es el "lado derecho" del lindero.

"Se intentará decir que el "lado derecho" de que habló el partidor de 1912 no era su propio lado derecho, en el sentido en que caminaba, sino, el que resultara al volverse hacia la desembocadura del primer amagamiento en la quebrada de San Bartolo? Pero esta convención moderna de los geógrafos, que lo mismo han podido convenir que las márgenes de los ríos se distinguen mirando el observador hacia su nacimiento, no es concebible en el modesto partidor rural de 1912. Un amagamiento no es un río sino una hondonada. Y el partidor que salió de la quebrada hacia el lavadero de Juan Pablo Díaz y encontró dos amagamientos, uno 'al lado derecho' y otro al 'lado izquierdo, no pudo dudar que el que 'salía' por el lado derecho era el que quedaba a su derecha, en vez de dar media vuelta para mirar al punto de donde había partido y luego dar otra para seguir andando.

"Los demás argumentos del tribunal son aún más frágiles:

"Que en parte de la línea D-F (ver croquis) se encontró una cerca de alambre antigua y que eso indica que la señora Osorio de Vargas ha convenido que hasta allí se extienda su dominio.

"Esto va contra dos hechos no apreciados: a) si la señora Osorio de Vargas hubiera considerado y aceptado que su dominio en el fundo se extendía hasta ese límite no habría entablado su acción de deslinde. Su acción de deslinde implica que no estaba conforme con ese lindero; b) en el expediente consta que esa cerca fue construída por Rafael Angel Vargas, y aunque lo hubiera sido por la señora Osorio de Vargas eso no indica que hubiera renunciado a su derecho de dominio sobre la zona inmediata a la cerca. Y, además, guiarse por una cerca para señalar un lindero desatendiendo otros elementos probatorios más

convincentes, es, por lo menos, ligero. Por lo demás, el juicio de deslinde interrumpe la prescripción y la señora Osorio de Vargas tenía veinte años para impedir que el señor Vargas adquiriera por prescripción el lote discutido.

"Que en el juicio de deslinde los peritos atendieron una insinuación de la actora sería inconveniente si, con otros medios, no se estableciera que la sugerencia está de acuerdo con la realidad. Se demostró atrás cómo la única línea posible es la demarcada por estos peritos y por el perito Saldarriaga López.

"El tribunal califica a estos peritos de "desarcertados, arbitrarios y vacilantes" y no da las razones para hacerlo. Por qué son desacertados, arbitrarios y vacilantes? El tribunal se reservó los motivos y se los reservó porque no existen. Y eso sí es arbitrario. Como lo es creer, sin fundamento, que el árbol aguacate hallado por el tribunal corresponde exactamente al que alude el acto de partición de 1912. En tierras tan explotadas, cuyos dueños han sido tan variados en el curso de cuarenta años en el predio del señor Angel, no se puede inferir que un árbol al que se aludió en 1912 pueda existir en la actualidad como no existe el guamo a que se alude en el mismo lindero".

Como se ve el error de hecho en que incurrió el tribunal consistió, según el recurrente, en que consideró que el **amagamiento del lado derecho,** de que habla el mencionado título, era un amagamiento que está situado al lado izquierdo. Y la confusión dependió de que los peritos localizaron el amagamiento de la derecha, mirando hacia la desembocadura de ese amagamiento en la quebrada de 'San Bartolo', cuando, en realidad, de la mencionada partición resulta que debieron localizarlo mirando en sentido contrario.

Para que el error de hecho en la apreciación de una prueba sirva para fundar la casación del fallo, se necesita que sea manifiesto o evidente, es decir, se necesita que de la prueba resulte de manera evidente e indudable, que el hecho que se dió por probado no existe, o bien, que es real el hecho que se consideró no probado. Para que, en este caso, hubiera error de hecho, se necesitaría que de las pruebas que obran en autos apareciera de manera evidente que el **amagamiento** a que los títulos se refieren es el que señaló el juzgado en la diligencia de deslinde objetada, y no el que señaló el tribunal en la setencia recurrida. Ahora bien, de los propios razonamientos del recurrente que se han trascrito resulta que este hecho no es evidente; que la determinación de cuál es el amagamiento a que los títulos se refieren depende de la dirección en que se trace la línea y que, por consiguiente, la apreciación del tribunal auncuando pueda ser dudosa, no es **evidentemente** errónea; tanto más, si se tienen en cuenta otros hechos que la sentencia menciona como indicios que pesaron también sobre el ánimo del sentenciador para determinar su decisión. Estos hechos son la existencia de un antiguo cerco que sigue la línea trazada por la sentencia recurrida y el hecho de que los peritos, en la diligencia de deslinde objetada en este juicio, se hubieran guiado por las indicaciones de una de las partes.

Pero el recurrente alega, además, para fundar el cargo, que el tribunal no tuvo en cuenta varios títulos de dominio, para trazar las líneas limítrofes en el fallo acusado. Así se expresa:

"En la hijuela Nº 9 de la partición en el sucesorio de Vicente Vargas, hijuela adjudicada a Manuel S. y Rafael A. Vargas, se encuentra que se les asigna un lote comprendido dentro de los siguientes linderos: "De un mojón de piedra que se clavó en la raíz de un árbol de aguacate, en lindero de fundo de Pastor Correa, se sigue en lindes con éste para abajo, hasta encontrar lindero de Julia Osorio; por el lindero con ésta de travesía hasta una cuchillita, de allí a un aguacate grande, de aquí se sigue de para abajo, por un cerco viejo; se sigue de para arriba por el mismo cerco viejo hasta llegar a la casa de Rafael Angel Vargas, se sigue de para arriba hasta encontrar una cuchilla donde hay un alambrado y siguiendo el mismo cerco de para abajo hasta caer a la quebrada de Carrizales, lindero de Juan Pablo Vargas, siguiendo por ésta hasta un amagamiento que desemboca en la quebrada mayor, se sigue por el cerco de la manga hasta la esquina del cafetal, de aquí, sobre la izquierda por todo el cerco de la huerta hasta llegar a una puerta de golpe que da entrada al solar de la casa de habitación, de esta puerta se sigue sobre la izquierda buscando el cerco del solar para arriba, hasta un mojón que está al frente de una cruz y de este mojón buscando el filo de para arriba hasta llegar al mojón del aguacate, punto de partida".

"En la escritura nº 175 de 1937, notaría de Jardín, Juan Suárez vende a Manuel Salvador Vargas un lote comprendido por los siguientes linderos: "En

un mojón de piedra que se clavó en un solar de la casa al frente de una cruz se sigue para arriba por toda una cuchillita hasta llegar a otro mojón de piedra que se clavó en la raíz de un árbol de aguacate a lindes con terrenos de Pastor Correa, de aquí se sigue para abajo, en línea recta, hasta otro mojón de piedra que se clavó en la orilla de la quebrada "Carrizales", sigiuendo ésta hacia abajo hasta un cerco de piñuela y siguiendo por este cerco hasta el mojón, punto de partida".

"En la escritura Nº 126 de 1937, notaría del Jardín, Juan Suárez vende a Manuel Salvador Vargas un lote de tierra comprendido dentro de los siguientes linderos: "De un mojón de piedra que se clavó en la orilla de la quebrada "Carrizales" se sigue quebrada arriba hasta encontrar una piedra natural que sirve de mojón y que queda en el paso de la quebrada, se sigue en línea recta a otro mojón que se clavó en la raíz de un árbol drago en una cuchillita; de éste se sigue para abajo, lindando con terrenos de Pastor Correa hasta llegar al mojón del aguacate a lindes con fundo de Rafael Angel y Manuel S. Vargas y Pastor Correa, se sigue para abajo línea recta al mojón que se clavó en la quebrada 'Carrizales', punto de partida".

"En la escritura 209 de 1937 de la notaría de Jardín, en la cual Francisco Jaramillo vende a Manuel S. Vargas un lote, se encuentra que ese lote está con linderos especificados y concretos, susceptibles de apreciarse y establecerse en una inspección ocular.

"En el juicio divisorio de María Graciela Correa y otros contra Angel Pastor Correa se produce una venta en pública subasta y Rafael Angel Vargas obtiene en el remate la adjudicación de un lote con linderos claros y determinados apreciables en una diligencia de inspección ocular.

"Ya observamos atrás que el H. Tribunal, en este caso, asevera: "En los títulos de dominio de los antecesores de las partes, que fueron traídos en copia al debate, tampoco se encuentra ninguna especificación que pueda servir de guía para localizar el límite entre los dos fundos...."

"Los datos sobre linderos, trascritos dicen lo contrario. En la inspección ocular practicada por el H. Tribunal no habría sido difícil establecer las líneas y los puntos de que hablan esos títulos para fijar cuáles eran los linderos de los predios comprados por Rafael Angel Vargas en relación con el fundo de la señora Osorio de Vargas".

El recurrente, como se ve, afirma que si el tribunal hubiera tenido en cuenta estos títulos, la línea trazada en el fallo recurrido habría sido la misma que se trazó en la diligencia objeto del juicio de oposición. Lo afirma, pero no lo demuestra.

Necesario es repetir aquí que, para que hubiera caído el tribunal en error de hecho por no haber tenido en cuenta esos títulos, se necesitaría que de ellos resultara evidentemente, sin lugar a duda, que la línea limítrofe no es la trazada por el tribunal en el fallo recurrido, sino la trazada por el juzgado en la diligencia de deslinde practicada en el juicio especial. Pero esta evidencia no resulta de tales títulos, ni el recurrente la señala en ellos. (Véase casación de 23 de marzo de 1954, G. J. Nos. 2138 y 2139 páginas 115 y siguientes).

Lo dicho es suficiente para demostrar que no aparecen los errores de hecho en la apreciación de las pruebas que, según el recurrente, determinaron la violación de la ley sustantiva por el tribunal sentenciador.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, 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 Medellín, con fecha diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), y que es objeto de este recurso.

Condénase a la parte recurrente a pagar las costas del recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — VALOR EN JUICIO CIVIL DE TESTIMONIOS RENDIDIDOS DENTRO DE UN PROCESO PENAL EN EL QUE NO FUE PARTE EL DEMANDADO CIVIL. — CONFESION

1—Para que un testimonio rendido dentro de un proceso penal tenga valor de prueba en un juicio civil, se requiere que dentro del término probatorio de éste haya sido ratificado por el deponente; con el objeto de que así quien es parte en el proceso civil y fue extraño a la actuación penal, pueda ejercitar el derecho a contradecir la prueba por todos los medios que le brinda la ley.

2—No es admisible el procedimiento de desentrañar sugerencias de lo manifiestado o callado en demandas y respuestas, en excepciones y contestaciones, porque si tal procedimiento fuera admisible, el confesante, en esos casos, estaría en una situación muy desventajosa comparada con la del absolvente en posiciones que alude sin motivo razonable la contestación categórica de lo que se le interroga, porque entonces el juez lo amonesta previniéndole que si no contesta de modo preciso, se tiene como cierto el hecho preguntado y toma nota de esto en la diligencia (art. 617 del C. J.). Pero al formarse la LITIS CONTESTATIO no hay oportunidad para semejantes prevenciones y amonestaciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Márquez Páez)

Elisa Zafra M., por medio de apoderado, demandó ante el juez de circuito de Cali a Ricardo Zapata para que se le condenara al pago de perjuicios, tanto morales como materiales, que ella sufrió el quince de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, en las primeras horas de la noche, en accidente de tránsito producido por el chofer Domingo Eugenio Gironza Otero con la camioneta Nº 10.442, placa del Valle. Dice la actora que el chofer estaba al servicio del demandado ese día; y que tal vehículo era o es de propiedad de Zapata, quien lo utilizaba en su negocio de lavandería conocido con el nombre de 'La Blanca',. También detalla los perjuicios que para ella se derivaron del accidente, tales como las varias lesiones padecidas, el pago de facultativos, las recaídas en mala salud por la apuntada causa, la suspensión de sus actividades como modista acreditada en Buga, etc.

La sentencia de primera instancia fue absolutoria, por no haberse acreditado la dependencia en que se hallara el conductor Gironza Otero respecto del demandado Zapata, aquél día.

A igual conclusión llegó el Tribunal Superior de Cali en la suya de dieciocho de febrero de mil novecientos cincuenta y tres, y por ello fue confirmativa de la del juez, contra la cual había apelado la demandante.

Inconforme ésta, interpuso el recurso extraordinario que le restaba, el que, concedido y tramitado como corresponde, pasa a decidirse.

Un único cargo se ha formulado en casación contra la sentencia del Tribunal Superior mencionado. se funda en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y consiste en haber violado el sentenciador los artículos 2.344, 2.347 y 2.349 del Código Civil. ,a través de errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, que adelante se indican, y de errores de derecho por no haber dado a esos medios de convicción el mérito que les asignan los artículos 594, 607 (inciso 2º), 608, 632, 663, 664 665 y 730 del Código Judicial.

Considera la Corte:

I. — El art. 2.344 del C. Civil mal pudo ser infringido, directa ni indirectamente, en el fallo acusado porque la disposición sólo sanciona con la responsabilidad solidaria a quienes en número de dos o más cometan un delito o culpa, esto es, a

quienes sean coautores o copartícipes en el hecho constitutivo de la culpa o del delito. Y en el caso de autos quien fué procesado y sentenciado como autor único de las lesiones culposas en la persona de la señorita Zafra responde al nombre de Domingo Eugenio Gironza Otero. A Ricardo Zapata no se le dedujo responsabilidad penal por tal hecho porque en su consumación material no intervino. Se le ha deducido, en este proceso, responsabilidad por otro, por culpa suya **in eligendo** o **in vigilando**, es decir, por el error de conducta en que Zapata haya incurrido al mantener bajo su dependencia, en actividad de suyo peligrosa, a un sujeto capaz de producir daños como los que le acarrearon la sanción penal. El caso contemplado por el artículo 2.344 del Código Civil, como es obvio, nada tiene que ver con el que preven los artículos 2.347 y 2.349 de la misma obra, o sea, con el que se aduce como **causa petendi** del resarcimiento civil, que aquí se impetra.

II—**Errores de hecho y de derecho.** Al efecto, expone el recurrente:

a) En la indagatoria que rindió el chofer sentenciado, dijo que su **patrón** el día del insuceso era Ricardo Zapata;

b) Luis Carlos Hernández Pava, testigo en el proceso penal, declaró que el conductor Gironza Otero hallábase el día en referencia al servicio de la lavandería "La Blanca", de propiedad de Ricardo Zapata;

c) Tanto en el auto de enjuiciamiento comc en la sentencia penal del Tribunal de Cali, proferidos por el relatado hecho contra el chofer Gironza Otero, se expresa la relación de dependencia en que se hallaba éste respecto de Zapata el 15 de enero de 1949.

d) En la diligencia de inspección ocular practicada en la Tesorería Municipal de Cali, por comisión del Tribunal, se examinó el libro denominado **Industria y Comercio**, y se anotó que de ese libro obtuvo (el juez municipal) el siguiente dato: el establecimiento de lavandería "La Blanca" aparece inscrito en la tarjeta correspondiente a nombre del señor Ricardo Zapata Bustos, desde enero de 1.949 hasta el mes de diciembre de 1950, con la aclaración que hace el Juzgado que esa inscripción comenzó a regir el 1º de enero de 1.949 en adelante hasta la fecha últimamente anotada. Así mismo revisó otra de las tarjetas del mismo tipo de la anotada anteriormente y el Juzgado observó que la lavandería "La Blanca", denunciada o inscrita a nombre del señor Ricardo Zapata Bustos, sigue figurando anotada en los libros de la Tesorería, hasta la fecha de hoy (18 de septiembre de 1.952) a nombre del señor Zapata Bustos".

e) Dejó de confrotar el Tribunal lo afirmado por el apoderado de la señorita Zafra, en el hecho 1º de su demanda ordinaria, con la respuesta dada por Zapata a ese hecho .Aquél dijo: "1º El sábado 15 de enero de 1949,, en las primeras horas de la noche, fue atropellada la señorita Elisa Zafra M., por la camioneta Nº 10.442; de propiedad del señor Ricardo Zapata' y que estaba al servicio de la lavandería 'La Blanca' perteneciente también al señor Zapata". Este respondió por medio de su apoderado: "El hecho 1º no es cierto. Afirmar que la señorita Zafra M. fue atropellada, contraría abiertamente la realidad de lo ocurrido. Fue la señorita Zafra M. quien al pretender atravesar una vía pública en el propio momento en que pasaba el vehículo, se interpuso ante éste, dando así lugar a que el accidente del cual resultó lesionada, se produjera en forma absolutamente ineludible por parte del motorista quien, sin embargo de la habilidad y destreza que puso en juego, no pudo evitarlo. En tales circunstancias el accidente se debió exclusivamente a la culpa flagrante que acusa la falta absoluta de imprevisión (sic) con que la señorita Zafra M. atravesó precipitada y atolondradamente una vía por la cual circulan muchos vehículos en direcciones contrarias, sin previamente cerceriorarse de que la vía estaba libre". (Zapata, comenta el recurrente, no niega aquí ser el dueño del vehículo, ni que el chofer fuera su dependiente. Apenas se limita a defender al conductor, que a la postre vino a ser sentenciado por el aludido hecho ilícito).

Expuesta así esta parte del cargo, conceptúa el recurrente: "En el presente juicio, es posible que cada prueba de las analizadas no forme plena convicción sobre los puntos de controversia, ora porque la prueba sea insuficiente, ora porque cada medio probatorio nó contemple todos los hechos y todas las circunstancias de la situación juzgada". Pero si el sentenciador hubiera analizadó en conjunto todo el material probatorio, con criterio científico, agrega el recurrente, la conclusión no habría sido otra que la de hallar plenamente establecido el vínculo de

dependencia entre trabajador y patrón, no visto por el Tribunal, y, en tal hipótesis, el fallo civil hubiera sido condenatorio.

Ante todo, conviene conocer el criterio del sentenciador sobre la cuestión aquí propuesta. Dijo el Tribunal:

"Planteado así el problema, toca entonces al demandante, para la prosperidad de su acción, acreditar los siguientes extremos: 1º La existencia del hecho que haya ocasionado los prejuicios. 2º Que ese hecho es imputable a culpa de su autor directo y, 3º El vínculo de dependencia entre el autor del reato y el tercero de quien se pretenda el pago de perjuicios.

"Los dos primeros elementos se han establecido plenamente dentro del juicio, no sólo con las declaraciones que obran al respecto, sino también, y ante todo, con las dos providencias emanadas de la Sala Penal del Tribunal, indicadas anteriormente. (El auto de enjuiciamiento y la sentencia definitiva).

"No sucede lo mismo en cuanto al tercer elemento enumerado antes, pues la prueba que para establecerlo obra en el juicio es insuficiente como en seguida pasa a verse:

'En el orden aludido, el actor pretendió establecer primeramente que la camioneta Nº 10.-442, placas de este Departamento, era, a la fecha del accidente, de propiedad del demandado señor Zapata. De las pruebas aportadas al respecto, se tiene: en su indagatoria el sindicado manifestó que al momento del accidente manejaba "la camioneta de la lavandería La Blanca, situada en la carrera 8ª, entre calles 15 y 16 de esta ciudad, de propiedad de Ricardo Zapata, mi patrón". En diligencia de inspección ocular practicada al Libro de "Industria y Comercio", de la Tesorería Municipal de Cali, se encontró que la lavandería denominada 'La Blanca' aparece inscrita a nombre del señor Ricardo Zapata Bustos, desde el primero de enero de 1949, hasta el 8 de septiembre del año postrero, fecha de la diligencia de inspección ocular susodicha. Se practicó también otra diligencia de inspección ocular a la oficina de la Dirección del Tránsito Municipal de esta ciudad, para ver si allí figuraba inscrita a nombre del señor Zapata, la camioneta Nº 10.442 ya indicada, pero por informe del oficial mayor de placas de dicha dirección se supo que los libros correspondientes a la inscripción de vehículos del año de 1949 y parte del año de 1950 fueron incinerados por uno de los Directores. Es de advertir también que en el auto vocatorio a juicio proferido contra el sindicado señor Gironza Otero, se transcribe parte de la declaración rendida en el juicio penal por el señor Luis Carlos Hernández Pava, testigo presencial del accidente de tránsito de que fue víctima la señorita Zafra. Dicho testigo dice: "Y al llegar como dije antes, la señora a la vía del centro, en esos precisos momentos venía la camioneta de la lavandería 'La Blanca', que yo conozco y además le vi el letrero y sin darle tiempo a la señora para cruzar de una acera a otra, la atropelló brutalmente...."

"Con respecto a estas pruebas se observan: al dicho del sindicado, cuando afirma que en el momento del accidente manejaba una camioneta de la Lavandería 'La Blanca', de propiedad del señor Zapata Bustos, no puede dársele pleno valor probatorio, pues su declaración fue recibida sin la formalidad del juramento, ya que se trataba de una indagatoria. Por lo tanto, lo expresado por dicho señor en esa diligencia es una confesión que sólo a él perjudica. La inscripción en la Tesorería Municipal del establecimiento denominado 'La Blanca', a nombre del señor Ricardo Zapata Bustos, no establece que dicho señor fuera, "por la época del accidente", dueño del aludido establecimiento y menos que lo fuera de la camioneta que manejaba el señor Gironza Otero y la declaración rendida en el juicio penal por el señor Luis Carlos Fernández Pava, transcrita en parte en el auto vocatorio a juicio proferido contra el sindicado Gironza Otero, no debe tenerse en cuenta, tanto porque la declaración en su integridad no obra en este juicio ,como porque, aún aceptándola así parcialmente producida, sería el dicho de un solo testigo, y la declaración de un solo testigo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 696 del C. Judicial, no forma por sí sola plena prueba. Por otra parte, aún aceptando esa declaración, como plena prueba, tampoco ella indicaría que el demandado, señor Zapata, fuera dueño de la camioneta Nº 10.442 con la que se ocasionó el accidente, pues el testigo lo que afirma es que la camioneta la conocía como de propiedad de la lavandería 'La Blanca' y cabría entonces afirmar que tampoco está establecido plenamente que el dicho establecimiento fuera, por la época aludida, de propiedad del demandado, pues la inscripción a su nombre en la Tesorería Municipal de

Cali es apenas un indicio a tal efecto, pero no plena prueba de que el señor Zapata fuera realmente el dueño del aludido establecimiento.

"Pero si lo anterior no fuera así, faltaría en este juicio la prueba de un extremo esencial para la prosperidad de la acción propuesta o es el relativo al vínculo de dependencia que existiera entre el señor Gironza Otero y el demandado señor Zapata. Sin que se demuestre que el autor de la infracción estaba, por la época del accidente, bajo la dependencia o cuidado del señor Zapata, esto es, que fuera empleado de dicho señor, no puede deducírsele responsabilidad indirecta al actual demandado, pues la acción así dirigida contra él carecería de causa por la ausencia de ese vínculo, pues a inexistencia de él equivale la falta de prueba pertinente al respecto. En este orden, sólo existe la manifestación que hizo el sindicado, Sr. Gironza Otero, en su declaración indagatoria, cuando dijo "Manejo la camioneta de la lavandería **La Blanca,** situada en la carrera 8ª, calles 15 y 16, de esta ciudad, de propiedad del señor Ricardo Zapata, mi patrón". Al decir el señor Gironza Otero, sin la formalidad del juramento, puesto que se trataba de una declaración indagatoria, que su patrón era por esa época, el señor Ricardo Zapata, está haciendo una simple confesión que no puede perjudicar al actual demandado, señor Zapata Bustos, al menos sin que otras pruebas corroboren ese aserto".

A lo que la Corte observa:

Tocante a los predicados errores de derecho, el sentenciador incurrió en ellos, es verdad, no por criterio restricto en la apreciación de algunas de las citadas pruebas, sino por reconocerle mérito de convicción a varias que no lo tienen. Así:

a) Lo dicho por el procesado Gironza Otero, en su indagatoria, y la declaración de Luis Carlos Hernández Pava, en cuanto afirman la dependencia del chofer respecto del presunto dueño de la lavandería, carecen de valor probatorio en el proceso civil, porque todo ello consta en documentación trasladada por copia venida del proceso penal y ello imponía la ratificación de los deponentes en el juicio por responsabilidad extracontractual indirecta, a efecto de que Zapata, persona extraña al juicio penal, pudiera ejercitar en el civil, su derecho a contradecir la prueba por todos los medios que le brinda la ley. La jurisprudencia en este sentido es abundante. Al efecto, pueden consultarse con provecho los tomos LI, pág. 428, y LXI, pág. 738 de la **Gaceta Judicial.** Sin embargo, no hubo aquí tal ratificación.

b) La diligencia de inspección ocular practicada en la Tesorería Municipal, con el fin de establecer cuál era el dueño de la lavandería a la época del accidente —prueba que el Tribunal estimó con resultados desfavorables a la actora— carece, así mismo, de mérito de convicción. Esto porque "La inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez **acompañado de peritos o testigos** de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate" (Art. 724 del Código Judicial). Y además, porque "llegados el día y la hora señalados, el juez y los **peritos** o **testigos** proceden al examen y reconocimiento de que se trata y luego se extiende la correspondiente acta, en que se anotan cuidadosamente las cosas y hechos examinados, y las observaciones conducentes del juez, **los peritos o testigos** y las partes que hayan concurrido, **acta que firman todos ellos"** (Art. 727 **ibidem).** Sin embargo, el acta de que se trata no fue firmada, sino por el juez, el abogado de la demandante y el secretario del Juzgado. Y en el acta se dice que a la diligencia no concurrieron más personas que las citadas (C. 4º, fs. 11v y 12).

Hubo, pues, largueza ilegal del Tribunal en la estimación de estas pruebas. La Corte se limita a anotar la irregularidad, no puesta **sub-judice** en casación. Por lo tanto, para la decisión del recurso, no se toman en cuenta los errores de derecho observados.

Cuanto a las demás normas probatorias que infringió el sentenciador, a juicio del recurrente, se considera :

1º—Ni el artículo 607, inciso 2º, ni el 608 del Código Judicial fueron disposiciones de las cuales se apartara el sentenciador, al apreciar la respuesta ya copiada del demandado y la indagatoria del chofer, en cuanto en ellas ve el recurrente dos declaraciones afirmativas de la dependencia de Gironza Otero en relación con Zapata.

La primera disposición citada estatuye que la confesión del apoderado judicial se presume para los escritos de demanda y excepciones y de

las respuestas correlativas. La contestación que dió el apoderado de Zapata al hecho 1º de la demanda adolece, en verdad de reticencias inexplicables, pero no constituye una confesión, en el sentido que le asigna a ese hecho jurídico el artículo 604 del Código Judicial. De lo callado en la respuesta, no puede inferirse la manifestación de dependencia que pretende ver la parte demandante. "La confesión se admite tal como se hace —dice el artículo 609 Ibidem—, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho". Y desentrañar sugerencias de lo manifestado o callado en demandas y respuestas, en excepciones y contestaciones, es infringir el citado precepto legal. Si tal procedimiento fuera admisible, el confesante, en esos casos, estaría en una situación muy desventajosa comparada con la del absolvente en posiciones que elude sin motivo razonable la contestación categórica de lo que se le interroga, porque entonces el juez lo amonesta previniéndole que si no contesta de modo preciso, se tiene como cierto el hecho preguntado y toma nota de esto en la diligencia (Art. 617 del Código Judicial). Pero al formarse la litis-contestatio no hay oportunidad para semejantes prevenciones y amonestaciones.

2º—Cuanto el artículo 608 Ibidem, citado a propósito de la indagatoria de Gironza Otero, nada más impertinente al caso. La confesión extrajudicial a que dicho artículo se refiere, es la hecha fuera del juicio "en carta misiva, conversación o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba" (art. 604 del Código Judicial), de la cual resulte perjuicio al confesante. La indagatoria del chofer mal puede tomarse como confesión de Zapata, respecto al punto que se trata de establecer, porque carece de las anotadas características.

3º—Tampoco hubo violación del artículo 632 del Código Judicial, porque el Tribunal no puso en duda, al estudiar el auto de llamamiento a juicio y la sentencia penal definitiva, traídas en copia al juicio, el hecho constitutivo de la infracción de que fue víctima la señorita Zafra el 15 de enero de 1949, ni que el autor del delito culposo fue Gironza Otero. Tales piezas fueron apreciadas en el proceso civil con acatamiento a lo dispuesto en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal. Las meras declaraciones que en tales providencias se contienen sobre la dependencia del sentenciado en relación con presunto responsable civil, no pueden perjudicar a éste, que fue extraño al proceso penal.

4º—Cuanto al error de hecho en que haya incurrido el Tribunal de Cali al examinar el conjunto de las mencionadas pruebas, no aparece de modo evidente. Dicho error (lo ha expresado la Corte en incontables ocasiones), consiste en dar por probado un hecho cuando en realidad no lo está, o en considerar como no probado el que lo está plenamente, o en dar al contenido de la prueba un significado manifiestamente contrario al que en sí tiene. Cuando la prueba está constituída por indicios no necesarios (art. 665 del Código Judicial), como en el caso que se analiza, la apreciación de ellos por el sentenciador es soberana y la Corte no puede tocarla en casación. Lo que significa que el cargo de error de hecho manifiesto formulado en la acusación que viene estudiándose, no puede ser más desviado.

Por todo 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 Cali con fecha dieciocho de febrero de mil novecientos cincuenta y tres, en el juicio ordinario intentado por Elisa Zafra M. contra Ricardo Zapata.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre — Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EN EL JUICIO SOBRE SIMULACION DEBEN INTERVENIR TODOS LOS QUE FUERON PARTES EN EL CONTRATO.—LA ACCION DE SIMULACION ES PERSONAL Y DECLARATIVA. — A UN ESCRITO DEL DEMANDADO NO PUEDE NEGARSE EL CARACTER DE PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO PORQUE NO CONTENGA UNA CONFESION SOBRE EL HECHO LITIGIOSO. — PRUEBA DE LA SIMULACION CUANDO EL JUICIO SE SIGUE ENTRE LOS CONTRATANTES

1—Con el PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO, claramente definido en el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, no se trata de demostrar la VERDAD del hecho controvertido en juicio, sino simplemente la VEROSIMILITUD del mismo; es decir, no es un medio probatorio directo, sino indirecto.

Por tanto, a un escrito del demandado no se le puede negar la calidad de principio de prueba por no contener una confesión sobre el hecho litigioso; exigir esto es confundir el principio de prueba con la plena prueba.

2—En un juicio de simulación entre los contratantes, si existe el principio de prueba por escirto, puede éste completarse con otros elementos probatorios, como declaraciones de testigos o indicios, según lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia.

3—EL ERROR DE HECHO en la apreciación de pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido ésta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio.

4—Cuando se trata de PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO, la apreciación sobre la mayor o menor VEROSIMILITUD del respectivo hecho litigioso corresponde, por lo general, al juzgador de instancia y no al de casación.

5—El indicio consistente en haber conservado el vendedor la tenencia de la finca hasta su muerte, no es prueba de que el contrato hubiera sido simulado. Así lo dijo también la Corte en sentencia que aparece publicado en el Tomo 57, pág. 57, de la Gaceta Judicial.

6—Reitera la Corte su doctrina conforme a la cual "la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas implica que para destruir, en un caso concreto, las declaraciones hechas por los contratantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturado, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza de que fue simulado. (v. Gaceta Judicial, Tomo 61, pág. 95).

7—La acción de simulación es personal, y en consecuencia debe dirigirse contra todas las personas que intervinieron en su celebración; por este aspecto la doctrina de la Corte, expuesta en varios fallos, sobre la necesidad de dirigir la acción de nulidad de un contrato contra todas las partes contratantes, (Gaceta Judicial, Tomos 28, página 142; 58, página 61; 63, página 122) es aplicable a la acción de simulación.

Aunque, pues, uno de los contratantes en el contrato cuya simulación se demanda, haya enajenado ya, en el momento de intentarse el respectivo juicio, el bien o todos los los bienes sobre que versó esa escritura, debe intervenir en el proceso, y no es cierto que carezca de interés jurídico como opositor en él, lo que sólo sería fundado si la acción de simulación fuera real.

Además, la acción de que se trata es declarativa, como quiera que con ella "tan sólo se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponde sobre el fingido" (v. Casación de 8 de julio de 1954); y es claro que esto sólo puede hacerse con audiencia de quienes intervinieron como partes en el convenio cuya realidad se quiere comprobar. Para establecer en juicio la voluntad real de las partes contratantes, no puede prescindirse de una de ellas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintisiete de octubre de 1954. (Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Corresponde a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Zoé de la Roche de Romero contra Joaquín Antonio Cruz.

Antecedentes:

1.—Por medio de la escritura pública número 238 de 1º de julio de 1930, otorgada en la Notaría de Riosucio, Gabriel de la Roche Chávez vendió a Joaquín Antonio Cruz R. y a Gabriel de la Roche Cruz los siguientes bienes: a) una finca conocida con los nombres de 'Belén' y 'San Pascual'; b) un terreno ubicado en el Municipio de Supía, conocido con el nombre de 'Guayabal'; c) una finca situada en el paraje denominado 'El Pintado' o 'San Isidro de Picará', Municipio de Riosucio; y d) un solar ubicado dentro del área del Municipio de Riosucio. Se expresa en la mencionada escritura que "el precio total de los inmuebles vendidos es la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, los cuales confiesa el vendedor recibidos a su entera satisfacción y declara además que del mayor valor que puedan tener las expresadas fincas raíces hace donación gratuita e irrevocable a los compradores señores Cruz R. y de la Roche Cruz por deberles servicios prestados que aún no les ha pagado, los que han sido personales y profesionales tanto en las minas de Gavia, como en la empresa de San Pascual y fincas de Pintado servicios que son del dominio público en los Municipios de Supía, Riosucio y Filadelfia y que datan de varios años y de allí esta recompensa".

Los bienes a que se refiere esta escritura son los que aparecen relacionados en las letras a), b), c) y d) del hecho cuarto de la demanda que inicia el juicio ordinario de Zoé de la Roche de Romero, heredera de Gabriel de la Roche Chávez, contra Joaquín Antonio Cruz R.

2.—Por medio de la escritura pública número 208 de 11 de agosto de 1930, de la Notaría de Filadelfia, Gabriel de la Roche Chávez vendió a Joaquín Antonio Cruz R. y a Gabriel de la Roche Cruz "el derecho de dominio que pueda corresponderle, o sea los remanentes sobre trece catorceavas partes, en los bienes que posee en proindivisión con su señora esposa Ana Josefa Cruz, quien es dueña de la otra catorceava parte; que los bienes cuyos remanentes vende están situados en este Municipio y pesan sobre ellos dos gravámenes hipotecarios por la cantidad de veintitrés mil seiscientos pesos oro americano así: a favor de la sociedad E. A. Canalizo & Cía., según escritura Nº 57 de 13 de enero de 1927, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín, y según escritura Nº 1190 de 11 de mayo del mismo año, otorgada en la misma Notaría de Medellín a favor de la sociedad E. A. Canalizo Inc. de Nueva York, por la cantidad de veinte mil pesos oro americano, en los cuales la segunda es ratificación de la primera; y según escritura Nº 207 de fecha del presente mes, otorgada en la Notaría de este Circuito, a favor del doctor Luis Salas R. de Manizales, por la suma de tres mil seiscientos pesos de la misma moneda .Los terrenos cuyos remanentes vende el exponente son los conocidos con el nombre general de "La Lucila", ubicados en este Municipio de Filadelfia, que fueron divididos en varios lotes según sentencia aprobatoria de su adjudicación a favor del vendedor". De acuerdo con lo expresado en esta escritura, los nombres de los lotes son: 'Jaquecilla', 'Altogrande', 'Jaquecilla', 'San Bartolo', 'Maiba' o 'Velasquez' y Juntas'.

En esta escritura advierte el vendedor 'que se excluye de esta venta los lotes vendidos a los señores Antonio Aristizábal y Luis Loaiza".

En ella también se lee: "Que el precio es la cantidad de quince mil pesos moneda corriente, que el vendedor confiesa tener recibidos así: parte en dinero y otra parte que los compradores abonarán al exponente por valor de servicios que desde hace mucho tiempo le venían prestando y por los cuales no han recibido remune-

ración alguna hasta la fecha y cuyos servicios han consistido en trabajos de minería, administración de haciendas, salinas, trilladoras y máquinas de elaborar panela".

Los bienes a que se refiere esta escritura son los que aparecen relacionados en las letras a), b), c), d), e), f) y g) del **hecho sexto** de la demanda.

3.—En el **hecho noveno** de la referida demanda expresa el demandante: "El señor Gabriel de la Roche Cruz que, como queda expresado, fue uno de los compradores de confianza, por medio de la escritura pública **Nº 136 de 20 de abril de 1939**, otorgada en la Notaría de Riosucio, **devolvió (sic)** a los hijos del señor **Gabriel de la Roche Chávez** parte de los bienes que habían sido adquiridos por él mediante la primera escritura de confianza, esto es, la **Nº 238 de fecha 1º de julio de 1930**, otorgada en Riosucio, y en vez de devolver el resto de los bienes adquiridos por la misma escritura y por la Nº 208 de 11 de agosto de 1930, otorgada en Filadelfia, Caldas, le escrituró al Sr. **Joaquín Antonio Cruz R.** esos bienes por medio de la escritura **Nº 215 15 de julio de 1941, otorgada** en Riosucio, de tal manera que en la actualidad el señor Joaquín Antonio Cruz R. es el poseedor inscrito de los bienes, así: 1º de la mitad de las propiedades marcadas con las letras A), B), C), D) del punto cuatro de esta demanda y de la totalidad de los bienes señalados en el número 6º de esta misma demanda".

En relación con la escritura pública 136 de 20 de abril de 1939 de que trata el hecho transcrito de la demanda, anota el fallo recurrido: "No se conoce, porque no se trajo al juicio, la escritura Nº 136 de 20 de Abril de 1939 por la cual dice el demandante que el señor de la Roche Cruz "devolvió" a los hijos de Gabriel de la Roche Chávez parte de los bienes adquiridos por él, mediante la escritura Nº 238 de 1º de julio de 1930, pero según las escrituras números 167 otorgada en Riosucio el 29 de mayo de 1942; 464 otorgada en Riosucio el 15 de diciembre de 1939; 1184 otorgada en Cali el 17 de noviembre de 1941, y 1306 otorgada en Buga el 21 de agosto de 1944, y cuyas copias con las constancias de su registro aparecen en el cuaderno de pruebas Nº 6, y aducidas por el apoderado del demandado, los señores Inés de la Roche de Betancur, Francisco Javier de la Roche (Colón), Ana Josefa Colombia de la Roche de Palomino y Zoé de la Roche de Romero, respectivamente, aparecen vendiendo al señor Joaquín Antonio Cruz R., los tres primeros ,una sexta parte, cada uno de ellos, de la mitad de la finca "El Pintado", las que dicen adquirieron por medio de la escritura Nº 125 de 20 de abril de 1939, de la Notaría de Riosucio; y la cuarta, una quinta parte de la mitad de la misma finca, la que dice hubo por la escritura Nº 136 de 20 de abril de 1939, de la Notaría de Riosucio". Se advierte además que cuando se otorgó la mencionada escritura 136 de 1939 no había fallecido aún Gabriel de la Roche Chávez.

4.—La demanda.

Zoé de la Roche de Romero, obrando en su carácter de hijo legítima de Gabriel de la Roche Chávez, en demanda contra **Joaquín Antonio Cruz R.,** presentada al Juez del Circuito de Neiva, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"a) Que pertenecen a la sucesión del señor Gabriel de la Roche Chavez la mitad de los bienes relacionados en el hecho 4º de esta demanda y la totalidad de los bienes relacionados en el hecho 6º de esta misma demanda, por haber sido simuladas las ventas que se hicieron constar en las escrituras públicas números 238 de 1º de julio de 1930, otorgada ante el Notario de Riosucio, y la número 208 de 11 de agosto de 1930, otorgada ante el Notario de Filadelfia, Caldas.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se dispone la cancelación de los registros de las dichas escrituras en las oficinas de registro de Riosucio y Salamina, respectivamente, por pertenecer los primeros bienes a los Municipios de Riosucio y Supía y los segundos al Municipio de Filadelfia.

"c) Que se condene al señor Joaquín Antonio Cruz R. a devolver a la sucesión del señor Gabriel de la Roche Chávez, representada por mi mandante, la posesión material de los bienes materia de esta demanda dentro del plazo que Ud. le señala.

"d) Que se condene al mismo demandado al pago de los frutos naturales y civiles de acuerdo con la calificación legal que a su posesión le corresponda.

"e) Que se le condene al mismo demandado al pago de las costas procesales si temerariamente se opusiere".

En los hechos tercero, octavo y noveno de la demanda, se afirma que los contratos de que hablan las escrituras públicas 238 de 1930 de la Notaría de Riosucio y 208 del mismo año de la Notaría de Filadelfia, son simulados.

Se opuso el demandado a las pretensiones de la demanda y, una vez surtida la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Juzgado absolvió al demandado por no aparecer acreditada la calidad de hija legítima de Gabriel de la Roche Chávez invocada por la demandante.

5—La sentencia acusada.

El Tribunal Superior de Manizales, después de cumplida la tramitación legal correspondiente, decidió

"No es el caso de hacer ninguna de las declaratorias solicitadas en este juicio y en consecuencia absuelve al demandado señor Joaquín Cruz R. de todos los cargos de la demanda. En los anteriores términos se deja confirmada la sentencia de primera instancia. Se condena en costas al demandante apelante."

Entiende el sentenciador que la acción propuesta es la de **reivindicación** y no la de **simulación**, lo cual deduce: a) del hecho de no haberse demandado a Gabriel de la Roche Cruz, no obstante haber sido éste parte en los contratos que se dicen simulados b) de haber demandado únicamente a Joaquín Antonio Cruz, a quien se señala como poseedor inscrito de los bienes a que se refiere la demanda; c) de lo expresado en la parte petitoria de ésta; d) de las disposiciones legales aducidas como fundamento de la acción; y e) de algunas partes de la misma demanda, como la referente a la solicitud de inscripción en las oficinas de registro correspondientes y la que trata de la competencia, respecto de la cual aparece invocado el numeral 12 del artículo 152 del Código Judicial.

En atención a estos motivos, el Tribunal estudia en primer término la acción reivindicatoria. En relación con ella encuentra que no es procedente respecto de algunos inmuebles por haber sido éstos vendidos por Cruz R. y de la Roche Cruz a terceros, y por lo que hace a los demás bienes, resuelve que no puede prosperar por no aparecer acreditados ni el dominio que alega la parte demandante ni la calidad de poseedor en el demandado.

Examina el Tribunal ,en segundo lugar, la acción de simulación de los contratos a que se refieren las citadas escrituras 238 y 208 de 1930. Para proceder así, expresa que una demanda ha de interpretarse en su conjunto a fin de indagar la verdadera intención del demandante que muchas veces está contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los hechos fundamentales de la demanda; en el presente caso, dice el fallo, no sólo en los hechos se habla de la simulación, sino que la declaratoria relacionada con ella debe considerarse como incluída en las peticiones primera y segunda.

Para declarar infundada la acción de simulación, expone en resumen, el sentenciador:

Que la demandante, en relación con los contratos de que se habla, debe ser considerada, no como tercero sino como parte como quiera que obra en calidad de heredera de quien aparece como vendedor en tales contratos y que, en consecuencia, para comprobar la simulación de los mismos ha debido aducir escrituras privadas, o confesión del demandado, o al menos algún principio de prueba por escrito.

Que las cartas del demandado que figuran a folios 6 a 13 del cuaderno de pruebas número 2 de la primera instancia y 5 a 22 del cuaderno número 5 de la segunda instancia ,no constituyen **prueba** de la simulación ni siquiera **principio de prueba por escrito** que haga verosímil el hecho litigioso. A este respecto observa el fallo que los herederos de Gabriel de la Roche Chávez adquirieron derechos en uno de los inmuebles a que se refiere el juicio por medio de la escritura 136 de abril de 1939, y que tales derechos fueron vendidos por los mismos herederos al demandado según escrituras otorgadas en 1939, 1941, 1942 y 1944, circunstancia que explica las alusiones que a derechos de tales herederos en el referido inmueble aparecen en las cartas presentadas en la primera instancia; y agrega, por lo que hace a las cartas presentadas en la segunda instancia, que "ellas aparecen escritas de los años de 1941 a 1944, del mes de julio de 44 la última, pues ya se ha visto que dicha Zoé vendió a Cruz sus derechos en "El Pintado" en el mes de agosto de tal año, según la escritura número 1306 otorgada ante el Notario de Buga y que aparece a folios 16 vto. del C. número 6. Es decir, que todas esas cartas resultan escritas con anterioridad a las ventas hechas a Cruz R. por los que se dicen herederos de Gabriel de la Roche Chávez y con pos-

teridad a las compras que los mismos aparecen haciendo a de la Roche Cruz de las sextas de mitad de 'El Pintado', inmueble éste a que se alude en muchas de tales cartas";

Que las escrituras en que constan las ventas que se dicen simuladas fueron otorgadas en el año de 1930 y que el vendedor murió en el año de 1940, o sea diez años después, período dentro del cual los compradores Cruz R. y de la Roche Cruz hicieron "sin protesta ni reclamo del vendedor de la Roche Chávez las siguientes enajenaciones de inmuebles de los que a aquél habían comprado: a) al señor Elías Céspedes, la mitad de 'Belén' o 'San Pascual', por escritura número 253 de 14 de junio de 1930, de la Notaría de Riosucio; b) al señor Bartolomé de la Roche, la otra mitad de la misma finca 'Belén' o 'San Pascual', por escritura número 91, de 4 de marzo de 1937, de la misma Notaría de Riosucio; c) al mismo Bartolomé de la Roche, la finca de 'Guayabal', según la misma escritura número 91 citada; d) a la señora Isaura Loaiza, para su hijo León Loaiza, el solar o manga situado en el área del Municipio de Riosucio y el lote de la finca 'El Pintado', de que se habló antes, por escritura número 277 de 26 de agosto de 1937, de la Notaría de Riosucio; y por escritura número 136 de 20 de abril de 1939, según lo afirma el mismo demandante, y según las citas que de tal escritura se hacen en otros títulos, el comprador de la Roche Cruz hizo transferencia a Inés, Francisco Javier, Ana Josefa Colombia y a **Zoé de la Roche,** a cada uno de una sexta parte de la mitad que le correspondía en "El Pintado", sextas partes que éstos aparecen después vendiendo, según se anotó antes, al mismo demandado señor Joaquín Cruz R. Es decir, que de ser ciertas las afirmaciones de la demanda, el comprador de la Roche Cruz aparecería devolviendo a quienes no estaba obligado, la parte adquirida por él en "El Pintado" o aparecerían, cuando menos dichos señores de la Roche, heredando a su padre el señor de la Roche Chávez mucho antes de la muerte de éste".

Que en el supuesto de que con las referidas cartas pudiera hacerse verosímil la simulación de que se habla, lo cierto es que ellas no autorizarían para hacer tal declaratoria, por la sencilla razón de que, habiendo sido parte en tales contratos como compradores los señores Gabriel de la Roche Cruz y Joaquín Cruz, ha debido demandarse a estos dos contratantes y no al último únicamente.

Que el contrato consignado en la escritura 238 es de compraventa y de donación remuneratoria, y que el consignado en la escritura 208 es de compraventa y de dación en pago, lo cual significa, en concepto del sentenciador, que ha habido expresarse en la demanda de qué clase de simulación se acusan tales contratos, ya que apenas se hace alusión a las ventas, es decir, no se atacan en su integridad.

6—**La Casación.**

El recurrente acusa la sentencia por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, o sea como violatoria de la ley sustantiva, así: por infracción directa, por indebida aplicación, por interpretación errónea, por falta de apreciación de determinadas pruebas y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de otras. Advierte que por tratarse de una sola causal, en sus varias manifestaciones, no se refiere a cada una de éstas en capítulos separados. Expresa además que no sigue el mismo orden del fallo en el examen de las cuestiones fundamentales del proceso, porque siendo equivocada la tesis del Tribunal sobre la naturaleza y las causas de la acción declarativa de dominio ejercitada en la demanda, la lógica jurídica exige que se trate en primer lugar del hecho generador de dicha acción, o sea la simulación de los contratos, afirmada por la parte demandante, y en segundo lugar, del efecto correspondiente, o sea la acción de dominio.

En consecuencia, el recurrente se refiere, en primer término, a la acción de simulación.

A este respecto expone:

Que el Tribunal incurre en **errores de derecho y de hecho** al no reconocer a las cartas del demandado que se encuentran a folios 6 a 13 del cuaderno número 2 y 5 a 22 del cuaderno número 5, el valor de **principio de prueba por escrito; y**

Que tales errores tienen las siguientes consecuencias: **primera:** la no apreciación por el sentenciador de varios indicios de simulación de los contratos a que se refiere la demanda; y **segunda,** la violación de las disposiciones de los artículos 1766, 1618, 1849 y 745 del Código Civil.

Errores de derecho.

1) En relación con las cartas citadas por el recurrente, dice el sentenciador:

"Se advirtió antes, que a las cartas escritas por Cruz, y reconocidas por éste, no podía dárseles valor, siquiera "como principio de prueba por escrito", que hicieran verosímil el hecho de la simulación, y la obligación que se dice se contrajo por los compradores Cruz R. y de la Roche Cruz de devolver a Gabriel de la Roche Chávez los bienes vendidos por éste a aquéllos por las escrituras que se dicen simuladas, ya que ninguna de tales cartas **habla de tal simulación**, ni se confiesa la obligación que se dice se adquirió por los compradores de devolver dichos bienes".

Sobre lo cual dice el recurrente:

"A la simple vista se destaca con caracteres de evidencia en este pasaje del fallo el **error de derecho** en que incurrió el Tribunal no apreciando como principio de prueba por escrito las cartas a que se refiere, que son las que obran a folios 6 a 13 inclusive del cuaderno Nº 2, y 5 a 22 inclusive del cuaderno Nº 5, por no hablarse en ellas de **simulación** ni confesarse la obligación de devolver al demandante los bienes materia de la demanda, siendo así que la exigencia del artículo 93 de la Ley 153 de 1887 consiste únicamente en que el acto escrito del demandado o de su representante haga **verosímil** el hecho litigioso".

a) Acerca de las mismas cartas expone el fallo recurrido:

"Tales cartas, si mucho, podrían servir de "principio de prueba por escrito", sobre reconocimiento del demandado de derechos de los herederos de de la Roche Chávez en el inmueble "El Pintado", únicamente, y avanzando mucho, pudieran tomarse como indicios de la simulación y obligación de que se habla, pero ya se ha dicho que tal prueba no serviría a la demandante, quien obra en el juicio, no como tercero, sino como parte, es decir, con el mismo interés jurídico de su causante, el propio contratante de la Roche Chávez, y ya que sólo a terceros les es admisible acudir, para probar la simulación, a la prueba indiciaria y otras de igual categoría".

Sobre el concepto que aparece expuesto en el párrafo transcrito, expresa el recurrente:

"Nuevo **error de derecho** en la apreciación negativa, o falta de apreciación, de las cartas de que se viene tratando, porque lo que aquí expresa el Tribunal es que aunque**ando** "tales cartas" puedan servir de principio de prueba por escrito en relación con el hecho litigioso ,y "avanzando mucho" pudieran tomarse como indicios de simulación, tal prueba no serviría a la demandante, por no obrar como tercero sino como sucesor de uno de los contratantes. La conclusión es manifiestamente equivocada en derecho. Porque si las cartas constituyen un principio de prueba por escrito, se impone la aplicación estricta del artículo 93 —inciso 1º— de la Ley 153 de 1887 que hace excepción, para esos casos, al sistema restrictivo de la prueba impuesto por el artículo 91 de la misma ley. En presencia de ese elemento, se retorna al régimen ordinario, siendo, por tanto, admisible toda clase de pruebas, aún tratándose de los mismos contratantes o sus sucesores".

La Corte considera:

Que con el **principio de prueba por escrito**, claramente definido en el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, no se trata de demostrar la **verdad** del hecho controvertido en juicio, sino simplemente la **verosimilitud** del mismo; es decir, no es un medio probatorio directo sino indirecto;

Que, por tanto, a un acto escrito del demandado no se le puede negar, como lo hace el sentenciador, la calidad de principio de prueba por no contener una confesión sobre el hecho litigioso; exigir esto es confundir el principio de prueba con la plena prueba;

Que en un juicio de simulación entre los contratantes, si existe el principio de prueba por escrito, puede éste completarse con otros elementos probatorios como declaraciones de testigos o indicios, según lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia;

Que son, por consiguiente ,fundadas las acusaciones que por este aspecto formula contra el fallo el recurrente.

Lo expuesto no es, sin embargo, suficiente para casar la sentencia porque ésta se apoya en otros motivos.

En el examen de los cargos que expone el recurrente contra estos últimos motivos, pasa a ocuparse la Corte.

Errores de hecho

En relación con las cartas de que se trata, expresa el Tribunal:

"Ni siquiera puede darse a tales cartas el valor de principio de prueba por escrito, de que habla el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, para demostrar la simulación de que se habla y la obligación que se dice se contrajo por el demandado de devolver tales inmuebles a de la Roche Chávez, porque ellas por sí solas no hacen verosímiles tales hechos y porque para deducirlo así existen además otras razones".

Anota el Tribunal, como ya se ha visto, que los herederos de Gabriel de la Roche Chávez adquirieron derechos en uno de los inmuebles a que se refiere el juicio por medio de la escritura 136 de abril de 1939, y que tales derechos fueron vendidos por los mismos herederos al demandado, según escrituras otorgadas en los años de 1939, 1941 1942 y 1944, circunstancia que explica las frecuentes alusiones que a los derechos de tales herederos en el referido inmueble aparecen en las cartas presentadas en primera instancia, y observa, por lo que hace a las aducidas en la segunda instancia, que todas ellas resultan escritas con anterioridad a las ventas hechas a Cruz R. por los que se dicen herederos de Gabriel de la Roche Chávez y con posterioridad a las compras que los mismos aparecen haciendo a de la Roche Cruz de derechos en "El Pintado".

El recurrente advierte, en primer término, que los bienes a que se refiere la demanda se dividen en dos grupos, así: primero, los que figuran en la escritura número 238 de 1930 de la Notaría de Riosucio, ubicados en este Municipio; y segundo, los que relaciona la escritura número 208 de 1930 de la Notaría de Filadelfia, situados en este Municipio. Estos bienes, según consta en la citada escritura, aparecen gravados con hipotecas constituídas a favor de **E. A. Canalizo & Cía.**, según escrituras 57 y 1190 de 1927, otorgadas en la Notaría cuarta de Medellín.

"En íntima relación con este hecho, dice el recurrente, se halla el contenido de las cartas que obran a folios 6 del cuaderno número 2 y 5, 8 y 19 del cuaderno Nº 5 suscritas y reconocidas por el demandado. En todas ellas habla éste del crédito a favor de Canalizo & Cía. y de un juicio ejecutivo en que se persigue tal crédito; y refiriéndose a las fincas hipotecadas en garantía de dicho crédito cuyo remate consideraba inminente, reconoce de manera implícita pero inequívoca que esas tierras no le pertenecen". Transcribe en seguida las partes pertinentes de las referidas cartas en que se habla del crédito hipotecario a favor de Canalizo, y le atribuye al sentenciador, por lo que hace a ellas, los siguientes errores:

"Ninguna de estas cartas fue objeto de **apreciación especial** y separada por parte del Tribunal, al menos en los pasajes transcritos, en que refiriéndose el demandado a las tierras hipotecadas a Canalizo y Co. da cuenta de ellas, reconociendo de la manera más inequívoca que no son de su propiedad".

"Hubo, pues, **error de hecho evidente** en la falta de apreciación de estas pruebas por el Tribunal.

"Pero si fue que dicha entidad incluyó estas cartas en su **apreciación global** de todas ellas y las entendió también en el mismo sentido que atribuyó a las otras, es decir, con referencia a los negocios que en aquella época había pendientes entre los herederos de Gabriel de la Roche Chávez y Joaquín Antonio Cruz, que culminaron en las ventas de tierras de los primeros al último, hay también **evidente error de hecho** en tal apreciación, porque según quedó evidenciado, las cartas de que se trata se refieren a las tierras de Filadelfia que estaban hipotecadas a favor de Canalizo y Co., es decir, a las que fueron objeto de la escritura Nº 208 de 11 de agosto de 1930; al paso que los negocios que culminaron en las ventas de que habla el Tribunal entre los herederso de de la Roche Chávez y Joaquín Antonio Cruz, se refieren a tierras situadas en el Municipio de Riosucio, procedentes de la venta que a favor de los primeros hizo Gabriel de la Roche Cruz con causa de la compra efectuada por éste, en unión de Joaquín Antonio Cruz, a Gabriel de la Roche Chávez por escritura Nº 238 de 1º de julio de 1930. Todo lo cual aparece sin lugar a duda del contenido de los títulos y de los certificados de registro referentes a tales negocios".

Conviene observar que las cartas de que trata el recurrente aparecen dirigidas, la que obra a folio 6 del cuaderno número 2 a "Toño", y las demás a Adolfo Romero.

Agrega el recurrente que el Tribunal deja de apreciar los siguientes elementos probatorios:

a) Las respuestas dadas por el demandado en

posiciones acerca de la posesión que conservó Gabriel de la Roche Chávez hasta la muerte sobre los bienes de que trata la demanda;

b) Los documentos que obran a folios 35, 36 y 38 del cuaderno número 5. Los primeros acreditan que entre Gabriel de la Roche Chávez y Joaquín Antonio Cruz existía el parentesco de cuñados y el último da cuenta de la apertura del juicio de sucesión de Gabriel de la Roche Chávez, en el cual fue reconocido Gabriel de la Roche Cruz como heredero en calidad de hijo legítimo; y

c) La estipulación sobre precio en las ventas que se dicen celebradas por las escrituras números 238 de la Notaría de Riosucio y 208 de la Notaría de Filadelfia, ambas de 1930. En la primera se fijó como precio la cantidad de diez mil pesos y en la segunda la de quince mil pesos.

La Corte considera:

Primero.—La apreciación superficial y en conjunto, por parte del sentenciador, de las cartas a que se refiere el recurrente, puede ser susceptible de crítica como método judicial, pero no es, por sí sola, circunstancia que sirve de fundamento a una acusación por **error evidente de hecho** consistente en la falta de estimación de tales cartas.

Segundo.—**El error de hecho** en la apreciación de pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido ésta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio.

Tercero.—Cuando se trata de **principio de prueba por escrito**, la apreciación sobre la mayor o menor **verosimilitud** del respectivo hecho litigioso corresponde, por lo general, al juzgador de instancia y no al de casación. A este respecto se recuerda la libertad de que aquél goza en la estimación de los medios indirectos de prueba, que sólo excepcionalmente puede ser cambiada en casación. Puede no compartir la Corte el criterio empleado por el sentenciador, pero esto solo no la autoriza para cambiar tal estimación.

Cuarto.—Cierto es que el sentenciador, al estudiar las cartas de que se trata, advierte que ellas se refieren a numerosas relaciones de negocios existentes entre el demandado y quienes se dicen herederos de Gabriel de la Roche Chávez y anota, en párrafos de su fallo ya transcritos en el presente, cómo tales herederos aparecen, en la época en que fueron escritas las referidas cartas, con derechos en algunos de los bienes a que se refieren los contratos cuya simulación se demanda, circunstancia que explica las frecuentes alusiones a tales bienes contenidas en dichas cartas. Cierto es, por otra parte, que el fallo recurrido no se detiene a analizar las frases de algunas de dichas cartas en que el demandado se refiere, no a los bienes de que trata la escritura 238 sino a los hipotecados a favor de Canalizo, o sea los relacionados en la escritura 208. El recurrente hace a este respecto un laborioso análisis de las mencionadas cartas y subraya algunas frases que en ellas se encuentran relacionadas con los citados bienes, para concluír que es equivocada por este aspecto la apreciación del sentenciador. A esta conclusión llega gracias a un considerable esfuerzo dialéctico de que dan claras muestras las extensas exposiciones que a este punto dedica en la demanda y en el resumen de lo alegado en la audiencia. Es posible que el sentenciador, en caso de haber razonado como lo hace el recurrente, hubiera llegado a las mismas conclusiones que éste, pero ello no significa que exista el **error de hecho** con los caracteres que se exigen en el recurso de casación. En otras palabras, puede que exista una equivocada apreciación por parte del Tribunal, pero no error de hecho manifiesto o que, como se dijo antes, aparezca a la simple vista.

A esto se agrega que hay dos circunstancias que inducen a confusiones en el examen de las cartas referidas: **primera.** Uno de los bienes a que se refiere la escritura 238 figura en ésta como situado en **"El Pintado"** o **"San Isidro de Picará"**, y el globo de terreno dividido en lotes de que trata la escritura 208 figura en algunas escrituras, citadas en el fallo acusado, con el nombre de **"El Pintado"**; y **segunda.** En este último también aparecen con derechos la demandante y los otros herederos de de la Roche Chávez, como

lo explica el propio recurrente, ya que una catorceava parte del inmueble no quedó comprendida en la venta que consta en la escritura 208, por pertenecer a la esposa del vendedor.

Quinto.—Como se ha visto, el recurrente, en su bien ordenada demanda, considera que el sentenciador incurre en error manifiesto de hecho al no apreciar las cartas de que se habla como principio de prueba por escrito y que, como consecuencia de tal error, incide en el de no apreciación de algunas pruebas sobre ciertos hechos que el mismo recurrente considera como indicadores de la simulación, o sea: a) las relaciones de parentesco entre los contratantes; b) los precios de los bienes que figuran en los contratos; y c) la conservación de la tenencia de tales bienes por parte del vendedor.

Sobre esto se observa: que en el supuesto de que deba considerarse fundada la acusación consistente en error evidente de hecho en la estimación de las cartas, tal error no sería suficiente para infirmar el fallo, como quiera que con los indicios de que habla el recurrente no se comprueba la simulación.

En efecto:

a) Ninguna prueba existe sobre el precio que tuvieran los bienes en las fechas en que se celebraron los contratos; en consecuencia, lo que el recurrente llama vileza del precio no es hecho comprobado.

b) La respuesta dada por el demandado en posiciones, a que se refiere el recurrente, dice: "Es cierto y explico: como un derecho de afección como que éramos familiares y compañeros de negocios con el señor Gabriel de la Roche, él vivía y manejaba las propiedades, y en el supuesto de que aún viviera, lo podía hacer perfectamente. En cuanto al derecho de propiedad, éste radicaba en mí, pues según el convenio con él celebrado, de la Roche podía vivir donde quisiera, inclusive en mi casa, y disfrutar de todos los bienes tanto de su propiedad como de la mía, pues como lo tengo dicho a él me vinculaban nexos de familia, puesto que era mi cuñado, independientemente del derecho de propiedad que radicaba en mi persona".

Sobre esta respuesta se observa: 1º Que la declaración del demandado debe admitirse tal como aparece hecha, o sea con las modificaciones, explicaciones y aclaraciones concernientes al hecho de que se trata. A este respecto observa el sentenciador que el demandado, en las posiciones, afirma ser y haber sido dueño absoluto de los bienes a que el juicio se refiere; y 2º Que, como ya lo ha dicho la Corte, el indicio "consistente en haber conservado el vendedor la tenencia de la finca hasta su muerte, no es prueba de que el contrato hubiera sido simulado" (G. J., Tomo 57, pág. 57).

c) Ninguno de los indicios de que trata el recurrente tiene el carácter de necesario, ni reunidos, cumplen las condiciones exigidas en el artículo 665 del Código Judicial para constituir plena prueba. Aquí reitera la Corte su doctrina, conforme a la cual "la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas implica que para destruir, en un caso concreto, las declaraciones hechas por los contratantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturado, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza de que fue simulado" (G. J., Tomo 61, pág. 95).

Sexto.—Conviene tener presente que el sentenciador, para denegar la declaración de simulación de los contratos a que se refiere la demanda, expone, entre otros, los siguientes motivos a que no se hace referencia en la demanda de casación:

Que entre las fechas de las escrituras en que constan los contratos que se dicen simulados y la muerte del vendedor, transcurrieron diez años, durante los cuales los compradores vendieron varios de los bienes relacionados con tales escrituras, sin observación ni reclamo por parte del vendedor. Los instrumentos por medio de los cuales se hicieron estas ventas, aparecen citados en el fallo; y

Que uno de los compradores, Gabriel de la Roche Cruz, vendió a los hijos de Gabriel de la Roche Chaves parte de los bienes adquiridos por la escritura 238. No se entiende cómo la demandante le compró a Gabriel de la Roche Cruz, bienes que éste había adquirido por compra a de la Roche Chaves según el contrato que la misma demandante acusa como simulado.

Séptimo.—Dice el Tribunal:

"Pero aún en el supuesto de que con tales cartas pudiera hacerse verosímil la simulación de

que se habla, lo cierto es que ellas no autorizarían para hacer tal declaratoria, por la sencilla razón de que, habiendo sido parte en tales contratos como compradores los señores Gabriel de la Roche Cruz y el señor Joaquín Cruz, ha debido demandarse a estos dos contratantes, y no al señor Cruz únicamente. A este respecto, también ha dicho la Corte: "Auncuando estuviese probada la simulación, que el demandante alega como causal de nulidad de un contrato, el juzgador no puede declararla si la acción de nulidad no se ha dirigido contra los que intervinieron en el contrato" (Casación. Agosto 11 de 1920. Tomo XXVIII, pág. 142)."

Este considerando del fallo no es motivo de acusación expecial por parte del recurernte. Sólo se observa, en relación con él, que Gabriel de la Roche Cruz, en la fecha en que promovió la demanda, había enajenado ya todos los bienes adquiridos por medio de las escrituras 238 y 208 de 1930, y que por tanto carecía de interés jurídico como opositor en el juicio.

Considera la Corte que es fundado lo expuesto en el párrafo del fallo que se deja transcrito:

Porque la acción de simulación de un contrato es personal, y en consecuencia debe dirigirse contra todas las personas que intervinieron en su celebración; la observación del recurrente sería fundada si se tratara de una acción real; por este aspecto la doctrina de la Corte, expuesta en varios fallos, sobre la necesidad de dirigir la acción de nulidad de un contrato contra todas las partes contratantes, (G. J. Tomos 28, 142, 58 61, 63, 122) es aplicable a la acción de simulación;

Porque la acción de que se trata es declarativa, como quiera que con ella "tan sólo se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto dándole la prevalencia que le corresponde sobre el fingido", como lo expresó la Corte en fallo de 8 de julio de este año; y es claro que esto sólo puede hacerse con audiencia de quienes intervinieron como partes en el convenio cuya realidad se quiere comprobar. Para establecer en juicio la voluntad real de las partes contratantes, no puede prescindirse de una de ellas.

Octavo.—De lo expuesto se desprende:

a) que no existen los errores de hecho que el recurrente le atribuye al fallo; y

b) Que en el supuesto de que existieran, tampoco sería posible acceder a las pretensiones de la demandante.

Por las razones expresadas, la Corte no halla fundamento para casar el fallo recurrido.

El Magistrado Rodríguez Piñeres hace constar que en su concepto la simulación no puede alegarse contra los actos jurídicos solemnes, y que, por tanto, esa sola razón habría sido suficiente para abstenerse de infirmar la sentencia.

No es el caso de entrar a estudiar lo referente a la acción de dominio, por ser ésta consecuencial a la de simulación.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada .

Por haber obtenido el recurrente la rectificación de algunas tesis expuestas en el fallo recurrido, no es el caso de condenarlo en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase el proceso al tribunal de origen.

Luis F. Latorre U.—Alfonso Márquez Páez.—Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro L., Secretario.

EJERCICIO DE ACCIONES EN FAVOR DE LA COMUNIDAD REALIZADO POR COMUNERO

Al fallecer una persona que era condueño en una comunidad de cosa singular, los herederos de aquélla pueden ejercer la acción reivindicatoria o cualquier otra acción en favor de las dos comunidades: la de cosa singular formada por los condóminos sobrevivientes y la sucesión del condómino fallecido, y la comunidad de cosa universal constituída por esta sucesión; pero no pueden hacerlo sólo para la comunidad de cosa singular antes de liquidarse la sucesión, como si ellos fueran condueños en dicha comunidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1.954).

(Magistrado ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto el 2 de mayo de 1.953 en el juicio ordinario reivindicatorio de Leo Nel Chaves Agudelo contra Luis Hernández y Alfonso Chaves.

I—Antecedentes:

1.—En libelo fechado el 6 de octubre de 1951 el doctor Leo Nel Chaves Agudelo demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales a los señores Luis Hernández y Alfonso Chaves, para que "se declare en favor de la comunidad de bienes que se constituyó por escritura número 425 de 13 de agosto de 1928 sobre dos pedazos de terreno denominado "Palquetán" y entre los primitivos comuneros Mesías, Florentino y Bautista Guarán, que les pertenece en dominio uno de dichos pedazos, ubicado en el municipio de Córdoba y que se conoce por estos linderos: Por la cabecera con terrenos de los herederos de Joaquín Guarán, zanjas por medio; por el costado derecho, con los de Bautista Pastás y de los herederos de Isidro Guarán, quebrada por medio; y por el pié y costado izquierdo, con los de Darío Guarán Pasquel, zanjas por medio"; y para que consecuencialmente se ordene su restitución con los frutos naturales y civiles en su favor "como actual comunero y para la misma comunidad de bienes que como tal representa".

2.—Los hechos de la demanda pueden resumirse así: Agueda Guarán, primitiva poseedora, vendió los inmuebles "Palquetán" a Mesías Pasquel, quien aceptó la correspondiente escritura a nombre propio y para sus hermanos Juan Bautista y Florentino Guarán Pasquel, quienes aportaron en partes iguales el dinero para la compra de esos terrenos, formando de este modo la comunidad que no se ha liquidado. El comunero Mesías Guarán enajenó como cuerpo cierto ese terreno, según la escritura Nº 388 de 4 de abril de 1949, a favor de Luis Hernández, quien viene poseyéndolo con ánimo de dueño a nombre propio y con prescindencia de la comunidad. Luis Hernández compró el inmueble a sabiendas de que pertenecía a la comunidad de bienes, de la cual era parte su vendedor, cuya mala fe existe hasta hoy y salta a la vista, porque con base en la escritura de compra denunció en juicio ejecutivo al supuesto acreedor Angel María Benavides el fundo comprado, el cual fue embargado, y no obstante pesar ese gravamen, consiguió hacer registrar la escritura número 851 de 31 de agosto de 1951, mediante la cual el mismo Hernández vende a Alfonso Chaves el citado terreno, sin que éste haya adquirido la posesión, ya que el vendedor Hernández es quien ejercita la posesión del fundo como señor y dueño. El registro de ese título se llevó a cabo mediante el truco de llevar autorización del supuesto ejecutante Benavides, a la Oficina de Registro. El actor adquirió el derecho de comunero de bienes, por compra hecha a Agueda Guarán, quien heredó de su hijo fallecido Florentino Guarán, porque éste no dejó desecendencia alguna. El Doctor Leo Nel Chaves Agudelo, fue declarado subrogatario de los derechos de su vendedora en esa comunidad de bienes y es su causahabiente a título universal, según los fallos del Juzgado del Circuito en el respectivo sucesorio, cuyas copias obran adjuntas a la demanda.

3.—Los demandados se opusieron a la acción incoada, negaron la mayor parte de los hechos

en que se apoya la demanda y propusieron varias excepciones perentorias, entre otras la de "ilegitimidad de la personería de la parte demandante" y la de "prescripción ordinaria adquisitiva de dominio".

4.—En primera instancia la litis fue desatada en fallo pronunciado el 22 de septiembre de 1952, por medio del cual se declaró probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del domino, invocada por la parte demandada, absolviendo a ésta de los cargos formulados en la demanda.

5.—Apelado el fallo anterior por la parte demandante, el Tribunal Superior de Pasto en sentencia del 2 de mayo de 1953, lo revocó declarando en su lugar "la improcedencia de la acción ejercitada en este juicio".

6.—Contra la sentencia de segunda instancia el actor recurrió en casación y habiéndose agotado la tramitación de rigor corresponde a la Corte fallar en el fondo sobre el mérito de la acusación formulada.

III—Sentencia acusada

El Tribunal declaró la improcedencia de la acción incoada en atención a que el actor no logró demostrar el derecho de propiedad, o sea, la existencia del primer elemento axiológico de la acción de dominio.

En síntesis, las consideraciones del Tribunal son las siguientes:

1.—Por medio del contrato contenido en la escritura Nº 425 de 13 de agosto de 1.928 de la Notaría de Ipiales se originó una comunidad de bienes respecto de los terrenos de "Palquetán" enajenados por Agueda Guarán a sus hijos Mesías, Juan Bautista y Florentino Guarán Pasquel. La tradición les transmitió el dominio que corresponde proindiviso por partes iguales a los tres hermanos.

2.—Según las peticiones de la demanda se ejercitó la acción reivindicatoria por una persona que se pretende condómino y en favor de la comunidad de bienes anteriormente mencionada, "para que se restituya un lote de terreno perteneciente a esa comunidad y del cual dispuso uno de los comuneros, como si se tratase de un bien particular o cuerpo cierto".

3.—El comunero Mesías Guarán vendió como cuerpo cierto uno de los lotes de "Palquetán", que es precisamente el que se reivindica, a Luis Hernández, según escritura Nº 388 de 4 de abril de 1.949 de la Notaría Segunda de Ipiales. Este último a su vez lo vendió a Alfonso Chaves por escritura Nº 815 de 18 de agosto de 1.951 de la Notaría Segunda de Ipiales.

4.—"El primitivo comunero Florentino Guarán falleció, y hace más de quince años desapareció el otro comunero Bautista Guarán, sin dejar éstos descendencia, por lo cual hubo de heredarlos su madre Agueda Guarán Pasquel, quien por escritura pública Nº 815 de 18 de agosto de 1951 vendió al Dr. Leo Nel Chaves Agudelo los derechos herenciales que le correspondían en las sucesiones de sus dos hijos Juan Bautista y Florentino Guarán. El Dr. Chaves Agudelo en su condición de subrogatario de los derechos herenciales que le corresponden a la Sra. Agueda Guarán Pasquel en la sucesión de su hijo Florentino Guarán, solicitó del Juzgado Civil del Circuito de Ipiales la apertura de esta sucesión intestada, la cual fue declarada abierta por auto de 20 de septiembre de 1951 y disponiendo además, por esta misma providencia, el reconocimiento del Dr. Chaves Agudelo como subrogatario de los derechos herenciales de la madre del causante, con base en la escritura Nº 815 de 18 de agosto de 1951 y por lo mismo con derecho a intervenir en este juicio hasta la partición y entrega de los bienes relictos".

5.—Aunque el comunero puede ejercer la acción reivindicatoria sobre la cosa común, a condición de que la ejercite para la comunidad que forma con los otros comuneros en el caso de autos, "el Tribunal considera que con los títulos exhibidos por el actor, no puede acreditar éste su condición de condómino en la comunidad y no teniendo la calidad de tal, mal puede representar a la comunidad a favor de la cual pretende reivindicar, careciendo en consecuencia de legitimación en causa que conlleva la improcedencia de la acción".

6.—Por medio de la escritura pública Nº 815 de 18 de agosto de 1951, Agueda Guarán Pasquel cedió a Leo Nel Chaves Agudelo los derechos herenciales que le corresponden en las sucesiones de sus finados hijos Juan Bautista y Florentino Guarán. Se trata de una venta de derechos en abstracto, por la cual sólo se enajenó el derecho

de herencia, sin especificación de bienes determinados. El cesionario de tales derechos herenciales no tiene otra cosa que la acción para hacerse reconocer como subrogatario en el juicio de sucesión respectivo. Pero el cesionario no adquirió por dicha venta la propiedad de determinados bienes de la sucesión.

7.—"Si al cesionario de un derecho herencial, según doctrina de la Corte, "competen los mismos derechos que al cedente de élla, puesto que la venta no hace sino cambiar la persona del heredero, aunque no se trasmita el título y la calidad de tal, por ser éstos inherentes a la persona....", es lógico y natural que al cesionario no le pueden corresponder más derechos o acciones que los que tiene el heredero. Pero siendo así, que en este preciso caso, la heredera del causante Florentino Guarán, no podía ejercer para sí sino en nombre y para la comunidad herencial la acción reivindicatoria, hay que concluír que el cesionario de ésta Dr. Chaves Agudelo mal podía promover una acción que ni siquiera a su cedente le correspondía por sí misma y lo que es más todavía, cómo es posible intentar acción de dominio con base en esta cesión, para una comunidad de bienes que es muy distinta a la comunidad herencial, única entidad que debidamente representada podía tener personería sustantiva o legitimación para obrar, accionando en reivindicación?".

8.—El Tribunal resume de esta manera sus consideraciones:

a) "que la cesión de derechos herenciales, sin especificación de bienes determinados, hecha por la heredera de Florentino Guarán, primitivo copropietario en la comunidad de bienes formada por escritura pública Nº 425 de 13 de agosto de 1928, no le da a su cesionario Dr. Chaves Agudelo sino la acción para hacerse reconocer como subrogatario de Agueda Guarán Pasquel en el juicio sucesional de este comunero y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato;

b) "que no obstante de haber sido reconocido el Dr. Chaves A. como cesionario en este juicio, la providencia judicial que así lo declaró, no es bastante para acreditar a tal cesionario como condómino en la referida comunidad de bienes, puesto que para ello es menester sentencia de partición en la cual se le hubiera adjudicado los mismos derechos que en esa entidad patrimonal le correspondían al primitivo comunero Florentino Guarán;

c) "que no pudiendo considerarse al Dr. Chaves A. como condómino en esa comunidad, carece de personería jurídica para ejercitar en nombre y para tal comunidad la acción intentada en este pleito; y

d) "que si la heredera Agueda Guarán por sí misma y en su nombre no podía promover la acción reivindicatoria sino en nombre y para la comunidad herencial por élla representada, con mayor razón el Dr. Chaves A. que no puede tener más derecho o acciones que su cedente, pues él no ha demandado para la comunidad herencial de Florentino Guarán sino para la comunidad de bienes de que ya se ha hecho mención".

III—Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia con fundamento en la causal primera del art. 520 del C. J. y formula varios cargos que pueden reducirse a tres, así:

1º—Por infracción directa de los artículos 673, 1153, 946, 947, 950, 952 y 964 del C. C. y 343 del C. J., por falta de aplicación y por errónea interpretación de estas normas sustantivas.

2.—Por infracción indirecta de las mismas disposiciones, a consecuencia de la apreciación errónea de la prueba documental aportada por el actor para demostrar su calidad de comunero en la comunidad de bienes para quien reivindica, incurriendo el sentenciador en error de derecho o en error de hecho al estimar tales piezas procesales;

3.—Por infracción indirecta de las mismas disposiciones, a causa de error de derecho o de error de hecho en la apreciación de la escritura Nº 425 de 13 de agosto de 1928.

IV—Examen de los cargos

El recurrente, después de copiar apartes de la sentencia acusada en los que el Tribunal niega al doctor Chaves Agudelo legitimación para demandar en nombre de la comunidad de bienes, expone como fundamento del primer cargo:

"Aunque el Tribunal es oscuro e, incompleto, como aparece de esta transcripción, de ella sí puede deducirse esta premisa que sienta como base principal para su fallo: Que el heredero de un comunedo o el cesionario de los derechos herenciales del heredero del comunero, por el solo

modo adquisitivo de la sucesión por causa de muerte, no adquieren los derechos de condómino del causante, y por lo mismo no pueden ser considerados como comuneros en la comunidad de bienes de que era copartícipe el de cujus, hasta tanto la sucesión de éste no se haya liquidado y adjudicado por sentencia al heredero o cesionario del heredero los derechos suyos en la comunidad de que fue copartícipe. O lo que es lo mismo para el caso: Que la sucesión por causa de muerte, en la legislación colombiana, no es un modo de adquirir el dominio o propiedad, en los bienes inmuebles, por lo menos; porque es la tradición, que lo completa tan pronto se liquida la herencia del de cujus y se registra la sentencia de adjudicación, el verdadero modo de adquirir por el heredero los derechos, sobre inmuebles de su causante.

"Pero semejante premisa de que se sirve el Tribunal de Pasto para negarme el derecho de comunero que tengo como causahabiente a título universal en la herencia del primitivo comunero Florentino Guarán, y de que he adquirido como tal todos los derechos de condómino que tuvo dicho causante en la comunidad de bienes que se formó por la escritura 425 de 13 de agosto de 1928, implica, por interpretación errónea, violación directa del artículo 673 y del artículo 1155 del C. C., según los cuales por el mero hecho de la muerte del de cujus los herederos adquieren todos sus derechos, inclusive el dominio sobre bienes raíces o el condominio o copropiedad sobre tales bienes, y son, además, continuadores de la personalidad del mismo, para actuar por activa o pasiva en la defensa de tales derechos. Y los adquieren, per universitas, independientemente de la tradición posterior, ya que para cada bien en particular que les cupo en la liquidación de la herencia, que haya de hacérseles con el registro del Decreto de Posesión Efectiva de la herencia, en su caso, o de la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de los bienes herenciales. Entendido que lo que se dice con respecto a los herederos es extensivo a los cesionarios de éstos sobre la totalidad de sus derechos.

"Y violó, por ende, el sentenciador de segunda instancia, o como consecuencia de la errada interpretación que dió a las disposiciones citadas, también de manera directa, y por no haberlos aplicado, siendo el caso, los artículos 946, 947, 950, 952, 964, del Código Civil, que tratan sobre la acción reivindicatoria, que el sentenciador debió fallar como se pide en la demanda, por sí tener personería sustantiva o legitimación en causa para instaurar en beneficio de la comunidad de bienes la reivindicación que demandé, y no ser por consiguiente en forma alguna improcedente la acción, como lo resolvió el Tribunal de Pasto en la parte resolutiva de la sentencia acusada, con quebrantamiento, por otra parte, del artículo 343 del C. J., al reconocer como reconoció en el fallo la existencia de una excepción perentoria que no existe, infligiéndome un perjuicio económico en su parte resolutiva".

Se considera:

En reciente sentencia de la Corte proferida en el juicio ordinario de Luisa López contra Lucas López y Milciades Paredes, con fecha 1º de abril de 1954, dijo esta Sala:

Como es bien sabido, uno de los llamados presupuestos procesales es la capacidad para ser parte, o sea, la condición para ser sujeto de un proceso. La capacidad para ser parte en el proceso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pues únicamente éstas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones.

"La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropiamente cuasicontrato, no es una persona jurídica. De tal manera que en estricto rigor, la comunidad como tal carece de capacidad procesal para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados.

"La comunidad puede tener un administrador nombrado de acuerdo con los artículos 16 a 27 de la Ley 95 de 1890. Existiendo tal administrador, éste tiene la personería de ella, dice el artículo 22 de dicha ley. En consecuencia, el administrador tiene capacidad para comparecer en juicio en nombre de la comunidad sea como demandante o como demandada. En realidad es más preciso decir que el administrador de la comunidad tiene la representación judicial de los comuneros, por lo que se expuso anteriormente. Y su actuación dentro del juicio los perjudica o aprovecha a todos, vinculándolos en todos los efectos de la relación jurídico-procesal, de tal manera que el fallo que se pronuncie dentro del proceso produce cosa juzgada en favor o en contra de la comunidad.

"Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer pro-

cesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor.

"Nuestra jurisprudencia, auncuando ha aceptado estas conclusiones, no ha sido en veces muy precisa en la concepción doctrinal del problema. Así, la Corte ha dicho que la capacidad para ser parte en el proceso sólo corresponde a las personas naturales o jurídicas, pero que esta capacidad la tienen excepcionalmente "los patrimonios autónomos o masas de bienes que no son personas jurídicas, tales como las sociedades de hecho, la herencia, el patrimonio del concursado, la sociedad conyugal ilíquida", (Casación, julio 16 de 1936, XLV, 314).

"En sentencia de 31 de agosto de 1936 expuso acertadamente la Corte:

"La jurisprudencia ha visto en la sucesión cierta universalidad jurídica, y, sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa o pasivamente. En concepto de la Corte, carece la sucesión de personalidad jurídica porque no se ven en ella la existencia de un ser colectivo o de un interés distinto de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su dominio propio que no sea esencialmente un bien de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona, ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo. Lo que pertenece a la sucesión es de los herederos. Ellos no tienen un derecho personal, o crédito, sino un derecho real: el de herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición hay una comunidad sui generis; un patrimonio común destinado a liquidarse". Y en el mismo fallo se lee:

"Cuando se demanda a la 'sucesión' o para 'la sucesión', la parte demandada está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o los herederos que piden para la comunidad. Por un imperativo de lenguaje se habla en uno y otro caso de 'la sucesión'; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas". (G. J. XLIII, 789).

"Tanto bajo el antiguo régimen patrimonial en el matrimonio, como bajo el nuevo consagrado en la Ley 28 de 1932, por la muerte de uno de los cónyuges surge una comunidad universal, a saber: la sociedad conyugal ilíquida constituída por la masa de bienes que deben repartirse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del finado. Nuestra jurisprudencia ha aceptado que los derechos de la sociedad conyugal ilíquida pueden hacerse efectivos judicialmente por los copartícipes en esta comunidad, o sea, el cónyuge sobreviviente y los herederos del de cujus, no siendo necesaria la concurrencia de consuno de uno y otros para el ejercicio de las acciones que favorecen a la comunidad; pero también ha establecido que para demandar debidamente a la sociedad conyugal ilíquida y obtener sentencia condenatoria que produzca sus efectos contra el cónyuge sobreviviente y los herederos, deben comparecer todos dentro del juicio. (Casación, junio 11 de 1952, LXXII, 418).

"En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular, puede promover la acción reivindicatoria en beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa común aprovecha a toda la comunidad, a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda, favorece a todos los comuneros, como lo establece el art. 2525 del Código Civil. Y en materia de servidumbre establece el artículo 943 del mismo Código: '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 artículo 1325 del Código Civil reconoce expresamente al heredero la acción reivindicatoria sobre los cosas hereditarias que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por éstos, caso en el cual se ejercita la acción no para sí sino para la sucesión".

Como sucesor de todos los derechos transmisibles del causante y como titular del dominio per universitatem sobre los bienes relictos, aunque éste no se concrete sino en la partición, el heredero tiene desde la delación de la herencia todas las acciones que el de cujus tenía (C. C., artículos 1008 y 1013), y por ende puede,demandando para la sucesión, incoar cualquier acción tal cual podría haberlo hecho el mismo causante. Así el heredero puede reivindicar para la comunidad universal, como podía hacerlo el dueño para sí antes de su muerte. En este caso, el heredero no demanda para sí, pues carece de señorío singular sobre los bienes herenciales.

Al morir el de cujus sus herederos adquieren per universitatem el domiñio de los bienes que integran el patrimonio de la sucesión. Pero en el lapso comprendido entre la delación de la herencia y la partición, el heredero no tiene dominio singular sobre los bienes relictos. Tal dominio sólc lo adquiere cuando se liquida la herencia y se adjudican los bienes. Por esta razón, antes de la partición el heredero sólo puede ejercer la acción reivindicatoria en favor de la comunidad universal.

Aplicando la doctrina anterior al caso sub judice se observa:

Habiéndose demostrado la existencia de una comunidad de cosa singular respecto del terreno de 'Palquetán', objeto de la reivindicación, la acción de dominio para obtener la restitución del inmueble poseído por terceros, podía intentarse en favor de la comunidad por cualquiera de los comuneros.

De igual manera, al fallecer los comuneros Juan Bautista y Florentino Guarán, su madre Agueda Guarán, en su condición de heredera y antes de liquidarse las sucesiones de aquéllos, podía intentar la acción reivindicatoria en favor de ambas comunidades (la de cosa singular formada por el comunero sobreviviente Mesías Guarán y las sucesiones de los finados Juan Bautista y Florentino Guarán, y la de cosa universal constituída por estas sucesiones).

Por virtud de la cesión que Agueda Guarán hizo de sus derechos herenciales, en favor del doctor Leo Nel Chaves Agudelo, éste tenía aptitud jurídica para demandar la reivindicación en las mismas condiciones que su cedente.

El fallo del Tribunal se basa en la consideración fundamentada de que el actor ejercitó la acción de dominio sólo para la comunidad de cosa singular, como aparece muy claramente del libelo de demanda, bajo el supuesto equivocado de que por la mera cesión de los derechos herenciales era condueño del predio reivindicado.

Esta grave equivocación en la demanda, condujo necesariamente al fracaso de la acción.

De consiguiente, el fallo recurrido no violó la le ley sustantiva y el cargo examinado no prospera.

Cuanto a la invalidez de los demás cargos, baste considerar que las supuestas infracciones por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas son meras elucubraciones del recurrente sobre la creencia —esa sí errónea— de que el Tribunal negó su condición de condueño en el terreno reivindicado y declaró por ende la improcedencia de la acción, por desestimación de los documentos producidos por el actor, que sólo acreditan su condición de cesionario de los derechos herenciales de Agueda Guarán en la sucesión de Florentino Guarán y el carácter de comunero de este último.

Al fundar los cargos segundo y tercero, el recurrente no logra demostrar que el Tribunal incurriera en errores de hecho o de derecho en su tarea estimativa de tales probanzas. No fue que el Tribunal dejara de apreciar o apreciara erróneamente aquellos documentos por no haber aplicado a su admisibilidad y valor probatorio las normas legales pertinentes (en lo que consiste el error de derecho a que se refiere el inc. 2º del ord. 1º del art. 520 del C. J.). Ni fue tampoco que el Tribunal hubiera tenido como no probados los hechos de que resultaba la titularidad del actor por haber ignorado los medios probatorios existentes en el proceso que demostrasen evidentemente tales hechos, o por haber llegado a esa conclusión en virtud de medios probatorios que no obraban en el proceso (casos del error de hecho comprendidos en el inc. 2º del ord. 1º del art. 520 del C. J.).

Sobre los hechos acreditados en el juicio no hay disenso entre el recurrente y la sentencia acusada. Es sobre la aplicación de la ley sustantiva a tales hechos, en lo que radica la inconformidad del recurrente.

Ya se dejó demostrado que no asiste razón al recurrente en las acusaciones a la sentencia por infracción directa de la ley sustantiva.

V—Resolución:

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 2 de mayo de 1953, que ha sido materia del presente recurso.

No hay costas.

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

Darío Echandía.—Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez.—José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



ACCION REIVINDICATORIA. — DOCUMENTOS PUBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS RECONOCIDOS. SU VALOR PROBATORIO. -TECNICA DE CASACION

1—No es óbice para que en juicio seguido contra una persona que fue parte en la celebración de un contrato que consta en instrumento público o en un documento privado reconocido, este documento surta todos los efectos que le atribuye el artículo 1759 del C. C., es decir, de hacer plena fe contra los otorgantes también en cuanto a la verdad de su contenido, el hecho de que no intervenga en el juicio la otra parte contratante y que, por tanto, no sea oponible a esta persona.

2—Es requisito de la demanda de casación cuando en ella se acusa el fallo por violación de la ley a consecuencia de errores en la apreciación de algunas de las pruebas del juicio, que en el cargo conste, entre otras cosas, la manera como respecto de cada prueba se proyecta el error en el desenlace dado por el Tribunal al litigio.

3—La confesión es prueba hábil para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en un documento público o privado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B).— Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Las partes interpusieron recurso de casación contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechado el 21 de noviembre de 1952 y proferido en juicio de José Antonio Torres M., contra Paulina Barón M.

CAPITULO PRIMERO
Los antecedentes

1.—José Antonio Torres demandó a Paulina Barón M., ante el Juez 3° Civil del Circuito de Bucaramanga, para que se declare que es propietario de dos aparatos musicales («radiolas»), conocidas con el remoquete de «traganíqueles», marca Wurlitzer, modelos Q-600 y 1.100 y Nos. 711943, y 2.120768 respectivamente; se le condene a restituírselos, con los frutos, así como al pago de las costas.

2.—Por su parte, Paulina Barón M., contrademandó para que se declare que Juan Antonio Torres le debe $ 4.000.00, valor de un aparato musical de aquella especie, de igual marca, modelo 1015 y Nº 2055653, que le vendió en junio de 1947, más los intereses y costas del juicio.

3.—La sentencia de la primera instancia absolvió a las partes; y apelado el fallo por el actor, el Tribunal resolvió:

«**Primero.**— Niégase la petición hecha en el punto primero de la demanda, referente a la radiola marca Wurlitzer, modelo Q-600, número 7119943, y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de los cargos formulados en el punto segundo de ese mismo escrito.

«**Segundo.**–Declárase que José Antonio Torres, de condiciones anotadas, es dueño exclusivo de la radiola o fonógrafo marca Wurlitzer, modelo 1100, número 2120768, por habérsela comprado a Paulina Barón Martínez, según documento sus crito en esta ciudad, el catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

«**Tercero.**—En consecuencia de lo inmediatamente anterior, Paulina Barón M., deberá entregar a José Antonio Torres, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, dicho fonógrafo o radiola y queda con la obligación de pagar los frutos civiles que haya producido y que produzca hasta el día de la entrega, para lo cual se dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial; y

«**Cuarto.**—No se hace condenación en costas ni en la primera ni en la segunda instancia.

«Queda en esta forma reformada la sentencia materia del presente recurso».

4.—Contra esta sentencia se alzaron en casación ambos litigantes; admitido el recurso, sus apoderados presentaron oportunamente la demanda y el escrito de oposición correspondientes. A decidir procede la Sala.

CAPITULO SEGUNDO

La casación. Causales y cargos
Primero
Recurso de la parte demandante

1.—Invoca la causal primera (ordinal 1º artículo 520 C. J.), por violación directa de los artículos 1761, 1769, 1759, 1765, 1880, 1882, 1884; y 1857 del C. C. y 604, 606, 609, 637 y 661 del C. J., debido a errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de algunas pruebas.

2.—El actor solicitó en su demanda:

«**Primero.**— Que la radiola marca Wurlitzer, modelo Q-600, distinguida con el número 711943 le pertenece al actor en virtud de compra que hizo a la demandada según consta en el documento por ella firmado en esta ciudad el 10 de septiembre de 1946;

«**Segundo.**—Que, en consecuencia, la demandada está obligada a restituírsela al demandante, y en caso de no poderlo hacer por haberla vendido indebidamente, a pagarle el precio en que fue enajenada, junto con el valor de los frutos civiles que haya producido y pueda producir hasta el día de la restitución o del pago".

3.—El actor alegó como razón de este pedimento, el hecho de que la misma Paulina Barón M., después de que el fonógrafo había sido recibido, reparado y puesto a funcionar por el comprador, resolvió por sí y ante sí venderlo a Socorro López, según consta en documento de 21 de abril de 1947 (f. 4 C. 2º).

4.—La sentencia negó las peticiones primera y segunda del actor antes insertas, y a que se despachen favorablemente en sentencia de instancia se dirige el recurso interpuesto por él.

5.—El cargo formulado consiste, en resumen, en la infracción de aquellos textos legales, a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación del documento de 21 de abril de 1947, firmado por Paulina Barón M., y Socorro López y de las afirmaciones de éstas sobre el hecho de haber sido vendedor en el contrato a que se refiere el documento, no la primera de las nombradas personas, sino José Antonio Torres, el demandante.

Se considera:

6.—De acuerdo con el referido documento, Paulina Barón M., vendió a Juan Antonio Torres el aparato modelo Q-600 Nº 711943, por la suma de $ 3.100.00, pagaderos así: $ 1.200.00 de contado, y el saldo en siete letras de cambio de $ 250.00 cada una y una por $ 150.00. Dicho documento fue reconocido ante Notario por las contratantes.

Según el artículo 1761 del C. C., el instrumento privado, reconocido, tiene el valor de escritura pública respecto de quienes lo suscriben; y con arreglo al artículo 1759 ib., el instrumento público hace plena fe respecto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y además contra los otorgantes en cuanto a la verdad de su contenido.

Aquel documento privado fue reconocido por las contratantes, entre las cuales se cuenta la demandada. Conforme a las citadas disposiciones, tiene respecto de ella valor de documento auténtico. Fue presentado en juicio por el actor para oponerlo a la demandada, a quien perjudica, porque en él confiesa haber sido la vendedora de un aparato que no le pertenecía a ella sino a José Antonio Torres. No puede oponerlo a la compradora Socorro López, porque no es parte en este juicio. Pero, ello no obsta para que el reconocimiento de la demandada Barón M., surta los efectos que le atribuye la ley, esto es, para que se tenga por cierto el hecho de haber sido la vendedora y tradente del mueble a que se refiere el documento.

7.—Puesta la defensa de la demandada ante el régimen de la simulación relativa, en cuanto a la persona del vendedor, aquélla no demostró la existencia de pacto oculto alguno con José Antonio Torres, para que ella figurase como vendedora siendo él realmente el vendedor, pues la única probanza al respecto, desde luego insuficiente, es la declaración de la compradora Socorro López.

8.—El fallo atribuye valor de confesión a las aseveraciones hechas en el juicio, por Paulina Barón M., y Socorro López, en cuanto señalan a José Antonio Torres y no a la primera, como vendedor del susodicho aparato: «Es éste el acervo probatorio —dice— en relación con la radiola Q-600. Y de acuerdo con él se tiene que el documento en que figura el contrato celebrado entre Paulina Barón y Socorro López haría plena fe contra sus contratantes y podría producir efectos respecto de terceros, no contra terceros, si él no se hallara desvirtuado por la propia confesión de los contratantes que lo dejan sin validez en cuanto a la persona vendedora».

Según el artículo 604 del C. J., no se trata de confesión de la compradora Socorro López, porque ella no es parte en el juicio. Tampoco lo es de la vendedora Barón M., porque en nada la perjudica; por el contrario, tiende a librarla de la responsabilidad civil —y quizá también penal— por haber vendido cosa ajena.

9.—La sentencia incurrió, por tanto, en error de derecho, con infracción de aquellas disposiciones legales, al negar al documento reconocido por Paulina Barón M., el valor de plena prueba, para establecer el hecho de haber sido ella la vendedora; y por este motivo habría de infirmarse el fallo en lo que atañe al recurso del demandante.

Segundo
Recurso de la parte demandada

1.—La sentencia declara que José Antonio Torres es propietario del instrumento modelo 1.100, Nº 2120768, por haberlo comprado según documento de 14 de noviembre de 1949 a Paulina Barón M., a quien condena a restituírlo con los frutos, los cuales deberán liquidarse empleando el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.

Al folio 5 del cuaderno 2º figura el documento de 14 de noviembre de 1949, de conformidad con el cual Paulina Barón M. vende a José Antonio Torres «un fonógrafo marca Wurlitzer modelo 1100 Nº 2120768», respecto del cual el comprador declara «hallarse en posesión material y haberlo recibido a su satisfacción», por la suma de $ 4.-000.00 que «Paulina declara recibida de manos de José Antonio a su satisfacción».

2.—Según la sentencia, tres fueron las ventas de fonógrafos celebradas entre Paulina Barón M., y José Antonio Torres; una, en 1946, otra en 1947 y otra en 1949. A la primera se refiere el documento del folio 2 (cuaderno 2°) fechado el 10 de septiembre; a la segunda, algunos declarantes presentados por la demandada; y a la tercera, el documento del folio 6, del 14 de noviembre, con base en el cual el fallo pronunció la declaración de pertenencia a favor del actor, y la condena de restitución de la máquina marca Wurlitzer, Modelo 1100 y Nº 2120768, a cargo de la parte demandada.

3.—Esta ha sostenido que la venta de que trata este documento no fue del instrumento sonoro modelo 1100, Nº 2120768, sino de otro, modelo 1015, pues sucedió que Torres, "por error o mala fe", hizo estampar en el documento, no las especificaciones relativas al aparato verdaderamente negociado —modelo 1015— sino las del otro, modelo 1100.

El fallo no encontró acreditada esta defensa, y por ello hizo la declaración de propiedad del fonógrafo modelo 1.100; y a pesar de decir el documento que el comprador lo recibió de la vendedora, ordenó restituírlo por haber afirmado ésta en posiciones que lo tiene en su poder.

4.—El recurrente invoca la forma indirecta de la causal primera; o sea la infracción de la ley a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y señala como quebrantados los artículos 471,470, 571, 575, 601, 606, 597, 637 664 y 665 del C. J., y 1502, 1508, 1510, 1515, 63, inc. final, y 2476 del C. C.

Las pruebas son: el documento de 14 de noviembre de 1949; las declaraciones de Porfirio y Alfredo Martínez; la diligencia de inspección ocular; los testimonios de Alcides Corredor Jaimes, Hernando Triana, Laureano Amaya, Donaldo Balaguer, Fructuoso Caro y otros; y algunos indicios necesarios.

El cargo se formula desordenamente: no consta la manera como respecto de cada prueba se proyecta el error en el desenlace dado por el Tribunal al litigio, y más parece una crítica general en instancia, a las apreciaciones de la sentencia sobre las pruebas.

No obstante, la Sala pasa a referirse a él.

A) En cuanto al documento, el cargo compren-

de:el error o el dolo, en razón del cual lo firmó la vendedora; y la confesión del comprador de haber recibido el aparato.

En lo tocante a lo primero, el cargo carece en absoluto de respaldo: no hay prueba de dolo ni de error generadores de la anulación del contrato.

En cuanto a lo segundo, el documento reza que el comprador recibió la máquina que le fue vendida. En contra de esta confesión afirma en la demanda que la vendedora la retiene, y ésta, en posiciones, confiesa que conserva la del modelo 1100, Nº 2120768, que es precisamente la que quiere reivindicar el actor y la que menciona el documento de 14 de noviembre de 1949. El fallo atribuye a la afirmación de la vendedora valor prevaleciente sobre el contenido del documento y considera probado el hecho de hallarse en poder de la demandada el referido aparato. Esta ha confesado un hecho que la perjudica, contra las voces del documento.

Para el Tribunal la demandada no logró acreditar que el instrumento de música a que la prueba escrita se refiere, fuera el de modelo 1015 y no 1100 que reza, de modo que al hallarse este último en manos de Paulina Barón M., como esta misma lo confiesa, el sentenciador reconoció la propiedad de él a favor del actor. Por tanto, al hacer prevalecer la susodicha confesión, no hizo el Tribunal más que aplicar las normas legales sobre la confesión, la cual es prueba hábil para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en un documento público o privado, y de esta suerte, no puede calificarse de errónea la apreciación de la sentencia.

B) Tampoco en lo tocante a la prueba testimonial. En efecto:

De los testimonios de Porfirio y Alfredo Martínez hace el fallo un análisis impenetrable en casación, porque en ejercicio de la soberanía que asiste al Juez de instancia para apreciar las pruebas, llegó en este caso a un convencimiento que la Sala encuentra absolutamente ajustado al contenido de la prueba misma. Esta fue aducida para demostrar la inexactitud del documento al indicar el modelo 1100 cuando se trataba de un aparato modelo 1015. Las razones que expone el fallo para desestimarlas alejan toda posibilidad de error de hecho.

Tampoco incurrió el sentenciador, en error de hecho al desestimar otros testimonios, como los de Laureano Amaya, Donaldo Balaguer y Fructuoso Caro, por hallarlos imprecisos en lo tocante a la identificación de la máquina modelo 1100, respecto de la cual Paulina Barón M. se comportaba, entre 1949 y 1950, como dueña exclusiva, fuera de que esto nada probaría contra el hecho de haber sido comprada por Torres según el documento de 14 de noviembre de 1949.

La falta de apreciación de otros testimonios, tales como los de Juan Sabas García, Luis Alejandro González Rincón, Rosa Salazar González, está igualmente a cubierto de todo cargo de error, porque se trata de declaraciones también vagas sobre el mismo asunto, motivo por el cual aun cuando hubiesen sido tomadas en cuenta, ningún influjo habrían tenido sobre la decisión.

C) La diligencia de inspección ocular, ni como prueba autónoma, ni como complemento de las declaraciones de los Martínez, diligencia no estimada en el fallo, tampoco tiene la menor trascendencia en la estimación general de las pruebas, ni en la resolución de la controversia, por tanto.

Y en cuanto a los indicios necesarios, apoyados en la prueba testimonial y en la de inspección ocular, con los cuales —dice el recurrente— se prueba el dolo del demandante, se repite lo dicho arriba sobre el extremo del dolo, fuera de la imposibilidad de configurarse con tales pruebas un solo indicio de esa clase.

Por tanto no se acoge el cargo, y en consecuencia se niega la casación en cuanto al recurso de la parte demandada.

Sentencia de instancia

Al casarse la sentencia debido al cargo formulado por el actor, por error en la apreciación del documento de fecha 21 de abril de 1947, documento que da fe de la venta que celebraron Paulina Barón M., como vendedora, y Socorro López, como compradora, no se podrá ordenar restituír el artefacto musical modelo Q-600, Nº 711-943, por no haber sido demandada Socorro López, actual poseedora de él; pero sí se hará la condena a cargo de la demandada, de pagar al actor el precio recibido, de acuerdo con lo que dispone el artículo 955 del C. C. El actor probó

que había comprado a la demandada dicho fonógrafo y que lo había recibido, de manera que adquirió la propiedad de él, de acuerdo con las formas jurídicas requeridas para ello.

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 veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio ordinario promovido por José Antonio Torres contra Paulina Barón M., y como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. — Condénase a Paulina Barón M., a pagar a José Antonio Torres, dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto de obedecimiento de esta sentencia, la suma de tres mil cien pesos ($ 3.100.00), más sus intereses del seis por ciento (6%) anual, a partir del 21 de abril de 1947 hasta el día del pago.

Segundo. — Declárase que José Antonio Torres, de las condiciones anotadas, es dueño exclusivo de la radiola o fonógrafo marca Wurlitzer, modelo 1100, número 2120768, por habérsela comprado a Paulina Baron Martínez, según documento suscrito en la ciudad de Bucaramanga, el catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

Tercero. — En consecuencia, Paulina Barón M. deberá entregar a José Antonio Torres, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este fallo, el aparato musical especificado en el punto anterior, más los frutos que haya producido desde el catorce (14) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el día de la entrega, para cuya regulación se observaría el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

Cuarto. — Sin costas en el recurso.

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

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION ES IMPROCEDENTE CUANDO LA SENTENCIA ES TOTALMENTE ABSOLUTORIA. TECNICA DE CASACION

1—Ha sido y es doctrina reiterada de la Corte la de que una sentencia absolutoria podrá ser acusada por cualquiera de los otros motivos de casación, menos por el de incongruencia.

2—Es creencia equivocada creer que cuando el fallo de segunda instancia quebranta disposiciones sobre régimen probatorio, y se hace el reparo formal sobre eso, queda ya hecho y demostrado el cargo de violación de ley sustantiva por indebida aplicación, falta de aplicación e interpretación errónea, y eso basta. Porque, como lo ha dicho la Corte, si no se indica, como violada consecuencialmente o en forma indirecta, la disposición que define, consagra o establece el derecho mismo de fondo de la parte agraviada, el recurrente se ha detenido en la mitad del camino, el cargo se queda inconcluso, no llega a la estación terminal y resulta inane, ineficaz e inaceptable.

3—Cuando la acusación se funda en errores de hecho o de derecho sobre pruebas, es indispensable determinarlas, señalarlas en concreto; un cargo fomulado por "falta de estudio del acervo probatorio", así, en general y en abstracto, es inepto y no puede servir de base a la casación.

4—Es necesario citar las disposiciones sustantivas que se consideran violadas por la sentencia acusada y expresar, además, en qué sentido, por qué razón, en qué concepto concreto está violada cada norma, cuando en casación se impugna un fallo por violación de ley sustantiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Felipe Latorre)

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cali, Pablo Ochoa Castillo, por medio de apoderado, obrando en propio nombre y en el de la sucesión de su hermana Rosa Elena Castillo, propuso demanda ordinaria contra Virgilio Ranguas, personalmente y considerado "como representante de la sucesión testamentaria de Betsabé Lemos", contra Alberto Londoño Posada "en su propio nombre y como demandante en el juicio ejecutivo" que contra la sucesión de la Lemos adelanta en el Juzgado Segundo del Circuito, contra Javier E. Díaz "en su propio nombre, como albacea testamentario y como legatario de la misma sucesión" de la Lemos; y contra el Dr. Lucas Molano Daza, para que se les condenara solidariamente a pagar a la parte demandante el valor de unas mejoras puestas por Ochoa Castillo y su hermana en un terreno ubicado en Cali "con consentimiento de su dueña, la señorita Betsabé Lemos" en 1942 (hecho 1º y 2º de la demanda) y a pagar el lucro cesante y el daño emergente, estimado todo esto por el demandante en **$ 23.000.**

La demanda incluye la solicitud de otras declaraciones relativas a las responsabilidades derivadas de los hechos, expuestos así:

"Primero.—Acompaño a usted el poder que me ha otorgado el Sr. Pablo Ochoa Castillo para representarlo en juicio en su propio nombre y en el de la sucesión de su difunta hermana señora Rosa Elena Castillo";

"Segundo.—Desde el principio del año de 1942, en vida de la señorita Betsabé Lemos y con el consentimiento de ella, quien a los primeros les otorgó permiso para levantar mejoras y cuidar el lote entraron a ocupar el mismo terreno en el área urbana de esta ciudad, los ya dichos Pablo Ochoa Castillo y su hermana Rosa Elena Castillo, inmueble que es de más o menos unos 300 metros cuadrados de superficie y que está ubicado en Cali, en la carrera 13, entre calles 14 y 15 de la actual nomenclatura y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, carrera 13; sur, con propiedad de Gregorio Sala-

zar, Natividad Vivas, Irma Domínguez; oriente, con propiedad de Ester Muñoz, Pedro A. Quintero e Irma Dominguez; occidente ,con propiedad de María de los Angeles Viáfara de López y sucesores de Max Caicedo".

"Tercero.—En este inmueble, con consentimiento de su dueña, la señorita Betsabé Lemos, mis mandantes levantaron con el transcurso del tiempo, incorporando sus economías y toda clase de esfuerzos, varias mejoras, consistentes en nueve piezas, con techo de teja de barro cocido, y paredes, adecuadas para servir de habitaciones, con todos los servicios para vivienda, instalaciones de agua, luz y demás servicios para hacer habitables las mejoras.

"Cuarto.—Además de las piezas de habitación, mi poderdante Pablo Ochoa Castillo, hizo por su cuenta un muro de ladrillo, hacia la carrera 13 para dividir el solar por su lindero, de la vía pública, según las leyes de urbanismo.

"Quinto.—También construyó mi poderdante el pavimento del andén en toda la extensión del frente de la acera del inmueble que da hacia la carrera 13.

"Sexto.—De las nueve piezas de habitación, donde fueron construídas por mi mandante Pablo Ochoa Castillo, invirtiendo sus economías en la compra de materiales y en el pago de trabajadores, hasta dejarlas en estado adecuado para ser habitadas.

"Noveno.—La escritura Nº 283 de 5 de marzo de 1942 de la Notaría Tercera de Cali, contiene el testamento de la señorita Betsabé Lemos, en cuya letra "E" está la cláusula por medio de la cual la de cujus nombra al señor Javier Díaz Escobar como albacea testamentario.

"Décimo.—Cursa en el juzgado civil segundo del circuito de Cali, una demanda en que es demandante el Sr. Alberto Londoño Posada, contra la sucesión de la señorita Betsabé Lemos, allí figuró como secuestre de bienes embargados el Dr. Lucas Molano Daza, quien tomó posesión de dicho cargo el 11 de septiembre de 1947, y en tal carácter de secuestre, desconociendo el contrato de arrendamiento que mi poderdante señor Pablo Ochoa Castillo tenía celebrado verbalmente con la señora Encarnación Ibagón de Infante, consumó con ésta un contrato de arrendamiento entre gándole las edificaciones construídas por mi mandante y por su hermana, ya descritas en los hechos anteriores, o sean las mismas mejoras de mi mandante y de su hermana, de la carrera 13, entre calles 14 y 15, números 14-15, número 14-54 por los mismos linderos, sin consentimiento, ni de mi mandante ni de su hermana.

"Decimoprimero. Este contrato del Dr. Molano Daza con la señora Ibagón de Infante, por medio del cual él da a ésta, el derecho de uso y habitación de las mejoras levantadas con el trabajo honrado de mi mandante y de su hermana, entraña un desconocimiento del derecho legítimo, porque se puede dar en arrendamiento lo propio pero no lo ajeno. Y además, es un recurso hábil pero no por esto legal, ni moralmente aceptable, ya que se advierte claramente la finalidad ilícita de arreglar de alguna manera con la presunta arrendataria testaferro, que legalmente era arrendataria de mi mandante, para que la Ibagón de Infante facilitara el lanzamiento contra los otros arrendatarios que allí tenía el Sr. Pablo Ochoa Castillo, no oponiéndose la señora Ibagón de Infante al lanzamiento propuesto por el Dr. Molano Daza y poder despojar así con apariencias legales a mi mandante sin el reconocimiento de mejoras y ocasionándole ingentes perjuicios.

"Decimosegundo. Efectivamente, con fecha 15 de noviembre de 1948, el Dr. Molano Daza inició el juicio de lanzamiento por medio de apoderado doctor Carlos L. Pabón, demanda que cursó contra la señora Ibagón de Infante en el Juzgado 3º Civil Municipal de esta ciudad y cuya sentencia fue proferida, ordenando el lanzamiento el día 13 de diciembre de 1948".

"Decimotercero.—Por comisión recibida del señor Juez 3º Civil Municipal, el señor Inspector 3º de Policía Municipal llevó a cabo la diligencia de lanzamiento, sin que valiera la oposición presentada por mi mandante cuya vocería llevó el Dr. Rubén Orozco Micolta, quien presentó varias pruebas testimoniales y documentales para evitar que fuera despojado mi mandante en sus propios derechos y en los derechos de su difunta hermana la señora Rosa Elena Castillo.

"Decimoquinto.—Las mejoras que mi mandante tenía levantadas en el predio ameritado en los hechos anteriores, por virtud de este despojo, fueron destruídas en su mayor parte, quedando en pie solamente dos piezas de las allí destruídas, sin que se le hubiera reconocido hasta hoy el valor de dichas mejoras, ni se le hubieran entre-

gado los materiales, ni otros materiales que quedaron para nuevas construcciones dentro del solar materia del despojo el día en que dicho lanzamiento se consumó sin que tampoco hasta hoy se le haya indemnizado los perjuicios morales y materiales provenientes de estas actividades arbitrarias en que están implicados tanto el demandante, como el demandado, en el ejecutivo de de donde provienen los actos del secuestre que dieron lugar al despojo.

"Decimosexto.. Concomitante con estos hechos, el Sr. Virgilio Yanguas, ha ocupado el mismo lote y las mejoras en acuerdo con el actual secuestre del ejecutivo dicho señor Antonio Hamann, quien se encargó del inmueble en calidad de secuestre desde el 23 de abril de 1949, y me ha manifestado personalmente, que dicho lote referido en los hechos anteriores, lo tiene por cuenta del señor Virgilio Yanguas, del mismo modo que las dos mejoras que allí subsistan.

"Decimoséptimo.—En el ejecutivo aludido que se adelanta en el Juzgado Segundo Civil del Circuito, entre el Dr. Alberto Londoño Posada y la sucesión de la señorita Betsabé Lemos, después de múltiples incidentes, está reconocido como interesado y parte en el juicio el señor Virigilio Yanguas, quien aparece como dueño de derechos en un inmueble de la señorita Betsabé Lemos o de su sucesión comprado a la señora Rafaela Lemos, siendo además reconocido como heredero de la prenombrada Rafaela Lemos y subrogatario de ella en la sucesión de Betsabé Lemos, (auto del juzgado 2º Civil del Circuito de fecha 12 de septiembre de 1946, folio 151 del juicio de sucesión de Betsabé Lemos).

"Vigesimosexto.—La parte demandada en el ejecutivo está hoy representada por el señor Virgilio Yanguas, como subrogatario de los derechos de la señorita Rafaela Lemos.

"Vigesimoseptimo.—Debe ser llamado a responder en este juicio civil el Sr. Javier Díaz E., en su carácter de albacea testamentario, quien no ha perdido hasta hoy dicho carácter en el juicio de sucesión en el que tiene intereses en su triple carácter de albacea, legatario y de actor en el juicio de sucesión.

"Vigesimo octavo.—Como la señora Rosa Elena Castillo murió en esta ciudad y mi poderdante señor Pablo Ochoa Castillo fue declarado heredero como lo compruebo con la certificación que acompaño en que consta que en el Juzgado Segundo Civil del Circuito cursa el juicio de sucesión de la señorita Rosa Elena Castillo, y que el Sr. Pablo Ochoa Castillo ha sido declarado heredero suyo, mi mandante tiene la doble representación de sus propios derechos (sic) de sucesión de Rosa Elena Castillo.

"Trigesimo primero.—Aprecio que mi poderdante invirtió en la construcción de las mejoras, tanto por su aporte directo, como lo dado en préstamo para el mismo fin a su hermana una suma no menor de diez mil pesos moneda corriente, comprendiendo en esto el muro de la carrera 13 del inmueble antes descrito, y la pavimentación del andén del mismo inmueble que da también a la carrera 13".

El Juez, por fallo de 5 de febrero de 1953 declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y denegó lo pedido.

El Tribunal Superior de Cali revocó dicho fallo y haciendo al margen la referida excepción, pronunció sentencia a fondo, totalmente absolutoria, el 30 de noviembre de 1953, la cual ha llegado a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

En la debida oportunidad el recurrente formuló y fundó diez cargos contra la decisión de segunda instancia, pero antes de que se venciera el término que para ese efecto tenía presentó un segundo libelo por el cual reformó varios capítulos de acusaciones y suprimió otros.

Como eso se hizo en tiempo hábil, la Corte estudiará los cargos, siguiendo la reforma mencionada.

Cargos Primero, Segundo y Tercero.

Se examinan conjuntamente, porque auncuando contemplan diversos aspectos o cuestiones, todos tres se enderezan a acusar la sentencia por una sola causal, de notoria singularidad o simplicidad: la **segunda** de las comprendidas en el art. 520 del Código Judicial: la incongruencia, por estimar el recurrente que el fallo de que se trata no está, por un aspecto u otro, "en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes"; pero lo que sucede es que el fallo no está de acuerdo con las inspiraciones del demandante, porque no condenó a los

demandados; y la doctrina reiterada de la Corte, ha sido y es que una sentencia absolutoria podrá ser acusada por cualquiera de los otros motivos, menos por el de incongruencia.

Así, en fallo de 28 de septiembre último se repitió:

"El Tribunal ha podido incurrir en desacierto al interpretar, aplicar o dejar de aplicar alguna disposición sustantiva, pero es inepto el cargo de incongruencia, porque el fallo totalmente absolutorio deja resueltas, en determinado sentido, todas las pretensiones del demandante. La Corte ha declarado en múltiples oportunidades, de tiempo atrás y en muy recientes fallos, que la sentencia absolutoria excluye la causal 2ª, porque el pronunciamiento en tal sentido, aunque por otro aspecto, fuera desacertado, no sería incongruente, pues no habría fallado sobre más ni sobre menos ni por fuera de lo pedido. Ninguna sentencia es incongruente por el solo hecho de ser adversa a los puntos de vista o argumentos de una de las partes".

Por tanto, la Corte considera que los tres primeros cargos formulados en la demanda de casación, carecen de fundamento.

Cargo cuarto.

Está planteado y desarrollado así:

"Sostiene la sentencia recurrida, en las síntesis que hemos hecho, marcados los ordinales VII y VIII de sus argumentos a fs. 10 de esta demanda, que el Dr. Lucas Molano Daza obró en su calidad de secuestre correctamente porque la Ibagón de Infante entró a ocupar las mejoras después del contrato con el mismo Dr. Molano Daza; que el "desapersonamiento" de Ochoa, es de suponerlo (el subrayado es nuestro) ocurrió al hacerse la entrega al secuestre de bienes que dentro del juicio ejecutivo ya nombrado, fueron confiados a su custodia y administración". Que aunque Ochoa Castillo hizo oposición, ella no fue atendida, pues no existe prueba en los autos de que el Dr. Molano Daza hubiera obrado en forma temeraria, con dolo o con ánimo de beneficiarse o de inferir perjuicio al actual demandante. Estas consideraciones del fallo y el fallo mismo, sustentan un error de hecho manifiesto en los autos, por no apreciación de la prueba, que con la confesión, declaración y documento, provenientes del señor Díaz Escobar; más la declaración de la señora Encarnación Ibagón de Infante; el acta de lanzamiento; las inspecciones oculares que obran en los cuadernos de primera y de segunda instancia; con el resto de declaraciones de testigos y acervo probatorio allegado por el recurrente, se establece la verdad de que Ochoa Castillo y Rosa Elena Castillo eran dueños de las mejoras antes de toda intervención del secuestre. Se prueba que el Dr. Molano Daza así lo reconoció; que él mismo y Yanguas, se informaron perfectamente de que la Ibagón de Infante era arrendataria de la Castillo ya difunta entonces y que otros arredatarios lo eran de Ochoa, no obstante lo cual y saber el dominio de los recurrentes sobre las mejoras el meritado secuestre, superpuso el contrato violatorio de un derecho adquirido por los demandantes sobre otro, de éstos, con la misma obligada, lanzando con él, posteriormente, a la Ibagón arrendataria de los primeros, porque así resultó más cómodo desocupar el predio sin pagar las mejoras a su legítimo dueño.

"Este error de hecho manifiesto en los autos, viola por no aplicación, todo el arancel probatorio contenido en el C. J. especialmente los artículos 594, 598, 601, 602, del mismo Código Judicial; y de la misma manera se hieren los artículos 603, 637, 645 de la obra de que se viene hablando. También se desconocen los artículos del C. J., comprendidos entre el 660 al 667 sobre presunciones. Y se continúa infringiendo el arancel probatorio en los artículos 681, 697 y 632 del mismo código de Procedimiento Civil tántas veces dicho, violaciones indirectas de todas estas disposiciones por no aplicación, mandatos que son de carácter sustantivo, pero que conducen a que se desconozcan disposiciones del C. C. como son los artículos 1757, 1761, artículos que fueron violados también indirectamente por no aplicación de ellos.

"Y estas infracciones acusadas en la sentencia llevan al mismo fallo, a violar indirectamente por no aplicación al artículo 1989 del C .C. que manda para el caso de autos, que la demanda de lanzamiento incoada por el Dr. Molano Daza, hubiera sido dirigida por él, contra la sucesión de la señora Rosa Elena Castillo, a quien la Ibagón reconocía como su arrendadora y disposición violada, que contiene lo siguiente: «La acción de terceros, que pretenden derecho a la cosa arrendada, se dirige contra el arrendador".

Incurre aquí el recurrente, por deficiente dominio de la técnica en casación, en la creencia

equivocada de considerar que, cuando el fallo de segunda instancia quebranta disposiciones sobre régimen probatorio, y se hace el reparo formal sobre eso, queda ya hecho y demostrado el cargo de violación de la ley sustantiva por indebida aplicación, falta de aplicación o interpretación errónea, y eso basta; lo cual no es cierto, porque como lo ha dicho la Corte, si no se indica, como violada consecuencialmente o en forma indirecta, la disposición que define, consagra o establece el derecho mismo de fondo de la parte agraviada, el recurrente se ha detenido en la mitad del camino, el cargo se queda inconcluso, no llega a la estación terminal y resulta inane, ineficaz e inaceptable.

Así, por ejemplo, entre muchos fallos de la Corte que consagran y explican la doctrina, puede verse el de 16 de junio de 1942 (Gaceta Judicial Nº 1986, pág. 640), que dice:

«Ninguna de las disposiciones que el demandado recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de unas pruebas y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación".

Y la sentencia de 2 de diciembre de 1943 (G. J. Nº 2001, pág. 319) confirma aquella doctrina y la ilustra con un ejemplo que la aclara suficientemente. Allí se lee:

"Un ejemplo aclara y pone en evidencia la doctrina de la Corte. Suponiendo que se tratara de un juicio de reivindicación no le bastaría al recurrente afirmar que se había violado el artículo 697 del Código Judicial, sustantivo, sino que esa violación debería hacerla incidir, por ejemplo sobre el artículo 946 del Código Civil. En el caso del ejemplo propuesto podría decir el recurrente: Al no estimarse dos declaraciones, se violó el artículo 697 del Código Judicial y esa violación condujo a la no aplicación del artículo 946 del Código Civil".

En el caso de este pleito, todas las disposiciones que el recurrente cita como violadas (salvo la última) son de régimen probatorio, pero ninguna que verse sobre propiedad de mejoras, pago de ellas &, que hubiera sido quebrantada por la violación (si estuviera demostrada) de alguna de aquéllas.

La única que versa sobre un derecho sustantivo de fondo es el art. 1989 del Código Civil, que trata de «La acción de terceros, que pretendan

derecho a la cosa arrendada", la cual se dirige contra el arredador. Pero esta norma en nada toca con la acción de lanzamiento propuesta por el Dr. Molano Daza, pues éste no ejercitó ninguna acción como tercero, sino como arrendador en el contrato que celebró con la arrendataria). Ibagón, en ejercicio de la acción derivada de ese contrato y no del que el demandante ha sostenido que había celebrado antes con la misma arrendataria.

Por tanto, el cargo es inadmisible.

Cargo quinto.

"La sentencia recurrida, no sustenta su decisión en la declaratoria de **excepción alguna,** sino que absuelve a los demandados fundándose en supuesta impropiedad de pruebas. Y sin embargo de esto, conforme el resumen de las razones del fallo a que hemos aludido en el cargo anterior, el sentenciador que debió de constatar que los demandados no presentaron prueba alguna, **aparece de oficio abonándoles nada menos que pruebas de presunción;** sobre la entrega del inmueble, como si una diligencia de secuestro suponiendo que hubiera ocurrido real y no simbólicamente, fuera ella constitutiva de título de dominio para desconocer un derecho adquirido de buena fe; y, como si el momento del lanzamiento no fuera el tiempo oportuno para oponerse y tener derecho de ser oído el que tenga mejoras, cuyo desconocimiento es uno de los factores que esquematizan la culpa en el juicio cuya sentencia se ha recurrido. **Este error de derecho** manifiesto en los autos por apreciación de **una prueba no pedida por los demandados** y cuando no se falla excepción alguna, condujo al Tribunal a violar directamente (sic) por aplicación indebida el art. 745 del C. J. tácitamente aplicado y, desde esta violación también por aplicación indebida se violó directamente el art. 1757 del C. C. Tales violaciones hieren indirectamente por no aplicación, los artículos 882 del C. J. y los artículos 966 y 769 del Código Civil como ya se dijo, afectados indirectamente por no aplicación una vez que, el artículo 966 del C. C. forja el reconocimiento de mejoras al poseedor de buena fe y que, la ausencia de prueba de la contraparte y el abono de las que se desconocieron en el fallo a favor del recurrente, le da, por el artículo 769 del C. C. al mismo recurrente la calidad de poseedor de buena fe".

Las observaciones hechas al cargo precedente son aplicables al que se acaba de transcribir, advirtiendo que, aún no siendo los artículos 769 y 966, disposiciones de régimen probatorio, nada tienen que ver en este asunto. El primero establece simplemente la presunción de buna fe, y el segundo consagra normas sobre prestaciones a favor del **poseedor,** cosas que aquí no se han discutido, como tampoco la oposición a una entrega, a que se refiere el artículo 882 del Código Judicial. Por otra parte, el recurrente no dice en qué sentido ni por qué concepto, ni en qué forma el Tribunal violó esas disposiciones .

Cargo sexto.

Fue eliminado por el recurrente

Cargo séptimo.

"El mismo razonamiento que hemos sintetizado en preámbulo como síntesis IX que contiene la intención del Tribunal en su sentencia, para absolver al señor Londoño Posada a pesar que allí se reconoce el perjuicio que recibió Ochoa y la sucesión de la Castillo, ese razonamiento decimos debe conjugarse para concluir que la sentencia al motivar así, **debió estudiar el acervo probatorio** que en los cuadernos respectivos de las dos instancias obran, pues se deduce lógicamente, que en el fallo fue **apreciada la prueba erróneamente;** es decir, sin darle eficacia causando así **error de derecho** en la ponderación probatoria, que es el cargo que aquí le formulamos a la sentencia acusada. Con esto la sentencia hiere indirectametne por no aplicación, las disposiciones que obligan la litis contratante, con terceros, por las violaciones extracontractuales que cometa el depositario o sea el secuestre, su representante. Así fueron violadas indirectamente las siguientes disposiciones por no aplicación de sus contextos legales: el artículo 2273 del Código Civil que define el secuestro; el artículo 2279 de la misma obra, que le da al secuestre representante del señor Londoño Posada y de la parte demandada en el ejecutivo, el carácter de mandatario de ambos; así mismo fue violado indirectamente por no aplicación, el artículo 2142 del mismo Código Civil que obliga al mandante es decir a aquel por quien obra el secuestre, a responder por su cuenta y riesgo de la gestión del mismo secuestre. Y como consecuencia de estas violaciones fueron afectadas también indirectamente por no aplicación los artículos 2341, 2342, 2343, y 2344 del Código Civil ya citados. El error que se alega aparece de manifiesto en los autos".

En primer lugar, se observa que cuando la acusación se funda en errores de hecho o de derecho sobre pruebas, es indispensable determinarlas, señalarlas en concreto; pero un cargo formulado como aparece el que se examina por falta de **"estudio del acervo probatorio"**, así, en general y en abstracto, es inepto y no puede servir de base a la casación.

Pero aún pasando por alto defecto tan notorio, la supuesta violación indirecta de las disposiciones citadas, en nada afecta al demandado en este juicio Londoño Palacio, pues el aludido secuetre en el juicio ejecutivo, no representa al ejecutante, y menos sin la prueba de que el bien secuestrado se le hubiera adjudicado al acreedor. La hipotética culpa del secuestre no es imputable al ejecutante. Por tanto, los artículos que el recurrente cita no dan acción contra aquél.

En tal virtud, el cargo es totalmente inepto.

Cargo octavo.

Se plantea y desarrolla así:

"La sentencia acusada, hace su final pronunciamiento de instancia absolviendo a todos los demandados y declarando que no se hace ninguna declaración sobre la sucesión de Betsabé Lemos por los motivos ya conocidos.

"En el caudal probatorio, existen no solamente pruebas directas y plenas, sobre la responsabilidad de todos y cada uno de los demandados con relación a las pretensiones deducidas, que concurren a demostrar sin lugar a duda la verdad de los hechos controvertidos en uno y otro casos, en armonía con los artículos 594 y 664 del Código Judicial y del artículo 1757 del Código Civil.

"Pero la apreciación fraccionaria que hace el Tribunal en la sentencia recurrida de algunas pruebas para desecharlas respecto de alguno de los demandados, y la postergación del íntegro arancel probatorio que campea en los autos para absolver a otros, condujo al Tribunal en la misma sentencia acusada por falta de conjugación o modelación de aquellos elementos de certeza, a cometer error de derecho por apreciación errónea, por ejemplo de las copias o documentos que fueron acompañados y las pruebas que se produjeron en las instancias, que apenas se sopesaron para reconocer el dominio de la parte recurrente sobre las mejoras y el perjuicio que le ocasionó Londoño Posada, pero sin darle el valor para apreciar la reparación solicitada de éste y de todo el conjunto de los demandados. Este error de apreciación aparece de manifiesto en los autos.

"Este error de derecho condujo al Tribunal a violar indirectamente los artículos ya citados, 594, 665 del Código Judicial por la no aplicación de su contenido y desde allí la misma sentencia declinó su error de derecho para afectar el artículo 977 del Código Civil en forma indirecta por no aplicación, artículo que norma el cobro de perjuicios contra el perturbador de la posesión y también por esa misma causa fueron violados indirectamente por no aplicación los artículos 2341, 2342, 2343 y 2344 del Código Civil".

A este cargo se pueden hacer extensivas, exacta y precisamente las mismas observaciones que al anterior, llegando en consecuencia a una conclusión análoga que implica e impone la desestimación del cargo por manifiesta ineptitud.

Cargo noveno. (reformado)

"La postergación que hizo el Tribunal en la sentencia acusada del caudal probatorio, su total desconocimiento, para absolver a los demandados, constituye error de hecho manifiesto en los autos. Pruebas tan evidentes como las confesiones, declaración y carta de Javier Díaz Escobar; la declaración de la señora Ibagón de Infante; las declaraciones de tres testigos; las inspecciones oculares con sus dictámenes periciales; las copias del juicio de lanzamiento, y las certificaciones de otros juicios citados en los hechos al haberse conjugado su fuerza probatoria, se habría patentizado la responsabilidad de todos los demandados con relación a las peticiones que contiene el libelo y a contrario sensu, la postergación de ellas que condujo a la absolución, como ya se dijo constituye error de hecho manifiesto en los autos cometido por el Tribunal en la sentencia acusada y que condujo a la misma a violar indirectamente por no aplicación y en forma indirecta los artículos 594 y 665 del Código Judicial y artículo 1.757 del Código Civil, que organizan la prueba. El mismo error de derecho condujo a afectar el artículo 977 del Código Civil indirectamente por no aplicación norma que organiza el cobro de perjuicio contra el perturbador de la posesión, y el artículo 966 del mismo Código Civil que regula la posesión de buena fe

quedando también violados indirectamente por no aplicación, los artículos 2341, 2342, 2343 y 2344 del Código Civil".

¿Cómo es posible, pregunta la Corte, que pueda admitirse en casación un cargo en la forma en que se concibe y planea, éste, tan difuso e impreciso? A ese paso no habría etapa más sencilla, expedita y sin riesgo de pérdida, en un proceso judicial, que la casación, aunque hubiera veinte o más demandados, por diversos motivos o razones, pues bastaría con decirle a la Corte:

"Atentamente pido que se infirme la sentencia recurrida, porque el Tribunal violó todas las disposiciones sobre pruebas integrantes del Título XVII libro 2º del Código Judicial (art. 593 a 733) y, las que contiene el Título XXI del Código Civil (arts. 1757 a 1770), por apreciación errónea o falta de apreciación de la prueba testimonial, indicial, pericial, instrumental, de confesión, inspección &., que obra en el proceso y, virtualmente se quebrantaron las disposiciones consagratorias del derecho cuya efectividad persigue el demandante, contenidas en el Título XXXIV, Libro 4º del Código Civil, artículos 2341 a 2360, (por ejemplo), sobre responsabilidad por delitos y culpas".

Una demanda de casación, propuesta en tal forma, tiene que fracasar.

Se citan como violados cerca de 25 artículos de régimen probatorio y muchos sustantivos, inclusive algunos de la Constitución, pero no se expresa en qué sentido, por qué razón, en qué concepto concreto está violada cada norma, ni la relación de ella con cada demandado, porque por añadiduda son muchos, y a quienes se les atribuye actuación, papel, intervención, interés y finalidad de diversa clase o índole: una propietaria del terreno, la sucesión de ella, un legatario cedente, el cesionario de éste, un supuesto representante de aquella sucesión, un acreedor demandante en juicio ejecutivo, un apoderado de él, un secuestre, un arrendador, una arrendataria &., es decir, pluralidad de personas que, suponiendo demostrados los hechos, ocuparían una relación jurídica diferente con el demandante, sin que se haya dicho con precisión cuál es la norma sustantiva reguladora de la relación jurídica de cada demandado con el demandante, y cómo, por qué y en qué concepto se violó esa norma.

Todo ello quiere decir, en resumen, que es tan difuso e impreciso el cargo, en todo sentido, que resulta inadmisible.

Cargo decimo.

Fue eliminado por el recurrente.

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 recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 30 de noviembre de 1953, en el juicio ordinario seguido por Pablo Ochoa Castillo contra Lucas Molano Daza y otros.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VENTA POR CABIDA.—NO LA DESVIRTUAN LAS CIRCUNSTANCIAS DE HABERSE DETERMINADO LOS LINDEROS DEL INMUEBLE Y DE HABERSE ENTREGADO ESTE

1—Las circunstancias de haberse determinado el bien por linderos y haberse entregado, aún con antelación al perfeccionamiento del contrato, en nada desvirtúan la modalidad de la venta por cabida, porque ya se haga en una forma u otra, es necesario alindar y entregar.

2—Cuando en casación se acusa por errónea apreciación de las pruebas, el recurrente debe, entre otras cosas, definir con nitidez y precisión de qué clase de error se trata, si es de derecho o de hecho; y en este caso, en qué consiste y si aparece de manifiesto o en forma evidente; y, por último, expresar cuál fue la disposición sustantiva violada, en qué concepto o sentido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintinueve de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Felipe Latorre U.)

Por escritura pública número 1270 de 27 de febrero de 1952 otorgada en la Notaría Primera de Medellín Berta Gómez de Gómez transfirió a Bernardo y a Jesús Arboleda a título de venta una finca situada en el municipio de La Estrella por los linderos relacionados en aquel instrumento en cuya parte final se incluyó la siguiente cláusula: «La vendedora... advierte que **garantiza** que la propiedad que vende tiene treinta y cinco a cuarenta cuadras».

El precio que aparece señalado en dicha escritura es la suma de $ 20.000, de los cuales se dejaba en manos de los compradores la cantidad de $ 2.000 para pagar una obligación hipotecaria a Juan de Dios Toro y los $ 18.000 restantes debían cubrirlos a la vendedora dentro del plazo de los cuatro años siguientes.

Los compradores ya habían recibido el inmueble, pero enterados luégo de que la cabida de éste era muy inferior a la expresada y garantizada en el contrato, y con pie también en la afirmación de que el precio no había sido realmente de $ 20.000 sino de $ 30.000, de los cuales habían anticipado $ 10.000, el 28 de noviembre propusieron demanda ordinaria ante el Juez del Circuito en lo Civil de Medellín, para que, de conformidad con los artículos 1887 y 1888, se hicieran las siguientes declaraciones:

«a)—Que la finca vendida por la demandada a los demandantes tiene una cabida menor en el número de cuadras que resulte de las pruebas que se traigan al juicio, de las treinta y cinco cuadras que la demandada garantizó como cabida mínima del bien vendido. b)—Que como consecuencia de la declaración anterior, el precio de la compraventa rebaja (sic) en la proporción correspondiente a la diferencia entre la cabida garantizada y la cabida real de la finca vendida.

«c)—Que esa diferencia de precio y la rebaja correspondiente, debe hacerse en la parte del precio que aún no han pagado mis mandantes, es decir, de los diez y ocho mil pesos que aún no han cubierto y que tienen garantizados con hipoteca sobre la finca mencionada.

«d)—Que el valor de la deuda a cargo de mis mandantes queda rebajada en la proporción pedida y la hipoteca queda reducida en la misma proporción.

«e)—Que son de cargo de la demandada los gastos del presente juicio si da lugar a él».

Agotada la sustanciación de la primera instancia, el Juez la falló con sentencia absolutoria por falta de la prueba, que no se alcanzó a perfeccionar, sobre la cabida del terreno.

En la actuación ante el Tribunal Superior de Medellín sí se completó o practicó dicha prueba y sobrevino el fallo de segunda instancia el 27 de enero del año en curso, que revocó el del Juez a quo, y en su lugar declaró:

«A)—La finca vendida por la demandada, señora Berta Gómez de Gómez, a los señores Jesús y Bernardo Arbóleda, por medio de la escritura pública número 1270 de 27 de febrero de 1952 de la Notaría Primera de este circuito, tiene una cabida menor en diez y ocho cuadras de la que se garantizó como cabida mínima del inmueble.

«B)—Como consecuencia de lo anterior, en el precio de la compraventa que fue de treinta mil pesos debe sufrir la vendedora señora Gómez de Gómez una rebaja proporcional, equivalente a quince mil quinientos cuarenta y un pesos con cuarenta y tres centavos ($ 15.541.43), la cual debe hacerse de la parte de ese precio aún no pagado y que tiene garantía hipotecaria en la finca mencionada, deuda e hipoteca que quedan reducidas en esa cantidad.

«C)—Las costas son de cargo de la parte demandada».

Interpuesto por la demandada el recurso de casación, la Corte procede a estudiarlo y decidirlo, mediante las consideraciones que siguen.

Primer cargo

«Estimó el Tribunal que la venta de que se trata en este juicio se hizo por cabida, de conformidad con la declaración contractual de que la vendedora »garantiza que la propiedad que vende tiene treinta y cinco a cuarenta cuadras», y, como de conformidad con la verificación pericial, faltaban 18, pues el terreno no tenía sino 15, era el caso de aplicar, como aplicó, los arts. 1887 y 1888, inciso 2º del Código Civil.

El recurrente dice:

«Al pronunciarse así el Tribunal, violó las siguientes disposiciones sustantivas del Código Civil: el artículo 1884, por interpretación errónea; el artículo 1889, por falta de aplicación, siendo del caso aplicarlo; y los artículos 1880 y 1882 por infracción directa. Todo proveniente de error de hecho, manifiesto en los autos, en la apreciación de la prueba contenida en la escritura pública Nº 1.270 de 27 de febrero de 1952 de la Notaría Primera de Medellín, visible a folios 5 y 6 del cuaderno de pruebas de la parte actora, como paso a demostrarlo».

Más adelante señala también como violado el art. 1887 del Código Civil.

Toda la acusación se reduce a sostener que la venta fue de cuerpo cierto y no por cabida, por las siguientes razones, en resumen: que el predio se determinó por linderos; que desde antes de otorgarse la escritura de venta los compradores habían recibido la finca, es decir, se les había hecho entrega de ella; que la cláusula final referente a la cabida fue apenas «una ñapa» que lograron los compradores a última hora; que se fijó «un precio global unitario de $ 20.000 y no uno por unidad de superficie»; que el expositor chileno Alessandri sostiene que la venta es de cuerpo cierto, sin que las partes hayan tomado en cuenta la cabida «aun cuando ésta se mencione en el contrato», porque «Tal indicación no tiene otro alcance que el de un dato ilustrativo»; que la vendedora expresó en la cláusula segunda de quién y cómo había adquirido el predio, sin expresar cabida.

Pero, observa la Corte que según el artículo 1887 del Código Civil, se vende en relación con la cabida «siempre que ésta se exprese de cualquier modo», y en el contrato en estudio no se hizo una simple mención de la cabida, sino que la vendedora declaró que garantizaba que era de treinta y cinco a cuarenta cuadras, de manera que esa "ñapa" (en castellano yapa o adehala), aún tomándola así, es obligatoria, vale por lo menos en cuanto al mínimum de 35 unidades.

Lo del precio, ya se verá que no fue de $ 20.000 sino de $ 30.000.

Por otra parte, las circunstancias de haberse determinado el bien por linderos y haberse entregado, aun con antelación al perfeccionamiento del contrato, en nada desvirtúan la modalidad de la venta por cabida, porque ya se haga en una forma u otra, es necesario alindar y entregar; y el hecho de que la vendedora hubiera comprado sin consideración a la cabida no impide que vendiera, como vendió, por cabida, toda vez que la garantizó.

Por todo lo expuesto, el cargo que se examina carece de fundamento.

Segundo cargo

Se hace consistir en que el Tribunal, para apreciar la cabida tuvo en cuenta un dictamen pericial decretado y practicado ilegalmente, contra lo dispuesto en el art. 1° del decreto-ley Nº 0243 de 1951, porque habiendo sucedido, que en primera instancia se había logrado un concepto pericial (f. 7 cuad. 2º) que no alcanzó a quedar en firme, no era el caso de abrir a prueba en segunda instancia, y si esto era lo indicado, completar la prueba inconclusa, pero no decretar otra, como el Tribunal la ordenó y practicó. Que la improcedente apreciación de dicha prueba constituye un error que condujo a violar los arts. 1884 y 1888 del Código Civil (sobre venta por cabida) por indebida aplicación, y los arts. 1887 y 1889 sobre venta de cuerpo cierto, por no haberse aplicado.

En primer lugar, suponiendo que en segunda instancia, no debiera haberse abierto a prueba el asunto ni ordenado y practicado la prueba pericial nueva, todo eso, que era de índole puramente procesal, se llevó a cabo mediante providencias consentidas por las partes, y por tanto ejecutoriadas, que tenían que producir sus efectos legalmente.

En segundo lugar, a la apreciación de la prueba, en el fondo, no se le ha hecho imputación de error de hecho si de derecho. De ella aparece, por concepto unánime de los peritos, (cuaderno de la actuación en el Tribunal, f. 8), que el terreno apenas alcanza a 17 cuadras. Y si se hubiera completado la prueba similar de primera instancia, sería peor para la demandada, porque los peritos que actuaron entonces, previa la mensura formal de la tierra, también unánimemente apenas le asignan una cabida de 15 cuadras y una fracción.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Dice el recurrente que el Tribunal violó la «ley sustantiva, por error de derecho y también de hecho» en la apreciación de la prueba ya mencionada, porque no se tuvieron en cuenta los artículos 716, 721, 722 y 723 del Código Judicial. No define con nitidez ni precisión la clase de error: si es, al fin y al cabo, de hecho, en qué consiste y si aparece de manifiesto o en forma evidente, o de derecho. Y lo que es más grave: no expresa al plantear y formular este cargo, cuál fue la disposición sustantiva violada, en qué concepto o sentido.

Esto bastaría para desestimar el cargo. Pero la Corte, en el deseo de no dar la sensación de que desdeña las observaciones hechas por las partes, sean o no razonables, toma nota de las que el recurrente expone, para que se vea que carece de razón. En efecto, en cuanto a la cabida del predio, basta considerar que categóricamente los peritos manifiestan que se trasladaron al terreno y «verificaron la mensura de la finca», obteniendo el resultado que dan, de 17 «cuadras cuadradas». Para dar este dato, no se necesitaba más fundamento que el de haber ido a la finca y verificar la mensura.

En cuanto al monto del precio del inmueble, para efectos del cómputo de la reducción que debe hacerse, operación de la cual se queja el recurrente por no haberse partido de la suma de $ 20.000 que reza la escritura de compra-venta, sino de los $ 30.000, que sostienen los compradores, tienen razón los peritos, porque, como se verá al estudiar el cargo que sigue, el verdadero precio fue el de $ 30.000 y no el de $ 20.000.

Por todo lo expuesto el cargo es inválido.

Cargo cuarto

Está concebido así:

«Dice el Tribunal en el aparte B) resolutivo de la sentencia acusada: 'Como consecuencia de lo anterior, en el precio de la compra-venta que fue de **treinta mil pesos** (subrayo) debe sufrir la vendedora, señora Gómez de Gómez una rebaja proporcional...'.

«Esta consecuencia proviene de la motivación que atrás había hecho sobre el valor de la prueba de 'confesión judicial' que, según él, existe en los autos, en oposición a lo estipulado, como precio, en la cláusula 4ª de la escritura varias veces mencionada.

«Al pronunciarse así el Tribunal, violó, por infracción directa, el art. 1769 del Código Civil y, por interpretación errónea, los artículos 1.759 y 1.760 ibidem, así como las disposiciones sustantivas que se citan en los cargos anteriores, en la forma allí expresada: lo cual procede de error de

hecho y de derecho manifiestos, en la apreciación de las siguientes piezas probatorias: posiciones extrajuicio, absueltas, por la demandada, ante un Inspector de Policía (fls. 3, vto., y 4 fte., del C. de P. de la parte actora); contestación de la demanda (fls. 5 del c. principal); y posiciones judiciales, absueltas por la parte demandante (fls. 1, vto., 2 y 3 del C. de p. de los demandantes».

A continuación el recurrente desarrolla y funda el cargo con observaciones que como las normas que en él cita, se refieren al régimen probatorio, sin señalar concretamente las disposiciones sustantivas que por incidencia de los supuestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas hubieran sido violadas por el Tribunal.

Esta deficiencia bastaría para desechar el cargo, pero la Corte, para mayor abundamiento de razones de su decisión, procede a examinar los argumentos que trae el recurrente:

a) Que la confesión de que trata el art. 1759 del C. C., y que la jurisprudencia de la Corte ha admitido como prueba apta para desvirtuar lo declarado en instrumento público por las partes, es la judicial, o sea la rendida «en juicio», calidad que no tiene la que se atribuye a la vendedora.

Sobre lo cual se observa:

No es menos cierto que el artículo 604 del Código Judicial otorga mérito pleno a la confesión que se hace ante juez competente, como lo era el 6º Civil del Circuito de Medellín, a quien se le pidió la copia de las posiciones aducidas por los demandantes (fs. 3 a 4 del cuad. 2º), absueltas por la demandada con anterioridad al juicio, ante el Inspector Municipal de Policía; comisionado por el Juez 6º., y esas posiciones tienen mérito según el inciso 2º del art. 610 del Código Judicial. En esas posiciones la compradora confiesa que el precio fue la suma de $ 30.000 y no de $ 20.000.

Se alega que la comisión conferida por el Juez de Circuito, para la absolución de las posiciones, al Inspector de Lidice no se ajustaba al artículo 133 del Código Judicial.

La comisión sí se ajusta a tal artículo, pero admitiendo que el reparo a ese respecto fuera fundado, lo más que podría decirse sería que aquella confesión no era "judicial", sino extrajudicial, y aunque ésta, en lo general no es plena prueba, sí tiene tal fuerza, si no da lugar a duda a juicio del Juez (art. 608 del Código Judicial); y como para el Tribunal la confesión de que se trata, en sí misma, no ofrece duda, como no la ofrece a la Corte, la soberanía de aquél en la apreciación de dicha prueba es innegable y debe respetarse.

b)—Que al afirmar los demandantes que el precio real fue distinto del expresado en la escritura, han debido probar eso, y no lo probaron.

La Corte observa:

Lo que sí es extraño, por decir lo menos, es que, al paso que la propia vendedora confiesa que el precio fue realmente de $ 30.000, su apoderado sostenga en la contestación de la demanda, y siga sosteniendo en casación que ese precio fue de $ 20.000. Al examinar la observación precedente, la Corte dió las razones para sostener que aquella confesión sí demuestra el mayor precio, que el Tribunal no desacertó al estimar esa prueba, y, principalmente, su soberanía en esa apreciación no puede desconocerse.

c) Que el Tribunal dejó de apreciar la confesión de Antonio Arboleda (f. 1 v., del cuad. 3º) de que la vendedora no le había asegurado a él «venderle una finca de treinta cuadras o más». El absolvente contestó que era cierto, pero agregando que «el negocio lo hizo Bernardo Arboleda mi hijo». Como es fácil comprender, Antonio se refería a las conversaciones que precedieron al otorgamiento de la escritura, pero lo que fue a ésta, la cláusula final sobre garantía de la extensión superficiaria de 35 a 40 cuadras, no puede discutirse.

Otra circunstancia extraña, por decir lo menos, es la de que el apoderado que contestó la demanda, eludió la respuesta al hecho 5º que versa sobre la estipulación de la cabida. La Corte no puede cohonestar esas actitudes que pugnan con la lealtad que debe presidir los debates judiciales.

Lo expuesto patentiza la falta de fundamento del cargo cuarto y último.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Bernardo Arboleda y otro contra Berta Gómez de Gómez.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U.—Alfonso Márquez Páez. Eduardo Rodríguez Piñeres.— Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE VENTA CON PACTO DE RETROVENTA. — EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. — CONFESION

1º—Se trata de una confesión divisible cuando el demandado reconoce como cierto el hecho de no haber entregado la parte del inmueble que, según el contrato, debía dejar en arrendamiento al demandante, alegando, al mismo tiempo, en su descargo, el hecho de que el arrendatario demandante se negó a recibirla La prueba de este hecho, modificador de la confesión, correspondía a quien lo invocó. No habiendo sido suministrada esa prueba, el hecho objeto de la modificación, es a saber, que el demandado no entregó, debe considerarse probado por confesión.

2º—La prueba del daño causado por el incumplimiento del contrato, incumbe a quien pide el resarcimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.— Bogotá, octubre treinta de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Darío Echandía)

Por medio de la escritura 509 de 20 de diciembre de 1944, de la notaría de Charalá, Carlos Saúl y Ciro Enrique Goyeneche convinieron en lo siguiente:

a) Carlos Saúl vendió a Ciro Enrique Goyeneche, con pacto de retroventa, la hacienda denominada Santa Otilia o Insula o Tabacal, en el municipio de Enciso, Santander, por linderos determinados.

b) El precio fue de treinta mil pesos ($ 30.000.00) pagaderos así: veinte mil en tres letras y un pagaré, y los diez mil (10.000) restantes, que representan el precio del arrendamiento de la misma finca vendida, y que, a título de arrendatario debía conservar el vendedor, junto con el resto de la finca de Santa Otilia, que pertenece al comprador y que éste le dió así en arrendamiento al vendedor. Resulta, pues que aproximadamente una tercera parte de la finca Santa Otilia fue lo vendido por Carlos Saúl y conservado por él a título de arrendatario; y las dos terceras partes restantes, es lo dado, además, en arrendamiento, por Ciro Enrique Goyeneche a su hermano.

c) Las demás cláusulas de este contrato fueron las siguientes:

«3ª—El vendedor Carlos Saúl Goyeneche se compromete a cuidar y defender las aguas de la hacienda vendida, iniciando a su costa toda clase de acciones judiciales con tal fin y manteniendo en perfecto estado los cauces de irrigación. Así mismo se compromete a terminar la piscina y la casita en construcción que está a orillas de la carretera frente al portón del trapiche de los Oteros y se compromete a no subarrendar la finca sino con permiso expreso del comprador, por lo menos en el primer año de arrendamiento, siendo de su cargo la cancelación de la hipoteca o anticresis a favor de Ramón Hernández Lizarazo, lo que hará inmediatamente a fin de entregar la finca saneada. También se compromete a entregar la finca al vencimiento de los plazos estipulados en el mismo estado de cultivos en que la recibe y a responder de los perjuicios que el incumplimiento de este contrato ocasionare.

«4ª—Los contratantes al convenir amigablemente en los términos de este contrato, se comprometen a pagarle al partidor sus honorarios transigiendo con éste el precio de acuerdo con el trabajo ejecutado y elevando ante el juzgado del circuito el memorial correspondiente, retirando el juicio de partición sin que el demandante pueda cobrar ninguna clase de gastos en relación con el juicio al demandado.

«5ª—En caso de que el doctor Carlos Saúl Goyeneche haga uso del pacto de retroventa, se compromete a reconocerle al doctor Ciro E. Goyeneche un diez y seis por ciento anual de los dineros que haya recibido computándoles desde las fechas en que los vaya recibiendo, ya sea en dinero, ya en frutos provenientes de arrendamientos.

«6ª—El doctor Ciro Enrique Goyeneche Otero se compromete a construírle el trapiche a la finca comprada y dejada en arrendamiento a más tardar en el lapso de un año a partir de mil novecientos cuarenta y seis, primero de enero, y a hacer entrega de las fincas dadas en arrendamiento en las fechas ya dichas.

«7ª—Al hacer efectivo el pacto de retroventa el doctor Carlos Saúl Goyeneche pagará las mejoras que Ciro Enrique Goyeneche haya hecho en la finca materia de este contrato».

En noviembre de 1948, el abogado Carlos Saúl Goyeneche, demandó al abogado Ciro Enrique Goyeneche, para que se decrete la resolución de este contrato con indemnización de perjuicios, por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el demandado. Las obligaciones que el demandante afirma haber sido incumplidas son las siguientes:

a) la de entregarle las dos terceras partes de la finca que le dió en arrendamiento;

b) la de construír el trapiche a que se refiere la cláusula sexta.

c) la de entregarle una parte de la misma finca vendida, pues, dentro de los linderos que en el contrato se fijaron como de la propiedad del vendedor Carlos Saúl Goyeneche, equivalente a una tercera parte de la finca **Santa Otilia**, hay, según lo afirma el demandante, una parte que no estaba en poder del vendedor sino del comprador Ciro Enrique Goyeneche.

El demandado se opuso a las declaraciones pedidas y demandó en reconvención a Carlos Saúl Goyeneche para que se hagan las siguientes:

»1°—Que el lindero sur determinado en la escritura Nº 509 de fecha 20 de diciembre de 1944 de la notaría de Charalá, invade el lote que me fue adjudicado en la división material de **La Insula o Tabacal** como equivalente a mis dos terceras partes.

«2º—Que mi demandante Carlos Saúl Goyeneche sólo tenía derecho a vender su lote o tercera parte por los linderos que demarca su correspondiente hijuela de adjudicación en la misma partición, y de consiguiente el lindero sur de este lote no es otro sino el siguiente: 'por el sur, partiendo del pie u occidente de la finca, del punto marcado en el plano con el número 3, sobre la carretera a Enciso, en dirección Este en una longitud de 125 metros hasta dar al punto 4A del plano y que está situado sobre un camino interno de la finca; se sigue luego este camino hacia el norte hasta dar al punto '2bis' del plano, o sea hasta la confluencia de este camino con el que viene de la entrada a la casa de la Hacienda, todo este camino arriba hacia el oriente hasta dar al punto 16 del plano y de aquí vuelve al norte en línea recta y en una longitud de 140 metros hasta el punto 'C2' del plano, de aquí sigue hacia el oriente en una longitud de 140 metros hasta el punto 'C2' del plano, de aquí sigue hacia el oriente en una longitud de 180 metros y en línea recta hasta encontrar el punto 'B' de aquí se tuerce hacia el sur en línea recta y en una extensión de 120 metros hasta dar al punto 'E' que está sobre el camino antes dicho, y por este camino arriba hasta dar a la carretera de Carcasí donde la cruza una cañadita y por esta cañada arriba hasta encontrar el camino que de Enciso conduce a San Miguel.

"3º—Que, en consecuencia, la zona de terreno comprendida entre este lindero sur y el sur determinado en la escritura Nº 509 por la cual me vendió su derecho, es de mi exclusiva propiedad y me pertenece desde antes de la escritura, pues el lindero que mi hijuela de adjudicación demarca o sea el norte, coincide con el sur de la hijuela de adjudicación de Carlos Saúl.

"4º—Que el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 509 no tiene efecto alguno en relación con la zona a que hago alusión en el punto anterior, porque la compra de cosa propia no vale según el art. 1872 del C. C.

"5º—Que el precio de esta zona, que estimo en veinte mil pesos o en lo que determinen peritos, disminuye en igual cantidad el precio de la compraventa.

"6º—Que el arrendamiento de la finca que le compré y que según la cláusula 2ª de la escritura N° 509 la recibió en arrendamiento, vale en los cuatro años la suma de diez mil pesos o lo que fijen peritos.

"7º—Que el precio de la compraventa, descontando el valor de la zona de mi propiedad, es el de treinta mil pesos.

"8º—Que este precio está pagado en la siguiente forma: con veinte mil pesos que confiesa recibidos, más los arrendamientos en cuatro años de la finca comprada y de la cual quedó recibido al tenor de la cláusula 2ª de la escritura Nº 509 —con los mil árboles frutales que me vendió y que no existían así como con unos fondos y demás accesorios que no me entregó y que estimo en cuatro mil pesos— con el valor de la casa que se comprometió a construír frente al trapiche de los Oteros y que no existe y que estimo en cua-

tro mil pesos fuera de las acciones judiciales para rescatar las aguas y la limpieza de los cauces de irrigación que se determinaron oportunamente, haciendo la estimación de los arrendamientos de la tercera parte que le compré y ha estado usufructuando en la cantidad de diez mil pesos, todo lo cual da un total de treinta y ocho mil pesos, con lo cual queda pago en exceso el precio de la compraventa.

"9º—Que se condene a mi demandante a devolverme las cantidades que excedan de la disminución del precio de la compraventa, por la zona que como de mi propiedad me incluyó en la venta y las demás provenientes de las obligaciones que dejó de cumplir.

"10º—Que se condene al demandante a pagarme los perjuicios a que se comprometió en la cláusula 3ª de la escritura 509 por su incumplimiento y que estimo en la cantidad de cuarenta mil pesos o en lo que determinen peritos.

"11º—Que, en el caso improbable de que se declare resuelto el contrato, se decrete en mi favor el derecho de retención de la finca comprada hasta el pago total de lo que me salga a deber y de los daños y perjuicios a que sea condenado.

"12º—Que se condene al actor a pagarme las costas en caso de que se oponga a esta demanda de reconvención".

La demanda de reconvención se apoya en que Carlos Saúl Goyeneche vendió al demandante, por la escritura 509 citada, una parte de la finca que era del comprador Ciro Enrique Goyeneche, pues en dicho contrato fue alterado el lindero sur del lote perteneciente al vendedor, para comprender, dentro de los linderos de la venta, una parte de lo que en la partición judicial de la finca Santa Otilia o La Insula o Tabacal correspondió a Ciro E. Goyeneche.

Carlos Saúl Goyeneche se opuso a la demanda de reconvención y el juez del circuito de Charalá falló el pleito absolviendo a ambas partes de los cargos que recíprocamente se formularon.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, dictó sentencia de segunda instancia en los siguientes términos:

"1º—Declárase probada la excepción de contrato no cumplido, y como consecuencia, no se accede a decretar las peticiones de la demanda propuesta por el doctor Carlos Saúl Goyeneche O., contra el doctor Ciro Enrique Goyeneche O.

"2º—Absuélvese al doctor Carlos Saúl Goyeneche O., de todos los cargos formulados en la demanda de reconvención que le propuso el doctor Ciro Enrique Goyeneche O.

"3º—Sin costas en ninguna de las instancias".

Ambas partes se alzaron contra esta sentencia en casación y agotada la tramitación del recurso, la Corte va a fallarlo, fundada en las consideraciones que siguen:

Se estudiarán por separado los cargos hechos por cada uno de los recurrentes a la sentencia objeto del recurso.

Cargos que se refieren a la demanda principal

Carlos Saúl Goyeneche ejercita la acción resolutoria del contrato que consta en la escritura 509 citada. El demandado Ciro Enrique Goyeneche opone a esa acción, la excepción de contrato no cumplido. El pleito se refiere, pues, a la aplicación de los artículos 1546 y 1609 del C. C.

El tribunal declaró probada la excepción, fundándose en estos razonamientos:

"El doctor Carlos Saúl no cumplió con la obligación que contrajo en la cláusula cuarta del contrato contenido en la escritura 509, cual era la de desistir del juicio de partición que estaba en curso cuando se celebró el contrato. Es verdad que al folio 52v., del c. de p. de C. S., de la 2ª inst., obra la copia del memorial elevado por el apoderado del doctor Carlos Saúl al juzgado civil del circuito de Málaga en el cual desistía del juicio de partición material, pero también es verdad que ese memorial de desistimiento fue presentado el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, es decir, cuando ya estaba terminado el juicio divisorio. Se repite, pues, que el doctor Carlos Saúl no cumplió con la obligación de desistir del juicio de partición. Aunque también es notorio que el doctor Ciro Enrique tampoco cumplió con esa obligación.

"... ... ...

El recurrente Carlos Saúl Goyeneche ataca estas consideraciones del tribunal, que determinaron la decisión de instancia, como violatorias de los artículos 1546 y 1609 del C. C., en los siguientes términos:

«La obligación de desistir o retirar el juicio no necesitaba tiempo especial para efectuarla por lo cual no opera en el caso presente el numeral 2º del art. 1608 del C. C., y por ende no hay prueba de que el deudor hubiera quedado en mora de cumplir con la obligación aludida.

«Y si el deudor Carlos Saúl Goyeneche no fue constituído en mora para el cumplimiento de la obligación de retirar el expediente; y si por otro lado dicha obligación tenía que cumplirse igualmente por Ciro E., lo cual éste no realizó de manera que mi representado sólo no era lógico que lo hiciera por las costas, entonces no opera la excepción de contrato no cumplido que reconoció el Tribunal pues para que ella tenga existencia es menester que el deudor se halle en mora porque tal remedio tiende precisamente a purgar la mora recíproca».

Dos razones alega el recurrente para sostener que, al aceptar la excepción de contrato no cumplido, el tribunal infringió las citadas normas sustantivas:

a) que la obligación de desistir del juicio debía cumplirse por ambos contratantes y no solamente por Carlos Saúl Goyeneche; y b) que Carlos Saúl Goyeneche no fue reconvenido judicialmente para cumplirla.

Es verdad que en el texto de la cláusula cuarta del contrato se expresa que «los contrantes», es decir, que **ambos contratantes** y no sólo Carlos Saúl Goyeneche, se comprometen a «retirar el juicio de partición». Ahora bien: requiriéndose, por esta expresa estipulación, para que pudiera exigirse a Carlos Saúl Goyeneche el cumplimiento de la obligación de retirar el juicio, entendida como desistir de él, el concurso del otro contratante, es evidente que, sin ese concurso, no podía cumplir Carlos Saúl esa obligación como fue estipulada. Y si tal obligación no pudo cumplirse antes de la terminación del juicio, no puede considerarse que el demandante de la resolución, Carlos Saúl Goyeneche, estuviera en mora de cumplirla. Y, por consiguiente, mal podía tener fundamento en esa obligación la excepción **non adimpleti contractus** que el tribunal reconoció como fundada. En otros términos, la prestación consistente en retirar el juicio, o dígase desistir de él. no fue estipulada a cargo de Carlos Saúl Goyeneche, sino a cargo de éste y de Ciro Enrique Goyeneche, de consuno; por tanto, Ciro Enrique no puede pretender que Carlos Saúl la incumplió mientras no demuestre que él, por su parte, estuvo listo a cumplirla y que Carlos Saúl se negó a ello.

Pero tal demostración no aparece en el juicio, antes, al contrario, el tribunal declara que Ciro Enrique tampoco cumplió esa obligación, por lo cual es forzoso reconocer como fundado este cargo, en cuanto consiste en que el sentenciador no podía aceptar que Carlos Saúl la había incumplido cuando, según el mismo tribunal, la dicha obligación fue estipulada a cargo de ambos contratantes y Ciro Enrique tampoco la cumplió.

Queda, de esta manera, sin base, la excepción de contrato no cumplido en que se fundó el fallo, ya que tal excepción, reconocida por el tribunal, sólo se refiere al incumplimiento de la obligación de **retirar** el juicio. Lo cual basta para que la sentencia deba ser casada.

Fallo de instancia

La acción ejercitada requiere, para prosperar, no sólo que el demandado haya incumplido las obligaciones contractuales a su cargo ,sino también que el demandante haya cumplido, por su parte, las suyas.

Según el contrato constante en la citada escritura 509, el vendedor Carlos Saúl Goyeneche, demandante de la resolución, no estaba obligado a entregar inmediatamente el inmueble vendido; antes al contrario, habiéndose pactado que dicho contratante conservaría la tenencia de ese inmueble, por cuatro años, a título de arrendatario, resulta por demás claro que era el comprador quien tenía la obligación de entregar la parte de la hacienda «Santa Otilia» que, junto con la que fue objeto de la venta, debía ser materia de dicho arrendamiento, y en efecto, esa obligación aparece expresamente pactada a cargo de Ciro Enrique, y a partir de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

Al responder el hecho señalado con la letra d) de los fundamentales de la demanda expresó lo siguiente el demandado:

«No es cierto que yo no le entregara mis dos terceras partes de la finca **Insula** o **Tabacal**, lo que aconteció fue que Carlos Saúl no las quiso recibir porque desde entonces pensaba hacer uso del pacto de retroventa; no habiéndolas recibido tuve que arrendarlas porque yo no podía admi-

nistrarlas directamente por estar establecido muy lejos de ellas».

Esta es claramente una confesión divisible en que el demandado reconoce como cierto el hecho de no haber entregado la parte del inmueble que, según el contrato, debía dejar en arrendamiento al demandante, alegando, al mismo tiempo, en su descargo, el hecho de que el arrendatario demandante se negó a recibirla. La prueba de este hecho, modificador de la confesión, correspondía a quien lo invocó. No habiendo sido suministrada esa prueba, el hecho objeto de la modificación, es a saber, que el demandado no entregó (art. 609 del C. J.), debe considerarse probado por confesión.

También confesó el demandado, al contestar los hechos c) y e) de los fundamentales de la demanda, nó haber cumplido la obligación, estipulada en la cláusula sexta del contrato, de construír un trapiche. Para justificarse alega que el demandante tampoco cumplió las de su cargo.

Cuáles son, pues, estas obligaciones que, según el demandado, incumplió su contraparte? Al contestar el hecho g) de los fundamentales de la demanda dice:

«No es cierto. Quien dejó de entregarme mil árboles frutales, construírme una casa frente al trapiche de los Oteros, rescatarme las aguas y entregarme otros accesorios retirando el juicio de partición, fue mi temerario demandante».

En la cláusula primera del contrato, al determinarse el inmueble vendido, se expresó lo siguiente:

«... En esta venta queda comprendida la tercera parte de tres fondos de cobre y un trapiche que está actualmente en poder del señor Ramón Hernández Lizarazo; así mismo quedan comprendidas las mejoras puestas por el doctor Carlos Saúl Goyeneche dentro de la hacienda, consistentes en un huerto de mil árboles frutales, una piscina en construcción, dos casas de dos pisos en construcción, constantes de siete piezas, a las cuales les faltan puertas, pañetes y pisos; un corredor y dos piezas reconstruídas de la casa antigua, un muro de piedra de una extensión aproximada de cincuenta metros que sirve para sostener la casa; una corraleja para cerdos y una casita en construcción sobre la carretera Enciso-Central-Norte. Lo mismo que unos escaños, un banco de carpintería, unas mesas y unas escaleras».

Y en la cláusula tercera del mismo pacto, se estipuló lo que sigue:

«Tercero.—El vendedor Carlos Saúl Goyeneche se compromete a cuidar y defender las aguas de la hacienda vendida, iniciando a su costa toda clase de acciones judiciales con tal fin y manteniendo en perfecto estado los cauces de irrigación. Así mismo se compromete a terminar la piscina y la casita en construcción que está a orillas de la carretera frente al portón del trapiche de los Oteros y se compromete a no subarrendar la finca sino con permiso expreso del comprador, por lo menos en el primer año de arrendamiento, siendo de su cargo la cancelación de la hipoteca o anticresis a favor de Ramón Hernández Lizarazo lo que hará inmediatamente a fin de entregar la finca saneada. También se compromete a entregar la finca al vencimiento de los plazos estipulados en el mismo estado de cultivo en que la recibe y a responder de los perjuicios que el incumplimiento de este contrato ocasionare».

Respecto de estas obligaciones a cargo de Carlos Saúl Goyeneche, se observa lo siguiente:

Las obligaciones de entregar las mejoras, como la casa, la piscina, los árboles frutales, etc., no podían serle exigibles al demandante, dentro de lo estipulado en el contrato, sino al vencerse el plazo de duración del arrendamiento, es decir, cuatro años después de la fecha de la venta. Por consiguiente, el demandado no podía alegar la excepción **inadimpleti contractus** fundándose en que el demandante no cumplió esas estipulaciones, pues la obligación de entregar la finca arrendada debía cumplirla Ciro Enrique Goyeneche previamente.

Respecto de la obligación estipulada en la cláusula tercera a cargo de Carlos Saúl Goyeneche, y que consiste en iniciar, a su costa, toda clase de acciones judiciales con el fin de defender las aguas de la hacienda **vendida**, se observa que, para considerar incumplida esta obligación así estipulada, se necesitaría la prueba de que el obligado Carlos Saúl Goyeneche, se encontró en el caso de defender las aguas y rehusó hacerlo. Esta prueba no aparece en autos, antes bien, el demandante a cuyo cargo se estipuló esta obligación, alega que el demandado se negó a conferirle el poder necesario para ejercitar las acciones judiciales correspondientes y el demandado en posiciones aceptó no haber conferido dicho poder (posiciones absueltas por Ciro Enrique Goyeneche en la primera instancia, respuesta a la pregunta décima-quinta).

La prueba del daño causado por el incumplimiento del contrato, incumbe a quien pide el resarcimiento: en el caso de este pleito al deman-

dante Carlos Saúl Goyeneche. Para demostrarlo se practicó la inspección ocular, con intervención de peritos, verificada en mayo de 1951, sobre la finca objeto del litigio. La finalidad era comprobar cuál fue la disminución patrimonial sufrida por Carlos Saúl Goyeneche, por resultas del incumplimiento por parte de Ciro Enrique, de la obligación de entregarle para gozar de ellas en arrendamiento, las dos terceras partes del inmueble «La Insula», por los linderos determinados en el instrumento del contrato, esto es, en la escritura 509 de 20 de diciembre de 1944, de la notaría de Charalá.

El avalúo pericial versó sobre el producido líquido de la finca. En ese dictamen se anotan las siguientes deficiencias:

1ª Los daños que deben avaluarse son los causados por la no entrega de la parte de la finca que estaba en poder de Ciro E. Goyeneche; sin embargo, en el avalúo no se hizo la discriminación debida entre las dos porciones; la del demandante y la del demandado. De esa manera el experticio no suministra una base segura para determinar los perjuicios a que debe ser condenada la parte que incumplió el contrato.

En efecto, bajo el ordinal g) del interrogatorio sometido a los peritos (cuaderno de pruebas de Carlos Saúl Goyeneche en la segunda instancia, folios 49 y 76 y siguientes) se propuso al examen de los expertos la siguiente cuestión:

«g)—Que los peritos avalúen cuánto ha podido virtualmente la hacienda **La Insula o Tabacal** del municipio de Enciso, producir en el lapso comprendido entre el primero de enero de 1946 y diciembre de 1948, primeramente en el supuesto de que Ciro Enrique Goyeneche hubiera construído el trapiche, de acuerdo con lo pactado en la escritura y en consecuencia se hubiera podido cultivar de caña de azúcar en extensión de sesenta fanegadas irrigables, como lo reza el plano, y el resto, o sean ciento sesenta fanegadas cultivándolas de tabaco, con sus dos cosechas anuales; y segundo, sin haber construído el trapiche y haber sido sembradas las 215 fanegadas de tabaco». A lo cual contestaron los peritos:

«**Punto G.**—En el supuesto de que se hubieran sembrado de caña de azúcar las sesenta fanegadas irrigables de la finca denominada **Insula o Tabacal**, conceptuamos que del primero de enero de 1946 a diciembre de 1948, o sean tres años, hubiera podido producir la suma **líquida de cuarenta y tres mil doscientos pesos** ($ 43.200). Basamos este concepto en los siguientes cálculos: una fanegada sembrada de caña en ese terreno que es de primera clase, produce treinta cargas de panela en un lapso de diez y siete meses que es el ciclo de la caña en ese clima; de tal manera que en los tres años a que se contrae el punto de que se trata, sólo son aprovechables dos cortes, de donde resulta que la fanegada produciría sesenta cargas en tales tres años; y como son sesenta fanegadas, el producido en los tres años de todas ellas sería de **tres mil seiscientas cargas** (3.600); en esa época la carga de panela tenía un precio de veinte pesos ($ 20.00) y el costo de producción de esa carga era más o menos de ocho pesos ($ 8.00) en esos años; lo que quiere decir que cada carga dejaba una utilidad líquida de doce pesos ($ 12.00); y como son tres mil seiscientas cargas, su producido líquido es el que resulta de multiplicar estas dos cantidades, o sea la suma **de cuarenta y tres mil doscientos pesos** ($ 43.200.-00). Esto en el supuesto de que la finca tuviera trapiche propio para moler sus cañas, pues de lo contrario el costo de producción de cada carga de panela se aumentaría con el alquiler del trapiche, que para esa época lo calculamos en cinco pesos ($ 5.00), ya que actualmente vale de ocho a diez pesos; de suerte que sin trapiche propio el producto líquido de cada carga sería de siete pesos; y de tres mil seiscientas sería de **veinticinco mil doscientos pesos** ($ 25.200.00).

«Ahora, las ciento sesenta fanegadas, de que trata este mismo punto G., cultivadas de tabaco y durante el lapso de tres años comprendidos del primero de enero de 1946 a diciembre de 1948 en nuestro concepto hubiera producido la suma de **ciento cincuenta y tres mil quinientos noventa y siete pesos con sesenta centavos** ($ 153.597-60) para lo cual nos fundamos en las siguientes bases: en una fanegada caben de ocho a diez mil matas; y para obtener una carga de tabaco se necesitan de mil a mil doscientas matas. Para nuestros cálculos partimos de la base de que a una fanegada solamente le quepan ocho mil matas y que la carga de tabaco se obtenga de mil doscientas matas. Para esos años el precio promedio de la carga de tabaco era de $ 80.00 $ 90.00; nosotros partimos de la base de que solamente fuera de $ 80.00. Entonces tenemos que 1.200 matas valían $ 80.00, y ocho mil matas, es decir **una fanegada**, vale lo que resulta de multiplicar a 8.000 por ochenta y dividirlo por 1.200, lo que da un resultado de $ 533.33, que es el producido bruto de **una fanegada**. Calculamos que el costo de producción de cada carga, o sea el beneficio de 1.200 matas, en esa época era de un sesenta por ciento

del valor de la carga, y entonces la carga de tabaco que vale $ 80.00, tiene un costo de producción de $ 48.00 y en consecuencia el producido líquido es de $ 32.00; luego el producido líquido de la fanegada es de $ 213.33; pero como son 160 fanegadas, entonces el producido líquido de ellas es de $ 34.132-80 por cada cosecha principal o de año, pues el tabaco da dos cosechas anuales: una principal o de año que es a la que nos estamos refiriendo, y otra de atraviesa o de mitaca. De suerte que tenemos que las 160 fanegadas en cada cosecha principal o de año producen $ 34.132-80; luego en los tres años de que se trata, esa cosecha principal debiera producir $ 102.398-40.

«La cosecha de atraviesa, por regla general es inferior a la de año o cosecha principal en un cuarenta o cincuenta por ciento, aunque ha habido años, el 49 por ejemplo, en que se produce el fenómeno contrario. Así que vamos a suponer para los tres años de que se trata, que la atraviesa sólo produjera el 50% de la cosecha de año, y como los gastos o costo de producción son iguales en una y otra, entonces el producido será la mitad de lo que produjeron las 160 fanegadas en las tres cosechas principales, lo que vale decir que el producido de mitaca en el mismo tiempo debió ser $ 51.199-20; luego el producido total de las 160 fanegadas en los tres años debió ser de $ 153.-597-20, así:

«Producido en las tres cosechas principales o de año	$	102.398-40
«Producido en las tres cosechas de atraviesa		51.199-20
Suma	$	153.597-60

«En cuanto al segundo supuesto contemplado en el punto G., es decir, sin haber construído el trapiche y haber sido sembradas las 215 fanegadas de tabaco (no son 215 fanegadas sino 220) el producido total en los tres años sería de $ 211.-193-40, pues si el producido líquido en el año (ambas cosechas) de una fanegada es de $ 319-99, en tres años esa misma fanegada produce $ 959-97, pero como son 220 fanegadas, su producido es el de $ 211.193-40.

«Aclaramos que este producido lo hemos calculado tal como se contempla en el punto G., es decir, como si todas las 220 fanegadas fueran aptas en su totalidad para la agricultura; pero por la apreciación que hicimos sobre el terreno, conceptuamos que hay al rededor de unas veinticinco fanegadas perfectamente inadecuadas para la agricultura. Siendo esto así, sólo quedan aprovechables para la agricultura 195 fanegadas y entonces el producido total y efectivo, de acuerdo con el cálculo hecho anteriormente sobre el producido líquido de la finca en los tres años es el de la cantidad de $ 187.194-15, conforme a la siguiente demostración:

«Producido líquido por fanegada en cosecha de año	$	213-33
«Producido líquido por fanegada en cosecha de mitaca	$	106-66
«Producido líquido por fanegada y por año	$	319-99
«Producido líquido por fanegada en 3 años		3
Suma	$	959-97
«Producido líquido en tres años por 195 fanegadas		195-
Producido total hecha la operación	$	187.194-15

Como se ve, los peritos parten de la afirmación de que la extensión total de la finca es de doscientas veinte (220) fanegadas; pero no expresan si esa extensión comprende o no el lote perteneciente, según la escritura de contrato, a Carlos Saúl Goyeneche; de acuerdo con el dictamen, veinticinco (25) fanegadas no son aptas para la agricultura, pero no se sabe cómo están distribuídas estas fanegadas entre las dichas dos porciones: los peritos calculan el producido de sesenta fanegadas irrigadas pero tampoco expresan en qué proporción pertenece esa tierra irrigada a cada uno de los dos lotes en que se dividió la finca.

2ª—Los peritos avalúan el producido líquido de una fanegada con el cultivo de la caña de azúcar y el de tabaco. Este producido líquido lo obtienen calculando el número de cargas de panela y de tabaco en rama producidas por cada fanegada y deduciendo de ese producto una suma de dinero por gastos de producción de cada carga. Ahora bien: esta suma no está justificada: es decir, los peritos no dan ninguna razón para fundar su aserto de que el costo de producción de cada carga de panela o de tabaco es de determinada suma de pesos; ni dicen qué factores han computado en

esa apreciación de los gastos por carga; no dan, pues, suficiente razón de su avalúo.

Lo dicho basta para estimar que, si bien está demostrada la existencia de los perjuicios que deben ser liquidados, no hay, sin embargo, en el proceso, elementos bastantes para hacer esa liquidación judicialmente. Debe procederse, en consecuencia, de conformidad con el artículo 553 del C. J.

Demanda de reconvención

En el momento de celebrarse el contrato materia de este juicio, el inmueble sobre que versó era una propiedad **pro indiviso** entre los dos contratantes Carlos Saúl y Ciro Enrique Goyeneche. Las partes están de acuerdo en que una de las finalidades del contrato fue la de hacer convencionalmente la división material de esa comunidad. En efecto, en la escritura se señalaron y determinaron por sus linderos las dos porciones materiales correspondientes a cada uno de los comuneros. Pero Ciro Enrique Goyeneche ha sostenido en este juicio que la porción que en esa división contractual fue asignada a Carlos Saúl, comprende más terreno de aquel que le correspondió en la partición judicial hecha con posterioridad al contrato. Tal es el fundamento de la demanda de reconvención.

Pero debiendo ser resuelto el contrato que consta en la escritura 509, desaparece la finalidad de dicha demanda, y, por tanto, ella debe ser negada.

Como, por efecto de tal resolución, deben retrotraerse las cosas al estado que tenían antes del contrato en todo en cuanto dicho estado fuera modificado por ese pacto, es claro que no subsiste la partición convencional ni tiene materia sobre qué recaer la declaración de que en esa partición se adjudicó o señaló convencionalmente, como de Carlos Saúl Goyeneche, una porción de terreno mayor que la que había de serle adjudicada en la partición judicial. Y caen igualmente por su base las demás peticiones que se fundan en el mismo hecho de la partición contractual resuelta.

Y no puede aceptarse que el contrato de partición fuera nulo por el motivo expresado, ya que a la época de su celebración existía entre los contratantes una propiedad común o indivisa del inmueble y ninguno de ellos podía decirse dueño exclusivo de porción alguna cierta de ese inmueble común. Por tanto, no puede decirse que la venta versara, ni total ni parcialmente, sobre cuerpo cierto de propiedad del comprador, pues el acto fue doble; por una parte, de división del bien común; por otra, de venta de lo que, en virtud de esa división pactada, correspondió a Carlos Saúl Goyeneche. Así, pues, resuelta la división y también la venta, la demanda de reconvención queda sin base y carece de finalidad o de interés jurídico.

En resumen la venta no fue nula porque no recayó sobre cosa que fuera del comprador a la época en que fue celebrada. No hay, por tanto, motivo para hacer ninguna de las declaraciones que, con fundamento en esa pretendida nulidad, pide el demandante en reconvención.

En conclusión, resulta que el contrato materia de este pleito debe ser resuelto por incumplimiento por parte de Ciro Enrique Goyeneche de su obligación de entregar en arrendamiento a Carlos Saúl Goyeneche, la parte de la finca **La Insula** o **Tabacal** que le correspondió a aquél en la partición hecha por la escritura 509..

Además, Ciro Enrique Goyeneche debe pagar al demandante los perjuicios que le causara por no haberle entregado en arrendamiento, por tres años contados a partir de enero de mil novecientos cuarenta y seis la parte de la finca **La Insula** o **Tabacal** o **Santa Otilia** que correspondió al nombrado Ciro Enrique Goyeneche, en la partición pactada conforme a dicha escritura. Estos perjuicios deben avaluarse por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., y computando en ellos la utilidad que hubiera derivado Carlos Saúl Goyeneche de haber dispuesto, para la explotación de la finca, del trapiche a que se refiere la cláusula sexta del contrato.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, dictada en este juicio el veinticinco (25) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952), y objeto de este recurso, y en su lugar

Resuelve:

1º—Declárase no probada la excepción de contrato no cumplido opuesta por Ciro Enrique Goyeneche;

2º—Declárase resuelto el contrato celebrado entre Carlos Saúl Goyeneche y Ciro Enrique Goyeneche, vecinos el primero de Bogotá y el segundo de Charalá, mediante la escritura pública

número 509 de la notaría de Charalá, otorgada con fecha veinte (20) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

3º—Condénase a Ciro Enrique Goyeneche a pagar a Carlos Saúl Goyeneche los perjuicios que le causó por no haber cumplido su obligación de entregarle en arrendamiento, por el término de tres (3) años, contados a partir del mes de enero de mil novecientos cuarenta y seis (1946) la parte de la finca denominada "Santa Otilia" o «Insula» o "Tabacal", que al nombrado Ciro Enrique Goyeneche correspondió en virtud de la división convencional pactada en la escritura pública citada en el ordinal primero de esta sentencia.

4º—La liquidación de los perjuicios a que se refiere el ordinal anterior se hará de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., y de conformidad con las bases indicadas en la parte motiva de este fallo.

5º—Carlos Saúl Goyeneche pagará a Ciro Enrique Goyeneche la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente, recibidos a cuenta del precio de venta estipulado en la misma escritura, dentro de las veinticuatro (24) horas contadas a partir de la ejecutoria del auto que apruebe la liquidación de perjuicios a que se refiere el ordinal cuarto (4º) de la parte resolutiva de esta sentencia.

6º—Se niegan las demás peticiones de la demanda principal.

7º—Se niegan las peticiones de la demanda de reconvención.

8º—No se hace condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Darío Echandía.— Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

ABUSO DE AUTORIDAD

Los hechos previstos y sancionados por la disposición del artículo 172 del Código Penal, son diferentes en su ejecución. La omisión es la falta de cumplimiento de los deberes legales que se traduce en hechos negativos que impiden la ejecución de actos a los cuales el funcionario público está obligado y el omitir o dejar de hacerlos o ejecutarlos, le acarrea responsabilidad. El rehusar conlleva la facultad de no querer hacer una cosa que puede traducirse en la obstinación o rebeldía del funcionario para hacer o ejecutar un acto propio de sus funciones, y el retardar, es el hecho de diferir, aplazar o suspender la ejecución de actos legales que por mandato de la ley deben realizarse. Estos hechos en su realización y cumplimiento están condicionados a términos que la ley fija para que se dicten o cumplan las providencias judiciales o administrativas y la violación de la ley conlleva responsabilidad para el funcionario que omite, retarda o rehusa el cumplimiento de sus deberes legales.

Pero no toda demora proveniente de los hechos consagrados por la ley como delitos son imputables a su autor, pues el abuso de autoridad sólo tiene entidad delictual cuando el acto se produce voluntariamente o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que la ley impone. Es la intención y la voluntad con poderes suficientes para hacer nugatorios los mandatos de la ley los que en un momento dado configuran los delitos señalados por el artículo 172 del Código Penal.

El delito por demoras no tiene entidad jurídica cuando a ello se oponen factores de orden material. Lo imposible de realizar no puede ser objeto de sanción por el simple hecho de que la ley fije un término; es la conducta omisiva o ilegal lo que el Derecho Penal sanciona como delito. Si el Juez o Magistrado falla la mayoría de los negocios dentro de los términos que la ley fija, la omisión o retardos causados en alguno de ellos no le es imputable, cuando su conducta no es negligente, morosa o ilegal, es decir, no hay delito.

Tampoco puede afirmarse la existencia de un delito cuando las demoras no le son imputables o cuando el funcionario ajustó su conducta a las normas que rigen la tramitación de los procesos penales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En memorial de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, el señor Eduardo Zambrano Carbonell presentó denuncia criminal contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, señores doctores **José Francisco Angulo, Luis Alberto Revolledo y Arnaldo Donado,** por los delitos de abuso de autoridad y prevaricato, consistentes en los siguientes hechos:

a)—Haber incurrido en demoras en la tramitación del recurso de apelación del auto de proceder que por el delito de homicidio dictó el Juez Primero Superior de Barranquilla contra el denunciante y la señora Clara Zambrano de Laforie, delito cometido en la persona de la esposa del denunciante Adela Sánchez de Zambrano; y,

b)—Haber incurrido en demoras en la decisión de los recursos de apelación interpuestos por Zambrano, en el proceso adelantado contra el denunciante por un delito contra los funcionarios públicos, y haber incurrido en un retardo injustificable de diez meses en la revisión de la consulta de la sentencia sobre cesación del procedi-

miento dictado en dicho negocio, y en el de haber revocado dicha providencia por satisfacer una venganza.

«La Honorable Corte —dice el denunciante— se dirigió en el mes de diciembre de 1948 al Juez 5º Superior de Medellín y al Juez 2º del Circuito en lo Penal de esta ciudad pidiéndoles algunas copias para establecer la conducta irregular de los Magistrados denunciados y como este proceso se hallaba inactivo en poder del H. Magistrado ponente doctor Arnaldo Donado le llegó a dicho Magistrado la solicitud formulada por la H. Corte y antes de despachar la comisión solicitada decidió dictar una providencia revocando la sentencia del Juez Segundo del Circuito y ordenando seguir causa procesal contra el suscrito por un delito que no existe y había sido fallado en derecho por un funcionario competente. Aquí se configura el delito de prevaricato por venganza contra el suscrito por haber denunciado ante la H. Corte al Magistrado ponente, por haber mantenido durante diez meses el negocio paralizado y sólo hubo de movilizarlo cuando sirvió de arma para ejercer venganza vil y rastrera...".

Investigación

A la investigación se allegaron copias de las providencias dictadas en los procesos seguidos ante las autoridades judiciales por los delitos contra los funcionarios públicos, y por el homicidio cometido en la persona de Adela Sánchez de Zambrano, esposa del denunciante.

Se practicó una inspección ocular sobre el negocio por un delito contra los funcionarios públicos y se recibió declaración indagatoria a los sindicados por tales delitos.

Se acreditó la calidad de funcionarios públicos como Magistrados del Tribunal a los doctores Donado y Angulo, con los Acuerdos de nombramiento y las correspondientes actas de posesión, y se allegó la partida de defunción del doctor Luis Alberto Revolledo.

Concepto del Procurador

En referencia al primero de los delitos, demoras ocurridas en la tramitación del auto de proceder dictado en contra de Zambrano por un delito de homicidio, afirma la existencia de algunas irregularidades que probablemente constituirían demoras en la tramitación del negocio, "pero ahora estima la Procuraduría que es innecesario extenderse en mayores consideraciones sobre la responsabilidad en que dicho funcionario hubiera podido incurrir por tal hecho, una vez que la acción penal con respecto a él se halla extinguida".

En relación a las demoras ocurridas en el proceso por un delito contra los funcionarios públicos, se registran las siguientes irregularidades: en la apelación del auto de detención se anota una demora de catorce meses y medio, pero el negocio como el anterior permaneció en el Despacho del doctor Revolledo la mayor parte de ese tiempo, siendo imputable únicamente al doctor Donado la demora de dos meses y medio, desde la fecha en que se hizo el reparto extraordinario de los negocios seguidos en el Tribunal, pues la apelación fue resuelta el trece de octubre del año de mil novecientos cuarenta y siete.

En la apelación del auto de proceder (delito contra los funcionarios públicos) el negocio correspondió al doctor Revolledo y posteriormente fue repartido al doctor Donado; se anota una demora de tres meses imputable al doctor Revolledo, y al doctor Donado la correspondiente del nueve de julio de mil novecientos cuarenta y siete hasta el siete de octubre del mismo año.

La demora ocurrida en la tramitación y resolución de la consulta de la sentencia dictada de acuerdo con el Artículo 153, si es verdad que transcurrió un lapso de diez meses, ello se debió a los diversos incidentes que surgieron en dicha tramitación como son la recusación propuesta por el apoderado del sindicado contra uno de los Magistrados, por lo cual el negocio permaneció en suspenso hasta que se resolviera por la Corte la recusación propuesta por el Magistrado doctor Angulo, y la dificultad para reunir la Sala en la cual debía actuar el Con-Juez doctor Carlos H. Escudero.

El último cargo —delito de prevaricato— revocatoria de la sentencia dictada por el Juzgado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, para satisfacer una venganza —según dice el denunciante— no está probado. El Tribunal confirmó el auto de llamamiento a juicio y no habiéndose modificado dicha situación, era lógico que el Tribunal revocara, pero no por un sentido de venganza, sino por la norma de un criterio definido y consecuente con lo que había expresado en su auto de trece de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

En síntesis, el pensamiento de la Procuraduría puede resumirse así:

Los cargos materia de la presente investigación no son suficientes para dictar auto de llamamiento a juicio, porque aún en el supuesto de que estuvieran probados, ellos se hallan prescritos.

Se considera:

Una de las formas de extinción de la acción penal es la muerte del procesado cuya consecuencia es la inaplicabilidad de la ley penal y la cesación de todo procedimiento por carencia de sujetos sobre el cual debe recaer la correspondiente sanción. Si tanto el fenómeno jurídico de la imputabilidad como el de la condena son personales, es natural que muerto el sujeto activo de la infracción, la acción o la condena se extinguen por desaparecer una de las partes del proceso penal y el Estado, por conducto de los funcionarios de la Rama Jurisdicional, no puede hacer efectiva la acción ni los resultados del juicio por carencia del sujeto, pues la muerte del sindicado o procesado extingue la acción penal.

El doctor Luis Alberto Revolledo falleció en la ciudad de Barranquilla el día doce del mes de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, hecho que se halla plenamente acreditado con la partida de defunción expedida por el Notario Segundo del Circuito de Barranquilla (folios 41), por consiguiente, debe declararse extinguida la acción penal, por haberse cumplido la formalidad prescrita del artículo 100 del Código Penal, en su inciso 1º o sea, la muerte de la persona sindicada.

Los hechos previstos y sancionados por la disposición del artículo 172 del Código Penal, son diferentes en su ejecución. La omisión es la falta de cumplimiento de los deberes legales que se traduce en hechos negativos que impiden la ejecución de actos a los cuales el funcionario público está obligado y el omitir o dejar de hacerlos o ejecutarlos, le acarrea responsabilidad. El rehusar, conlleva la facultad de no querer hacer una cosa que puede traducirse en la obstinación o rebeldía del funcionario para hacer o ejecutar un acto propio de sus funciones, y el retardar, es el hecho de diferir, aplazar o suspender la ejecución de actos legales que por mandato de la ley deben realizarse. Estos hechos en su realización y cumplimiento están condicionados a términos que la ley fija para que se dicten o cumplan las providencias judiciales o administrativas y la violación de la ley conlleva responsabilidad para el funcionario que omite, retarda o rehusa el cumplimiento de sus deberes legales.

Pero no toda demora proveniente de los hechos consagrados por la ley como delitos son imputables a su autor, pues el abuso de autoridad sólo tiene entidad delictual cuando el acto se produce voluntariamente o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que la ley impone. Es la intención y la voluntad con poderes suficientes para hacer nugatorios los mandatos de la ley los que en un momento dado configuran los delitos señalados por el artículo 172 del Código Penal.

El delito por demoras no tiene entidad jurídica cuando a ello se oponen factores de orden material. Lo imposible de realizar no puede ser objeto de sanción por el simple hecho de que la ley fije un término; es la conducta omisiva o ilegal lo que el Derecho Penal sanciona como delito. Si el Juez o Magistrado falla la mayoría de los negocios dentro de los términos que la ley fija, la omisión o retardos causados en alguno de ellos no le es imputable, cuando su conducta no es negligente, morosa o ilegal, es decir, no hay delito. Tampoco puede afirmarse la existencia de un delito cuando las demoras no le son imputables o cuando el funcionario ajustó su conducta a las normas que rigen la tramitación de los procesos penales.

Así, pues, el delito de abuso de autoridad imputable al Magistrado doctor Donado no se halla estructurado, ni por omitir ni por retardar o rehusar la ejecución de un acto al cual legalmente estaba obligado.

Las demoras provenientes de un recargo o exceso de negocios que hacen materialmente imposible su tramitación dentro de los términos legales, no son imputables a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, cuando ellas —las demoras— no se producen voluntariamente o por negligencia o descuido del funcionario en el cumplimiento de sus deberes.

En cuanto al delito de prevaricato por el cual se acusa a los Magistrados, cabe observar que no se halla demostrado. La simple afirmación que hace el denunciante sin comprobación alguna, descarta la posibilidad de su existencia frente a la ley. No está comprobado que los Magistrados acusados en el ejercicio de sus funciones hubieran dictado providencia o resolución contrarios a la ley, por móviles de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, a sabiendas de ser contrarias a los mandatos legales aplicables a los problemas jurídicos sometidos a su decisión.

"En el caso de autos —dice la Procuraduría—, el doctor Donado presenta como excusa de las demoras el crecido número de negocios que le correspondieron en el reparto. "Me tocó —dice— una gran cantidad de negocios que por su importancia y volumen era físicamente imposible despachar dentro de los términos precisos que establece la ley". Y estos descargos se hallan corroborados en la diligencia de inspección ocular visible a folios 262 y 266 del informativo".

"De otra parte, desde la fecha que se cesaron esas demoras, han transcurrido más de cinco años, tiempo suficiente para que opere la prescripción de la acción penal conforme a los artículos 105 y 172 del Código Penal".

"Por lo visto, es el caso de ordenar la cesación del procedimiento contra los doctores José Francisco Angulo y Arnaldo Donado, por no haber cometido los delitos que les imputó el denunciante; y ordenar, así mismo, que cese el procedimiento contra el doctor Luis Alberto Revolledo, por haber fallecido éste (Art. 153 C. de P. P.)".

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

Resuelve:

a)—Declarar extinguida la acción penal y ordenar cesar el procedimiento en contra del doctor Alberto Revolledo por haber fallecido según consta de la partida de defunción expedida por el Notario Segundo del Circuito de Barranquilla; y

b)—Ordenar cesar todo procedimiento en contra de los doctores José Francisco Angulo y Arnaldo Donado, por no haber cometido los delitos objeto de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty Montenegro. — Jorge E. Gutiérrez Anzola, Conjuez.—Julio E. Argüello, Secretario

LA POSICION DISTINGUIDA DE QUE GOCE EL PROCESADO EN EL LUGAR DONDE SE HA DE VERIFICAR EL JUICIO, NO BASTA POR SI SOLA PARA FUNDAR CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El hecho de que el procesado goce de buena posición en los círculos políticos, profesionales, sociales y económicos del lugar donde se adelanta el proceso, no es circunstancia que por sí sola pueda determinar el cambio de radicación; para ello se requiere que aparezca comprobado que dicho ciudadano la ha aprovechado o ha intentado aprovecharla para desviar, en su favor, el criterio de sus jueces, o que en éstos se han presentado signos o manifestaciones contrarios a la recta administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre seis de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

Para el concepto de que trata el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por el doctor Roberto Ordóñez Peralta, apoderado de la parte civil, tendiente a obtener el cambio de radicación del proceso que por estafa se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Ibagué contra Carmen Gaitán, Nicolás González Torres y Sigifredo Vivas Borja.

Dice el peticionario, en lo conducente:

"..2ª La condición social, política y económica de uno de los procesados, especialmente, la del Sr. Dr. NICOLAS GONZALES TORRES, es tan poderosa y absorbente en aquella ciudad, que le quita a los jueces la libertad de decisión que necesariamente debe prevalecer en éllos, para el pronunciamiento de sus fallos.

"3ª El suscrito, en las cortas estadías que he permanecido en Ibagué, he sido objeto de amenazas e insultos por medio de llamadas telefónicas, cuestiones éstas que tratan de coartar el libre ejercicio de mi profesión y aún de poner en peligro mi vida y bien sabe el Gobierno los penosos sucesos que han acaecido en nuestro país a profesionales-abogados en el fiel desempeño de sus mandatos. Pero aún descartando absolutamente esta circunstancia, tenemos la principal y única que debe guiar el criterio del Gobierno, como de la H. Corte Suprema de Justicia, cual es la conservación de la independencia y buen nombre del órgano Jurisdiccional, como la garantía y tutela de los derechos de las partes en defensa de sus propios intereses, mediante la separación de cualquier motivo que se alegue como elemento perturbador en la tramitación de un proceso penal.

"Yo considero que cuando asoma el temor de que la administración de justicia puede ser menguada, no puede negarse a los ciudadanos el pedimento de que ella se administre con plena libertad y rectitud en lugar distinto a aquel en donde las funciones judiciales se hallan subordinadas a una coacción más o menos extraña, ya que la H. Corte debe abundar en garantías, ante el peligro denunciado, para fortalecer con ello la confianza que todos los ciudadanos debemos tener en la probidad e imparcialidad de las decisiones de la justicia colombiana...."

Se acompañan, como prueba de los asertos anteriores, las declaraciones de Ismael Santofimio Trujillo y Mauro Huertas Rengifo, recibidas en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, despacho que certifica sobre la honorabilidad de los deponentes.

El señor Santofimio Trujillo afirma:

"..Desde que yo era un niño conozco al señor doctor Nicolás González Torres. AL PUNTO TERCERO. Me consta que el doctor Nicolás González Torres es persona prestante en esta ciudad e influyente en los círculos profesionales, sociales y económicos. Su padre, el doctor Luis V. González fue Gobernador del Departamento por dos ocasiones; su hermano Francisco González Torres fue Gobernador del Departamento, Alcalde de Ibagué y hoy es Consejero de la Embajada de Colombia en Londres. Me consta que el doctor Nicolás González Torres ha pertenecido a diferentes Juntas Bancarias en esta ciudad; no sé si actualmente pertenezca a alguna de éllas. Entiendo que el capital del doctor Nicolás González Torres pasa de tres millones de pesos. AL PUNTO CUARTO. Creo que los Jueces Penales

no gozarían de la suficiente libertad e independencia para dictar un fallo sereno y justiciero ya que, el doctor Nicolás González Torres no sólo está vinculadc por familia y por su capital a altos círculos de Ibagué, sino que por su misma profesión goza, repito, de poderosísimas influencias que en un momento dado tratarían de entorpecer la labor justiciera de los Jueces...."

Declara el señor Huertas Rengifo:

"....Hace diez años conozco al doctor Nicolás González Torres. AL PUNTO TERCERO: Me consta que el doctor Nicolás González Torres es persona de señalada influencia dentro de la sociedad Tolimense y especialmene de la de Ibagué, conocido ampliamente por su larga trayectoria profesional, pues hace más de veinte años litiga en este Circuito, política por los cargos de representación que han ocupado algunos de sus familiares y económica debido a su crecido capital; como tolimense que soy me consta por tradición que el padre del doctor Nicolás González Torres, General Luis V. González fue Gobernador del Departamento durante varias veces en el régimen anterior a 1930, y personalmente me consta que su hermano, doctor Francisco González Torres fue Alcalde de Ibagué, hace unos dos años y Gobernador del Departamento en fecha más o menos reciente; he oído decir que el doctor Nicolás González Torres pertenece a varias Juntas Bancarias en esta ciudad; también me consta que dicho doctor, tiene un capital que se puede apreciar en más de un millón de pesos, pues, personalmente conozco varias propiedades de él entre ellas la hacienda de Calambeo y unas cuatro propiedades urbanas en esta ciudad de considerable valor; por las anteriores consideraciones, se desprende lógicamente que dicho abogado goza de grandes y poderosas influencias en esta ciudad y en el Tolima en general. AL PUNTO CUARTO. Como ya dije el Dr. Nicolás González Torres es persona connotada, por varios aspectos, en esta ciudad. Creo que no se puede prejuzgar sobre el fuero íntimo de los señores Jueces Penales, en este caso. Pero ocurre que debido a factores que juegan un papel principalísimo sobre la voluntad de las personas, es presumible que los Jueces Penales que conocen del negocio en contra del doctor González Torres, no tengan la suficiente libertad para dar un fallo sereno, alejado de toda interferencia que pueda hacer cargar la balanza de la justicia.."

Obra también en el expediente el telegrama dirigido al Ministerio de Justicia por el Juez Primero Superior de Ibagué (fl. 9), donde se informa que en las diligencias contra Carmen Gaitán y otros se está ejecutoriando la providencia que calificó el fondo del negocio, y que el doctor Roberto Ordóñez Peralta es apoderado de la parte civil.

Considera la Sala:

El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza al Gobierno para disponer que los sindicados o procesados por hechos de competencia de los Jueces Superiores sean juzgados en distrito distinto de aquel en que se cometió el delito, cuando ello se estime conveniente a la recta administración de justicia, luego de averiguar, por los medios que se crean conducentes, los motivos que así lo aconsejen y demanden.

El referido cambio de jurisdicción tiene su fundamento, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte en casos similares, en razones de orden público, consistentes, de una parte, en que la justicia se aplique en forma serena e imparcial y, de otra, en que los derechos de la sociedad y los del acusado se garanticen, por igual, plenamente.

"No podría afirmarse —ha sostenido la Sala— que tales finalidades se hallan debidamente aseguradas allí donde el clima dentro del cual se juzgan los actos de un sindicado ofrece alteraciones de carácter político o social capaces de perturbar el ánimo del juzgador, ya en forma de coacción moral directa, bien a manera de sugestión psicológica derivada del ambiente que, real o artificiosamente, ha logrado constituirse en torno al juzgamiento del reo, de ordinario con el propósito de ejercitar sobre su persona aquella especie de venganza pública que fuera, en tiempos abolidos de la evolución histórica del derecho punitivo, origen y razón del castigo.." (Concepto de 23 de marzo de 1954).

"Pero los cambios de radicación —ha dicho igualmente la Corte— no se justifican sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente" (Acuerdo, 7 de febrero de 1934, XL, 105).

De los testimonios en parte transcritos sólo aparece que el doctor Nicolás González Torres goza de buena posición en los círculos políticos profesionales, sociales y económicos de Ibagué, circunstancia que no podría tenerse por la Sala co-

mo determinante del cambio de radicación solisitado sino en el evento de que dicho ciudadano la hubiese aprovechado o hubiera intentado aprovecharla para desviar, en su favor, el criterio de sus jueces, o de que en éstos se hubieran presentado signos o manifestaciones contrarios a la recta administración de justicia por razón de la misma. Sobre el particular nada aseveran, pero ni siquiera sugieren, los testigos, quienes, en el resto de sus declaraciones apenas insinúan, de soslayo, en forma enteramente gratuita, algunas suposiciones personales, "Creo que los jueces penales— dice uno de éllos— no gozarían de la suficiente libertad de independencia para dictar un fallo sereno y justiciero ya que el doctor Nicolás González Torres....goza, repito, de poderosísimas influencias **que en un momento dado tratarían de entorpecer la labor justiciera de los jueces**"; y "Creo —manifiesta el otro— **que no se puede prejuzgar sobre el fuero íntimo de los señores jueces penales, en este caso.** Pero ocurre que debido a factores que juegan un papel principalísimo sobre la voluntad de las personas, **es presumible que los Jueces Penales que conocen del negocio en contra del doctor González Torres, no tengan la suficiente libertad para dar un fallo sereno, alejado de toda interferencia que pueda hacer carga la balanza de la justicia**" (Subraya la Sala).

Sobre las "amenazas o insultos por medio de las llamadas telefónicas" de que dice el sólicitante haber sido objeto en la ciudad de Ibagué, con las cuales se ha tratado de coartar el libre ejercicio de su profesión y aún de poner en peligro su vida, tampoco obra, en la documentación allegada al efecto, el más leve indicio.

Cierto es que la Sala no ha considerado necesario que los comprobantes en que debe basar, en estos casos, su concepto, reúnan el carácter de prueba plena y perfecta; pero sí ha exigido que de ellos "se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados" (Acuerdo de 16 de noviembre de 1936, XLIV, 557).

No es ésa la situación aquí contemplada, pues el cambio de radicación que por la parte civil se pretende —como se infiere del precedente examen de los documentos acompañados a la solicitud de que se hace mérito— no ofrece sino el fundamento de un temor de parcialidad judicial desprovisto de todo apoyo en la realidad objetiva. Y es obvio que si el traslado de jurisdicción de los procesos, cuando los motivos alegados existen, tiende a preservar el honor y el prestigio de la administración de justicia y a garantizar por igual los derechos de la sociedad y de los particulares, la medida resulta contraproducente en todos aquellos casos en que ella se autoriza sin razón suficiente.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— emite concepto desfavorable sobre el cambio de radicación del proceso a que se refieren estas diligencias.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

COMPUTO DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — CASO DE QUE SEA INTERRUMPIDA POR EL AUTO DE PROCEDER

1—Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito SUB JUDICE, pero, según el caso, relacionado ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso. Lo que prescribe es la acción que nace de un delito CONCRETO o individualizado, y no de un delito en su tipo genérico. Es claro que si del resultado de las operaciones aritméticas se obtiene un máximo de pena inferior a cinco años, la prescripción se cumple en esos cinco años, conforme a la parte final del artículo 105 del Código Penal.

2—Cuando la prescripción se interrumpe por el auto de proceder, es a partir de la fecha en que éste quede ejecutoriado que debe contarse el lapso prescriptivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de lo Penal.—Bogotá, siete de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra)

Vistos:

Por violación de la ley penal ataca la defensa el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, fechado el cuatro de mayo de 1953, que condenó a Miguel Burgos a la pena de treinta y dos meses de presidio y accesorias correspondientes, como autor del delito de homicidio en la persona de Angel María Burgos.

El cargo, materia del recurso extraordinario y que se sustenta con base en la causal primera, consiste en que la sentencia de segunda instancia condenó al procesado, estando ya extinguida la acción penal por el transcurso del tiempo.

Al efecto, argumenta así el demandante:

"...Se ha interpretado erróneamente el artículo 105 del C. P., especialmente en su norma segunda, al hacerle decir a ésta que el máximo de la sanción contable para la prescripción es el señalado para el delito en la disposición que lo defina y castigue en su simple entidad, sin circunstancias modificadoras de la responsabilidad y de la pena; que se le ha aplicado indebidamente al negar el derecho prescriptivo al procesado invocando el término prescriptivo que cubre a un delito que no ha cometido, y omitiendo o despreciando el de un delito que sí ejecutó.

"Consecuencialmente, la interpretación verdadera de tal precepto consiste en contar como tiempopo para extirpar la acción penal el máximo que resulte de sanción para el delito, de acuerdo con la responsabilidad y pena que lo particularicen en la disposición penal que le corresponde de acuerdo con la calificación jurídica que se le dé".

Por su parte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal coincide con los puntos de vista del recurrente, pues sostiene que para declarar la prescripción, el legislador "determinó un criterio o cómputo objetivo al hablar del máximo de la sanción fijada en la disposición penal respectiva, esto es, la circunscrita exclusivamente a la especie de delito a los artículos que fijan esos límites, sin tener en cuenta apreciaciones o cómputos distintos a la objetividad de la infracción y al señalamiento de la sanción respectiva". Pide, por lo tanto, que se case la sentencia demandada.

Se considera:

El 16 de julio de 1940, en la población de Boavita, Miguel Burgos dió muerte a Angel María Burgos, porque éste lo ultrajó de palabra y de obra, al cobrarle una pequeña suma de dinero ($ 1.00) que le debía por la venta de un gallo.

En el auto de proceder, en el veredicto del Jurado y en las sentencias de los juzgadores quedó reconocido, como una verdad indiscutible, que el homicida obró en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. Por eso se le condenó en la forma benigna que prevé el artículo 28 del estatuto represivo, relacionado con el 362 ibidem.

Al tenor de la demanda, el problema sometido al estudio de la Corte es el siguiente: Si para computar la prescripción de la acción penal, en

tratándose de delitos específicametne atenuados o agravados, debe tenerse en cuenta la sanción-base que les corresponde, pero con las disposiciones o aumentos que establecen los artículos complementarios para esas circunstancias modificadoras, o si sólo debe considerarse la pena en abstracto, sin dichos aumentos o reducciones?

Entre los hechos que hacen cesar los efectos jurídico-penales del delito y son, por consiguiente, un obstáculo para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, figura la prescripción. Su fundamento radica en que la fuerza natural del tiempo debilita o extingue la alarma social producida por la infracción (daño mediato), dificulta el descubrimiento de la verdad histórica del suceso criminoso y obliga a no mantener indefinidamente al procesado bajo el peso de la imputación delictiva. Vale decir que la prescripción obedece a un interés público y a una razón de política criminal. Ella se aplica tanto a la acción que nace del ilícito com a la pena impuesta, y el límite, que separa una y otra clase de prescripción, es el de la sentencia ejecutoriada o irrevocable.

Según los caracteres del delito, éste perdura por más o menos tiempo en la memoria de los hombres y los agita en su sentimiento de inseguridad. Acatando este principio, el legislador determina el lapso de la prescripción de acuerdo con la mayor o menor gravedad del hecho punible. Y para hacerlo, sigue uno de estos dos criterios: o toma como término el máximo de la sanción conminada por el mismo estatuto penal para el delito materia del proceso; o adopta la pena concreta e individualizada que hubiera de imponer el Juez dentro de las escalas previstas por la ley. El primer sistema, en que se inspira nuestro Código Penal, es el mejor porque no condiciona la prescripción al arbitrio y libertad del juzgador, sino al imperio de las normas legales, que garantizan una cierta y uniforme aplicación de tal fenómeno jurídico.

Para el caso que se analiza, el artículo 105 de la obra citada estatuye:

"La acción penal prescribirá:

"... ... ...

"En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte".

La palabra "respectiva" que emplea el artículo antes transcrito, se deriva de "respecto", que quiere decir "razón, relación o proporción de una cosa a otra"; y tiene, además, aquel vocablo estas acepciones: "que atañe o se contrae a una persona o cosa determinada". (Diccionario de la Lengua Española).

Por lo tanto, para obtener el tiempo máximo que requiere la prescripción de la acción, es necesario acudir a las distintas disposiciones penales que alteran o modifican especialmente aquel máximo fijado por la respectiva norma general para el delito en concreto, porque aquéllas y ésta atañen o se contraen a la determinación de la pena extrema que la ley le asigna al hecho punible objeto del proceso. Tan evidente es esto, si se piensa que la sanción principal que merece el delincuente por su infracción no es sólo la contemplada en la norma genérica, sino la que resulte de combinar ésta con las otras que la complementan, cuando operan circunstancias calificadoras —objetivas y subjetivas— que le dan al delito una fisonomía particular. De no ser así, se dislocaría la naturaleza de las cosas y se rompería la unidad del delito, con la consiguiente arbitrariedad de mutar el alcance de la prescripción, en cuanto que para reconocerla, el legislador ha tenido primordialmente en cuenta la duración de la pena, por la mayor o menor gravedad del ilícito cometido y por los efectos psicológicos que éste causa en el conglomerado humano. Y en tal orden de ideas, no es lo mismo el daño público que sufren los ciudadanos al tener conocimiento de un delito grave, que la alarma que padecen cuando la infracción es venial o de características singularmente atenuadas. Variedad y grados de la acción criminosa que el ministerio represivo debe atender, así en el juzgamiento del culpable como en las causas que hacen cesar la potestad punitiva del Estado.

En síntesis: para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción, se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito **sub judice**, pero, según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso. Lo que prescribe es la acción que nace de un delito **concreto** o individualizado, y no de un delito en su tipo genérico. Es claro que si del resultado de las operaciones aritméticas, se obtiene un máximo de pena inferior a cinco años, la prescripción se cumple en esos cinco años, conforme a la parte final del artículo 105 del Código.

Viniendo al homicidio cometido por Miguel Burgos, se tiene:

El artículo 362 de la ley penal —disposición base— señala de ocho a catorce años de presidio para el responsable. Pero como el procesado tiene en su favor la excusa de provocación, hay que conectar aquel precepto con el del artículo 28, según el cual, se impondrá al reo "una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción". La escala máxima, en este evento, queda, pues, reducida a siete años de presidio, que es el término para computar aquí la prescripción.

El auto de proceder —que la interrumpe—, quedó ejecutoriado el 31 de julio de 1942 (Fl. 113 v., del cuaderno primero). Y a partir de esa fecha, deben contarse los siete años correspondientes al lapso prescriptivo. De suerte que la acción vino a extinguirse el 31 de julio de 1949, cuando aún no se había celebrado la audiencia pública ni se habían dictado los fallos condenatorios.

Por consiguiente, al proferir el Tribunal su sentencia, ya estaba muerta la acción penal y no podía, en consecuencia, condenar al acusado.

O sea que está plenamente justificada la causal primera de casación que invoca el demandante, por indebida aplicación al caso de los artículos 28 y 362 del estatuto represivo, y por haber dejado el Tribunal de aplicar el artículo 105 ibidem.

Como el recurso de casación dejó sin ejecutoriar la sentencia de segundo grado, el fallo de la Corte que ha de reemplazarla no puede ser otro que el previsto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CASA la sentencia demandada del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y en su lugar falla: DECLARASE que la acción penal iniciada contra Miguel Burgos por el delito de homicidio en la persona de Angel María Burgos, hecho ocurrido el 16 de julio de 1940, en la población de Boavita, no puede proseguirse, por hallarse prescrita. En consecuencia, ORDENA cesar todo procedimiento contra el reo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—José Amadeo Rey, —Oficial Mayor—.

EL ERROR ESENCIAL NO PROVENIENTE DE NEGLIGENCIA EXIME DE RESPONSABILIDAD

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Por providencia del veinticuatro de julio de 1951 la Corte llamó a responder en juicio criminal al doctor Leonidas Pretelt Mendoza, por el delito de detención arbitraria de que habla el Capítulo II, del Título XI, del Libro II del Código Penal; decretó su detención preventiva, previa suspensión del cargo público que pueda estar desempeñando, y sobreseyó definitivamente en favor del mismo por las demás imputaciones que se le hicieron en el proceso.

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe, defensor del sindicado, pidió reposición del auto de enjuiciamiento. Concedido y tramitado legalmente el recurso, entra la Sala a resolver sobre su mérito.

El enjuiciamiento

El enjuiciamiento del doctor Pretelt Mendoza se fundó en los siguientes hechos, acreditados en la investigación:

1. El Ministerio de Gobierno transmitió al Intendente doctor Pretelt Mendoza, el 9 de noviembre de 1949, el telegrama que el Jefe del Debate de Medellín, señor Francisco Barrera Ortiz, había dirigido al Directorio Nacional Conservador, en el cual se decía que "fuentes serias informaban que los liberales del suroeste inrtoducían armas con la cooperación directa del señor Jorge Tobón, Intendente (sic) de San Andrés y Providencia";

2º La transmisión del Ministerio de Gobierno —según el texto— tenía como fin el que el Intendente "tomara medidas e informara";

3º El Intendente, mediante la Resolución Nº 76 del mismo día (9 de noviembre de 1949), fundada en el Decreto número 3518, por el cual se declaró en estado de sitio el territorio de la República, en el telegrama del Ministerio de Gobierno y en los actos contrarios al orden constitucional y a la paz pública que el señor Jorge Tobón Restrepo —según el Intendente— había venido realizando, decretó su detención preventiva en la Cárcel del lugar, la que se cumpliría una vez hubiera sido suspendido del cargo de Auditor de la Contraloría que allí y entonces ejercía:

4º El mismo funcionario dictó y suscribió el día siguiente (noviembre 10), el Decreto número 85 por el cual —con base en la Resolución ya citada y en los artículos 127 (numeral 20) y 249 del Código de Régimen Político y Municipal— suspendió al señor Tobón del cargo de Auditor de la Contraloría y designó interinamente, mientras esta entidad proveía al reemplazo, al señor Guillermo Livingston;

5º—El señor Tobón permaneció en la Cárcel de las diez de la mañana del diez de noviembre a las cinco de la tarde del diez y ocho del mismo mes, hora en que fue embarcado en la motonave Cisne, por orden del Intendente, con destino a Medellín, donde residía el Comando Militar que —según el doctor Pretelt Mendoza— debía juzgarlo, como lo comunicó en sendos despachos telegráficos al Comandante de la Brigada Militar, al Gobernador y al Jefe del debate electoral señor Barrera Ortiz;

6º El señor Tobón Restrepo, por no existir cargo alguno contra él, como lo certificó el Juez Militar de la 4ª Brigada, fue libertado el 2 de febrero de 1950, y

7º Al señor Tobón Restrepo no se le inició proceso alguno por los cargos que le hizo el Jefe del Debate Electoral de Medellín.

Razones del recurrente

Sostiene el doctor Rueda Uribe que, al dictarse la referida providencia, no se tuvo en cuenta por la Corte lo estatuído en el Decreto número 3523 de 9 de noviembre de 1949 sobre atribuciones de Gobernadores e Intendentes durante el estado de sitio, cuyos términos justifican y respaldan ampliamente, en su concepto, la conducta del doctor Pretelt Mendoza, como Intendente de San Andrés y Providencia, sin que se haya demostrado, por

tanto, que aquél hubiera obrado abusivamente o por fuera de las prescripciones legales al detener al señor Jorge Tobón Restrepo, que, aunque el sindicado no invocó, para tomar esa medida, las disposiciones del mencionado ordenamiento, sino las del Decreto número 3518 de la misma fecha, por el cual se había declarado turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de la República, es preciso aceptar que los actos de los actos de los funcionarios públicos no son legales o arbitrarios porque en ellos se citen o no atinadamente los preceptos en que se fundan, sino porque así lo sean de suyo; que habiéndose expedido el Decreto 3523 en desarrollo del 3518, el ex-Intendente debió creer que, haciendo referencia al principal, no necesitaba hacerla al consecuencial; que dada la amplitud de las facultades otorgadas por el Decreto 3523, en armonía con los artículos 9º de la Ley 2ª de 1943 y 1º del Decreto 2451, reglamentario de la misma, que asimilan la investidura de los Intendentes a la de los Gobernadores, el ex-Intendente podía, en ejercicio de atribuciones cuyo alcance se dejaba al criterio de aplicación del funcionario, detener al señor Tobón Restrepo con omisión del requisito de la suspensión en sus funciones como Auditor de la Contraloría, sin que ello implicase exceso de poder o violación de la ley; que el ex-Intendente procedió con base en el mensaje del Ministerio de Gobierno, en que se le ordenaba tomar las medidas conducentes a evitar la introducción de armas al interior del país con la cooperación directa, en el Archipiélago, del señor Tobón Restrepo; que, en tales condiciones, la detención de este ciudadano por el ex-Intendente doctor Pretelt Mendoza fue un acto policivo que no puede imputarse, como delito, mientras no se compruebe que él no era necesario para mantener el orden público; y que, si dejar al buen juicio de los funcionarios la apreciación de circunstancias contrarias al restablecimiento de la normalidad constitucional puede parecer inconveniente, ello es argumento contra el Decreto que así lo establece, pero no contra la aplicación que hacen aquéllos de la norma, con su propio criterio.

Resultandos:

El examen del recurso requiere la enumeración de las providencias del Gobierno relativas a la turbación del orden público, y de los actos del mismo Gobierno y del ex-Intendente de San Andrés y Providencia, doctor Pretelt Mendoza, referentes a la detención del señor Tobón Restrepo.

Son las primeras:

A) El Decreto Legislativo número 3518 de 9 de noviembre de 1949, por el cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

B) Los Decretos Legislativos números 3519 a 3522, dictados en el mismo día, con fundamento en el Decreto número 3518, mediante los cuales, respectivamente se modificó el artículo 50 del Código de Organización Judicial, se suspendieron las sesiones ordinarias del Congreso, se estableció la censura de prensa y radiodifusión y se prohibieron las reuniones o manifestaciones públicas; y

C) El Decreto Legislativo número 3523, de la misma fecha, por el cual se facultó a los Gobernadores, mientras subsistiese el estado de sitio, para "dictar las providencias que se estimen necesarias para mantener el orden público en los Departamentos y coadyuvar a mantenerlo en el resto de la República", y en consecuencia, además de las funciones sobre creación y supresión de puestos y apertura de créditos y ordenación de traslados, para «ejecutar los demás actos que juzguen indispensables con el fin indicado y con el de conservar y lograr la normalidad administrativa en el territorio de su jurisdicción».

Los segundos son:

a). Telegrama del mismo día, 9 de noviembre de 1949, dirigido por el Ministro de Gobierno a la Intendencia, con el siguiente contenido: «Fin tome medidas, informe, transcríbole: "Señor Luis Ignacio Andrade, Ministro de Gobierno.—L. C. De la manera más atenta nos permitimos transcribir a S. S., el siguiente mensaje telegráfico: 'Medellín noviembre 4—Dinacional Conservador. Fuentes serias informan liberales suroeste introducen armas cooperación directa Jorge Tobón, Intendente (sic) San Andrés y Providencia. Atentamente Barrera Ortiz, Jefe Debate'.— Somos de S. S., respetuosamente servidores,—Directorio Nacional Conservador.—(fdo.), Alcides Zuluaga Gómez, Secretario". — Servidor, (fdo.), Luis Ignacio Andrade".

b). Resolución número 76 del mismo día, 9 de noviembre de 1949, por la cual el Intendente ordenó la detención preventiva del Auditor de la Contraloría, señor Jorge Tobón Restrepo, con base en el Decreto de turbación del orden público; en el "deber ineludible de las autoridades de procurar el inflexible mantenimiento del orden y la tranquilidad en el territorio de su jurisdicción"; en el telegrama del Ministerio de Gobierno, an-

tes transcrito, y en el hecho de que el señor Tobón Restrepo "había venido realizando actos contrarios al orden constitucional y a la paz pública";

c). Decreto número 85 del día siguiente, 10 de noviembre, en cuya virtud el Intendente, apoyándose en los artículos 127, ordinal 20, y 249 del Código de Régimen Político y Municipal decretó la suspensión del Auditor Tobón Restrepo, y designó al señor Guillermo Livingston para que lo reemplazara interinamente;

d). Telegrama del Intendente, doctor Pretelt Mendoza, a los Ministros de Gobierno, de Guerra y de Justicia (de la misma fecha), en que anota, como razones de su actuación, además del consabido despacho ministerial sobre importación de armas, las siguientes actividades del señor Tobón Restrepo: la de "auspiciar reuniones clandestinas, hacer juntas sospechosas propia oficina Auditoría, que como funcionaba mismo edificio Intendencia, condenó puerta principal acceso público y valíase soslayadamente entrada excusada"; la de haber mantenido "ostensible contacto con cuatro nicaragüenses que fueron expulsados por carecer pasaportes, tener conducta antisocial y ser declarados enemigos instituciones y Gobierno Colombia", y la de que "forma pública destruyó violentamente comunicado intendencial colocado cartelera oficial contenía Circular número 1273 Mingobierno sobre policía y forma taimada y persistente incitaba fuerzas armadas y elementos civiles desconocimiento autoridades legítimas". En el mismo telegrama a los mencionados Ministros, el Intendente añadía que, debido a la inseguridad de la cárcel y a la intranquilidad que motivaba la permanencia del señor Tobón en las Islas, el viernes siguiente, vía Cartagena, sería remitido a órdenes de la Brigada de Medellín, "donde estuvo preso raíz sucesos nueve de abril por probados actos contra orden público" (diligencia de indagatoria folio 94 v., Cuaderno 1º); y

e). Telegramas del Intendente al Gobernador y al Comandante de la Brigada de Medellín, en los que el primero anunciaba, con fecha 20 y 21 del mismo mes de noviembre, la salida de Tobón Restrepo con destino a la capital de Antioquia, a órdenes de dicha Comandancia, con expresa referencia a la acusación que, por introducción de armas al país, se le había hecho desde aquella ciudad.

Considerandos

Es indudable que por la ley 2ª de 1943 y el Decreto 2451 del mismo año, el régimen político y administrativo de las Intendencias y Comisarías se asimiló al de los Departamentos, y que a los jefes de tales secciones se les señalaron, salvo las incompatibles por su naturaleza con la especial organización de aquéllas, las mismas funciones de los Gobernadores.

Según el artículo 194 de la Constitución Nacional, el Gobernador tiene, como agente del Organo Ejecutivo y Jefe de la Administración Seccional —entre otras—, la obligación de "cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno" y "las demás atribuciones que por la ley le competan"; y, de conformidad con el artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal, se halla facultado para "suspender, por graves motivos, y sujeto a responsabilidad ulterior, a cualquier empleado nacional o municipal, del orden administrativo, que no sea nombrado por él, cuando la urgencia sea tal que no pueda aguardar la resolución del Gobierno, y consultar con éste, inmediatamente, las resoluciones de esta clase que dicte", (ordinal 20) y para "dictar, en caso de urgencia o gravedad, con carácter de provisionales, órdenes y disposiciones administrativas que, no siendo de su incumbencia ordinaria, juzgue indispensables; pero siempre que para esto haya recibido delegación del Gobierno, a quien corresponde aprobarlas definitivamente" ordinal 25).

A la luz de las anteriores normas, expedidas para épocas de normalidad constitucional, no parece clara la licitud de los actos imputados al funcionario acusado, pues lo en ellas dispuesto sobre la obligación de cumplir y hacer cumplir las órdenes del Gobierno —que en el caso **sub-judice** las hubo— y sobre la facultad de suspender —no de tener— empleados nacionales o municipales por graves motivos —que pueden darse por existentes en el evento aquí contemplado—, sólo hace referencia a la marcha regular de la administración seccional, aparte de que, en la detención del señor Tobón Restrepo, no se observaron los requisitos de competencia, especie de pena, grado de la prueba y forma y contenido de la respectiva providencia, que exigen los artículos 379, 383, 384 y concordantes del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde analizar ahora la situación jurídica del sindicado frente a lo preceptuado en el

Decreto 3523 de 9 de noviembre de 1949, que en los siguientes términos facultó a los Gobernadores —y por tanto a Intendentes y Comisarios— para mantener el orden público:

"Mientras subsista el estado de sitio, los Gobernadores tienen, además de las facultades que les corresponden como agentes del Organo Ejecutivo y Jefes de la Administración Seccional, de acuerdo con la Constitución y las leyes, la de dictar todas las providencias que estimen necesarias para mantener el orden público en el Departamento y coadyuvar a mantenerlo en el resto de la República". (Subraya la Sala).

Declarada la turbación del orden público por el Decreto 3518 de 9 de noviembre de 1949, comunicado el mismo día el Decreto 3523, también de aquella fecha, por el cual se facultó a los Gobernadores (y por ende a Intendentes y Comisarios) para dictar todas las providencias que estimasen necesarias al mantenimiento del orden público en sus secciones y coadyuvar a mantenerlo en el resto de la República, el Intendente de San Andrés y Providencia —que estaba informado de las actividades del señor Tobón Restrepo— decretó su detención, suspensión y reemplazo; y estimando que la autoridad competente para juzgarlo era el Comando de la Brigada de Medellín —que antes lo había procesado por los sucesos del 9 de abril de 1948— lo remitió a ella, previo anuncio de la medida al Comandante de esa Brigada, al Gobernador de Antioquia y a los Ministros de Gobierno, de Justicia y de Guerra.

La actuación del funcionario incriminado tampoco aparece justificada por la vigencia de los preceptos de carácter especial que acaban de recordarse. Primero, porque también éstos, como los de la legislación ordinaria que antes se estudiaron, se relacionan más con la normalidad administrativa que con la represión penal; segundo, porque otros Decretos, también de carácter especial, se expidieron contemporáneamente en que se ordenó la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales que juzgaran a los sindicados de movimientos subversivos o sediciosos, con facultad para detener a todas las personas comprometidas en hechos contrarios a la paz y a la seguridad interior del Estado, lo que no armonizaría con el otorgamiento a Gobernadores, Intendentes y Comisarios de atribuciones distintas a las que a estos funcionarios incumben, en principio, como colaboradores de la rama jurisdiccional; y tercero, porque, aún aceptando que dichos agentes del Ejecutivo quedaron autorizados por el citado Decreto 3523 para tomar medidas precautelativas en materia penal, el ex-Intendente de quien tratan los autos habría traspasado, al adoptar la suya, las limitaciones que en el inciso 2° del artículo 28 de la Carta le impuso el Constituyente, sobre el particular, al propio Gobierno.

Pero si objetiva o materialmente la conducta del acusado resulta ilegal, lo mismo frente a las disposiciones de la legislación común que a las de la legislación de emergencia, subjetivamente no aparece manifiestamente dolosa, por error esencial de derecho no proveniente de negligencia, que exime de responsabilidad, al tenor de lo preceptuado en el ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal, y da lugar al sobreseimiento definitivo por mandato del artículo 437, ordinal 3º, del estatuto procesal.

En efecto difícil era advertir, en el primer momento, y por virtud de su sola lectura, que en el Decreto 3523 no se contuvieran las facultades absolutas que la demasiada amplitud de sus términos ofrece, en apariencia, para detener sin juicio previo, sin las formalidades legales o sin la prueba requerida a las personas sospechosas de atentar contra la existencia y la seguridad del Estado, pues en su texto se faculta a los Gobernadores, y por tanto a los intendentes, para dictar todas las providencias que estimen (ellos mismos) necesarias para mantener el orden público, o sea sin excluír ninguna tendiente a esa finalidad, y dejando al juicio de tales funcionarios la elección de las mismas. Sólo después de un estudio detenido y de una madura reflexión sobre las implicaciones de aquel ordenamiento legal, el ex-Intendente de San Andrés y Providencia hubiera podido desentrañar su verdadero sentido.

Si tal acto da lugar evidentemente a diversidad de exégesis, prima facie considerado, y si, por otra parte, el Ministerio le transcribía la comunicción enviada a ese Despacho Ejecutivo por el Directorio Conservador de Antioquia (sobre introducción de armas a las Islas, con la cooperación directa del señor Tobón Restrepo) "fin tome medidas, informe", se comprende que el Intendente hiciera equivocado empleo, en forma que no excluye la buena fe con que pudo interpretarlas, de las facultades otorgadas por el Decreto 3523, ordenando la detención del Auditor de la Contraloría y poniéndolo a órdenes de la Brigada de Medellín.

Así permiten inferirlo los propios considerandos de la Resolución número 76 sobre detención del señor Tobón Rsstrepo, a saber: "Que en vir-

tud del Decreto 3518 de esta fecha, del Ejecutivo Nacional, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional"; que "es deber ineludible de las autoridades de la República procurar el inflexible mantenimiento del orden y la tranquilidad en el territorio de su jurisdicción"; que "según mensaje del Ministerio de Gobierno, recibido en esta fecha... hay serias informaciones de que el señor Jorge Tobón Restrepo viene cooperando directamente en la introducción clandestina de armas al país, especialmente a la región sureste del Departamento de Antioquia, y que "el señor Tobón Restrepo ha venido realizando actos contrarios al orden constitucional y a la paz pública".

Enseña Framarino, en su Lógica de las Pruebas, que la **presunción de dolo** "no es más que una presunción **juris tantum,** que encuentra su justificación en la exterioridad criminosa de la acción ya probada, en cuanto **res ipsa in se dolum habet** o, en otros términos, en cuanto al hecho material criminoso, por sí mismo, **no se presenta susceptible sino de una intención dolosa"**; que "cuando frente a la acción criminosa probada, **el acusado se limita a negar este dolo,** contrapone a una afirmación probada una no probada y que debe probar"; que "no debe, sin embargo, olvidarse que la obligación de probar se entiende siempre de un modo limitadísimo para los fines ("límites" se lee en la traducción consultada por la Sala) de la defensa Penal"; y que "si la prueba de la acusación, para tener consecuencias jurídicas, debe llevar a la **certeza** de la delincuencia, las de la defensa producen su efecto cuando logran impedir tal certeza, **lo cual se consigue con producir simplemente la credibilidad de lo favorable"** (subraya la Sala). Y Enrico Ferri, cuyos principios informan en gran parte la legislación represiva colombiana, aludiendo a la **ignorancia** y al **error,** como causas de justificación negativa de las infracciones penales, afirma que ellas "pueden referirse al Derecho o a un hecho; pero que si la acción aparece determinada de modo exclusivo por ignorancia o error **substancial** (esto es **sobre la esencia de la norma legal** o del hecho y no sobre los detalles), **el individuo procede de buena fe y no es, por tanto, delincuente".** (Subraya la Sala).

En el caso **sub-judice** tiene aplicación la precedente doctrina, pues el hecho investigado no se presenta exclusivamente susceptible de intención dolosa, y en su comisión se advierte —como antes se dijo— la presencia de error esencial no proveniente de negligencia, dados los términos de la norma legal que sirvió de fundamento a la orden de detención, las circunstancias en que fue ella expedida y las explicaciones del sindicado, no contradichas en el proceso. Al menos surge una grave duda sobre el **animus** del sujeto activo, la cual, de conformidad con el principio **in dubio pro reo,** no es posible resolver en contra suya.

La existencia o posible existencia del error de derecho eximente de responsabilidad, en casos como el de autos, cobra mayor verosimilitud si se atiende a la tesis adoptada por la Corte de que —en situaciones de anormalidad— la detención de un individuo acusado de actos contra el orden público está comprendida dentro de las facultades que la ley otorga para su conservación y mantenimiento, pues los funcionarios se hallan más expuestos a hacer mal uso de una atribución que se posee que a incurrir en el abuso de la que no se tiene.

Entre las providencias dictadas por la Sala en tal sentido, se enumeran las siguientes:

a). La del 8 de septiembre de 1944, por la cual se ordenó cesar el procedimiento contra el doctor Alfonso Jaramillo Arango, Gobernador de Caldas, a quien el doctor Gilberto Alzate Avendaño acusó de haberlo detenido ilegalmente durante cerca de tres días en el Casino de Oficiales del Batallón "Ayacucho" (del 10 al 12 de octubre de 1943), época en que el Gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio aquel Departamento, por causa de la grave huelga de chauffeurs que entonces se realizó allí con la cooperación del denunciante.

b). La del 27 de noviembre de 1951, por la cual se sobreseyó definitivamente a favor del Comisario Especial del Arauca, señor Roberto Castro Osorio, sindicado de haber ordenado —del 19 de marzo al 4 de abril de 1950— la detención del doctor Plutarco Niño Espejo, Juez Promiscuo del Circuito de Arauca, acusado de actividades contra el orden público, haberlo puesto a órdenes de las autoridades militares y haberlo hecho trasladar de Arauca a Villavicencio, de esta población a Bogotá, y de aquí a Tunja, donde fue puesto en libertad (caso este idéntico al del Auditor Tobón Restrepo), y

c). La del 9 de junio de 1953, por la cual se sobreseyó definitivamente en favor del Gobernador de Bolívar doctor Ramón P. de Hoyos, acusado de violación de domicilio y abuso de autoridad, por haber autorizado el allanamiento de una casa sin los requisitos legales.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REPONE su providencia de veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual se llamó a responder en juicio criminal al doctor Leonidas Pretelt Mendoza por el delito de detención arbitraria, y —en su lugar— SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del mismo por los cargos que contra él se formularon en este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty Montemegro.— Carlos Arango Vélez, Conjuez.—Julio E. Argüello, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AMISTAD INTIMA

La amistad —por regla general— es el concepto personal, desinteresado y recíproco que se profesan dos personas, amistad que nace y se fortalece por el trato diario de relaciones sociales o comerciales que vinculan a las personas que la profesan. Pero la amistad íntima de que habla la ley, para ser considerada como causal de impedimento, es aquella que corresponde a sentimientos subjetivos, de orden interno o espiritual, por consiguiente más nobles y más estrechos que los primeros .Es aquella intimidad que se traduce en una compenetración espiritual cuyo resultado es la confianza recíproca en la confidencia de sus secretos, de sus problemas y aspiraciones, de estados emotivos de tristeza o alegría, es el depósito que se hace a la persona —de quien se dice ser amigo— de los demás recónditos estados sntimentales propios de nuestro modo de ser, pensar y sentir, para que ellos sean compartidos con la persona de quien nos preciamos tener una amistad íntima.

Es verdad que la demostración de la AMISTAD INTIMA en el plano de las realidades exteriores no puede ceñirse a una norma de conducta fija, precisamente, por el carácter de subjetivo que ella entraña, pero, también es evidente que el juzgador no puede aceptarla como causal de impedimento por el simple enunciado que de ella se haga. Para que el Juez o Magistrado pueda darle al concepto de amistad íntima una valoración real, es necesario e indispensable que esa manifestación se respalde en hechos que hagan presumible para el juzgador que verdaderamente existen motivos para invocarla. Es la relación de circunstancias o antecedentes previos a aquella amistad íntima, lo que fija una pauta al Juez que sirve de criterio o norma para aceptarla como impedimento o para rechazarla en caso contrario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Para que la Corte, en función del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, resuelva sobre la causal de impedimento planteada en las diligencias seguidas contra el doctor Enrique Becerra por un delito de los abusos de autoridad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto remite a esta Entidad el presente negocio.

Antecedentes:

En providencia de seis de agosto del presente año, el Magistrado doctor Córdoba expresa:

"Por concurrir la causal de impedimento prevista por el ordinal 5º del Art. 72 del C. de P. P. en razón de existir amistad íntima entre el sindicado y el suscrito Magistrado, se declara impedido para conocer del presente negocio...."

Al calificar el impedimento, la Sala Penal del Tribunal, en auto de septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cuatro dice:

"No es suficiente la sola afirmación de existir amistad íntima entre él y el sindicado para que el impedimento deba aceptársele. Bastarían sí, las manifestaciones del aludido Magistrado sobre hechos o antecedentes que permitan deducir razonablemente, que la amistad existente entre los doctores Córdoba y Becerra puede considerarse con el carácter de intimidad exigido por el ordinal 5º del art. 73 del C. de P. P."

"Como ningún hecho o antecedente se ha dado a conocer al respecto, la mayoría de la Sala se ve inducida a desechar el impedimento en referencia, declarándolo legalmente infundado. . ."

Se considera:

Entre las causales de impedimento para conocer de un negocio determinado, la ley erige como una de ellas el hecho de existir amistad íntima entre alguna de las partes su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado que conoce del mismo (Art. 73 numeral 5º).

La amistad —por regla general— es el concep-

to personal, desinteresado y recíproco que se profesan dos personas, amistad que nace y se fortalece por el trato diario de relaciones sociales o comerciales que vincula a las personas que la profesan. Pero la amistad íntima de que habla la ley, para ser considerada como causal de impedimento, es aquella que corresponde a sentimientos subjetivos, de orden interno o espiritual, por consiguiente, más nobles y más estrechos que los primeros. Es aquella intimidad que se traduce en una compenetración espiritual cuyo resultado es la confianza recíproca en la confidencia de sus secretos, de sus problemas y aspiraciones, de estados emotivos de tristeza o alegría ,es el depósito que se hace a la persona —de quien se dice ser amigo— de los más recónditos estados sentimentales propios de nuestro modo de ser, pensar y sentir, para que ellos sean compartidos con la persona de quien nos preciamos tener una amistad íntima.

Es verdad que la demostración de la amistad íntima en el plano de las realidades exteriores no puede ceñirse a una norma de conducta fija, precisamente, por el carácter de subjetivo que ella entraña, pero, también es evidente que el juzgador no pueda aceptarla como causal de impedimento por el simple enunciado que de ella se haga. Para que el Juez o Magistrado pueda darle al concepto de amistad íntima una valoración real, es necesario e indispensable que esa manifiestación se respalde en hechos que hagan presumible para el juzgador que verdaderamente existen motivos para invocarla. Es la relación de circunstancias o antecedentes previos a aquella amistad íntima, lo que fija una pauta al Juez que sirve de criterio o norma para aceptarla como impedimento o para rechazarla en caso contrario.

Como en el presente caso el doctor Córdoba únicamente enuncia la causal de impedimento, sin decir los motivos o causas existentes de la amistad íntima, la Corte no puede formarse un concepto de ella para aceptar el impedimento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento propuesto por el doctor Jorge Córdoba para conocer del negocio seguido contra el doctor Enrique Becerra, por un delito de los abusos de autoridad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS.—INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 50 Y 54 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1—Cuando el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal habla de "diversas competencias" se refiere a autoridades que no tienen el mismo grado jerárquico de jurisdicción, como ocurre entre el Juez Municipal y el de Circuito; entre éste y el Juez Superior; entre el Juez de Menores y uno de Circuito o Superior, etc., funcionarios éstos a quienes la ley les asigna distinta competencia, sin que importe, por otra parte, que ambos pertenezcan o no al mismo Distrito, Circuito, etc., o a distintos.

2—La conexión entre los varios delitos, para que todos puedan y deban investigarse y fallarse en un mismo proceso, conforme al artículo 54 del C. de P. P. ha de ser sustancial, y no meramente secundaria, porque, de lo contrario, el más leve vínculo de un hecho punible con otro, por razón de la armonía que guardan entre sí todas las cosas del universo, daría lugar a investigar y fallar en un solo proceso multiplicidad de delitos, y ello, como es obvio, traería el caos en la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de lo Penal. Bogotá, diez y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Zafra)

Vistos:

Una contienda de competencias negativas suscitóse entre el Juez Penal del Circuito de Buga y el de la misma categoría de Chaparral para conocer del presente negocio por estupro y rapto contra Marco Tulio Quintero Martínez y otra.

El incidente debe decidirlo la Corte, y a ello procede.

Marco Tulio Quintero M. y la menor Carlota Hernández Henao al parecer púber, pues no se ha traído a los autos la partida de nacimiento, iniciaron relaciones amorosas a mediados del año de 1952, en la región de Herrera, Corregimiento de Rioblanco (Tolima). Dice Carlota que allá tuvieron aeceso carnal en dos ocasiones ,porque Quintero, previamente, le prometió casarse con ella.

En los primeros días del mes de septiembre del mismo año, la menor y su familia se trasladaron al Valle del Cauca y se radicaron en Costarrica, Municipio de Ginebra. En ese viaje los acompañó Quintero, quien el ocho del citado mes les manifestó a los padres de Carlota que deseaba casarse con ella en el plazo de dos días, a lo cual no convinieron por dificutades económicas. Quintero se trasladó entonces a Popayán, y, según lo manifiesta él, se despreocupó del asunto.

Meses después, Quintero regresó de Popayán con destino a Pradera y de allí pasó a Costarrica, donde se entrevistó con Carlota. Sea porque ésta urgiera a Quintero para que la sacara de la casa por el mal trato que le daba su padre, como lo manifiesta aquél, o porque el sindicado le hiciese a la menor la propuesta de irse con él para contraer matrimonio, como ella lo asegura, lo cierto fue que Carlota, mediante la intervención de Soledad Hurtado, a quien Quintero aleccionó para el efecto, se fugó del hogar el 27 de noviembre de 1952, y en Pradera se encontró con su amante y allí fornicaron nuevamente. Carlota fue rescatada por su madre el dos de diciembre siguiente, y volvió a la casa paterna .

Por estos hechos, el Inspector Departamental de Costarrica inició sumario y obtuvo la captura del sindicado. El proceso pasó al conocimiento del Juez Penal del Circuito de Buga, quien declaró cerrada la investigación en auto de siete de julio de 1954. Pero luego profirió otra providencia —la del 21 del mismo mes—, revocando la anterior y disponiendo que el negocio se enviara al Juez Penal del Circuito de Chaparral, por competencia.

Adujo como razón la de que Quintero ejecutó actos carnales con la menor en el Corregimiento de Herrera (Tolima), valiéndose de promesa formal de matrimonio, y ese hecho planteaba un posible delito de estupro, "más grave que el rapto y cometido en otro Circuito Judicial". Antecedente que le hacía perder al Juzgado la competencia para juzgar ambos ilícitos, al tenor del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal.

El Juez Penal del Circuito de Chaparral no

aceptó dicha tesis y, a su vez, se declaró incompetente para conocer del asunto. En auto fundamentado, replicó que el artículo 50 de la ley procesal penal no tenía operancia en este caso, porque "tanto el señor Juez Penal del Circuito de Buga como este Despacho, y como todos los demás, conocen....de los delitos de violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores, rapto e incesto....Es decir, que las dos infracciones que se investigan en este proceso son de competencia privativa de los Jueces de Circuito en lo Penal, y que tanto el Juzgado Penal del Circuito de Buga, como el Juzgado del Circuito de Chaparral son competentes, por la naturaleza de los hechos, para conocer del proceso materia del debate".

Y en cuanto a la competencia por el factor territorial, dijo que ella la determinaba el artículo 57 del Código de Procedimiento, en relación con el 54 ibidem, que eran las normas aplicables aquí. Citó, al efecto, algunas doctrinas de la Corte.

Concluyó manifiestando que como en Costarrica se realizaron todos los actos procesales, o sea que en ese lugar se inició la investigación y se capturó al sindicado, la competencia la tenía el Juez Penal del Circuito de Buga.

Se considera:

Para no dividir la continencia de la causa y tutelar la unidad e integridad del proceso y de la jurisdicción, el Código de Procedimiento Penal estatuye lo siguiente:

1º—Para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes (Art 52, inciso 1º). Se prevé en esta regla la unidad del delito y la pluralidad de agentes. (Coparticipación criminosa);

2º—Igual norma se seguirá, tratándose de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio. (Art. 52, inciso 2º). Se atiende en este evento a la pluralidad de delitos y a la concurrencia de varios agentes;

3º—Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso (Art. 54);

4º—Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción (Art. 55);

5º—De los procesos por delitos continuados o crónicos que se cometieren en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones, conocerán a prevención los Jueces de todas ellas (Art. 56);

6º—Cuando el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido, o si el ilícito fue realizado en el Extranjero, o en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado (Art. 57); y

7º—Si en un mismo proceso deben investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (Art. 50). Se exceptúa de este principio el caso en que alguno o algunos de los sindicados tengan fueron especial, pues en tal hipótesis los juzga la autoridad a quien se le ha asignado el conocimiento del negocio por razón de dicho fuero; y los demás procesados quedan a disposición de los jueces comunes (Art. 51).

El artículo 50 del Código de Procedimiento —que invoca el señor Juez de Buga —no es pertinente al caso, porque dicho precepto se refiere a delitos cuyo conocimiento corresponde a "diversas competencias", esto es, a autoridades que no tienen el mismo grado jerárquico de jurisdicción, como ocurre entre el Juez Municipal y el de Circuito entre éste y el Juez Superior; entre el Juez de Menores y uno de Circuito o Superior, etc., funcionarios éstos a quienes la ley les asigna distinta competencia. Y en el presente asunto, el estupro y el rapto de que se sindica a Quintero son juzgables por un solo funcionario, el Juez de Circuito, y no por dos o más de diversas jerarquías, conforme al artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 3347 de 1950.

Además, no se pueden vincular jurídicamente el estupro que se dice consumado en Herrera (Tolima) con el rapto y el otro estupro que se le atribuyen a Quintero como realizados en Costarrica y en Pradera (Valle), respectivamente, porque entre aquella infracción y estas dos últimas falta el nexo de conexidad para juzgarlos en un solo proceso.

Realmente, en el lenguaje forense, la palabra conexidad significa enlazado con y requiere, por lo mismo, la existencia de una relación lógica, que una o ate un delito a otro, de tal manera que el ilícito precedente sea causa o factor determinante de otro u otros. Por eso, el nexo de conexidad que admite la doctrina es el de medio a fin, el de causa a efecto y el consecuencial, este

último cuando se comete un nuevo delito para ocultar otro anterior y conseguir su impunidad. La conexión entre las distintas infracciones ha de ser, pues, sustancial, y no meramente secundaria, porque, de lo contrario, el más leve vínculo de un hecho punible con otro, por razón de la armonía que guardan entre sí todas las cosas del universo, daría lugar a investigar y fallar en un solo proceso multiplicidad de delitos, y ello, como es obvio, traería el caos en la administración de justicia.

El apreciable tiempo transcurrido entre el primer estupro, en Herrera (Tolima), y el rapto y el otro estupro en Costarrica y Pradera (Valle del Cauca), materia de la investigación; el haberse trasladado Quintero a Popayán, dejando prácticamente terminadas, por esa ausencia, las relaciones amorosas con Carlota; y el no haber accedido los padres de la menor al matrimonio que el sindicado propuso a raíz de su llegada al Valle, todos estos motivos temporales y circunstanciales rompieron la relación de conexidad entre los hechos delictivos acaecidos en uno y otro Departamento que se le imputan al procesado, precisamente porque las acciones física y psíquica de lo hecho en el Tolima se muestran independientes y completamente desligadas de las que surgieron después de la mente de Quintero a su regreso de Popayán. Por la misma razón no puede hablarse de delito continuado de estupro.

En cambio los presuntos ilícitos de rapto y estupro que se dice consumados en el Valle del Cauca sugieren la posibilidad de ser conexos, porque sin el rapto no se hubiera podido consumar el estupro, dado el proceso ejecutivo, el iter criminis, que medió entre las dos infracciones. Y como la investigación de éstas se inició en el Municipio de Ginebra y allí se capturó al sindicado, el conocimiento del asunto corresponde al Juez Penal del Circuito de Buga, según los artículos 54 y 57 del Código de Procedimiento Penal.

Y respecto al estupro cometido en Herrera (Tolima), por ser hecho aislado, sin vínculo con los otros dos delitos, debe sacarse copia de lo actuado para que conozca el Juez Penal del Circuito de Chaparral, en virtud de lo dispuesto por los artículos 10 y 55 del estatuto citado.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Del presente negocio contra Marco Tulio Quintero Martínez por rapto y estupro cometidos en Costarrica y Pradera (Valle) debe conocer el Juez Penal del Circuito de Buga, quien ordenará sacar copia de lo relativo al delito de estupro ocurrido en Herrera (Tolima), y enviarla al Juez Penal del Circuito de Chaparral para que juzgue al sindicado por dicha infracción.

A este último funcionario se le dará cuenta de lo decidido por la Corte en la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO. — HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR

1—El cuadro criminoso del artículo 362 del Código Penal varía de manera fundamental cuando el delito allí propuesto se traslada al artículo 28. Y así, no es posible afirmar que resulta contradictorio un veredicto que desconoce el primero y acepta el segundo.

2—Cuando el Tribunal por errónea interpretación del veredicto se aparte de lo decidido realmente por el Jurado en puntos que son de su incumbencia, la causal procedente para acusar en casación el fallo, es la tercera del artículo 567 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El Juez Tercero Superior de Tunja le sometió al Jurado reunido en audiencia pública el diecinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y tres las siguientes cuestiones:

"El procesado Clodomiro Sánchez, mayor de edad, hijo de Anatilde Sánchez, natural de Briceño, soltero y agricultor, es responsable sí o nó del hecho de haber herido con instrumento cortante y punzante (cuchillo) y con intención o propósito de matar a Adriano Alfonso, a consecuencia de cuyas lesiones murió, hecho que tuvo lugar el día diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y dos (1952), en vereda de "Peña Blanca", jurisdicción del Municipio de Briceño?"

"El mismo acusado Clodomiro Sánchez, de condiciones personales descritas anteriormente, cometió el hecho allí referido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación?".

La respuesta a la primera fue: "No es responsable". A la otra contestó simplemente: "Sí".

Como consecuencia de este veredicto —que en un principio fue declarado contradictorio en la primera instancia, pero que en la segunda se encontró libre de tal defecto— el Juez de la causa creyó verse precisado a absolver a Clodomiro Sánchez, en fallo del seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, que recibió —el veintisiete de marzo del año siguiente, la aprobación del Tribunal Superior de la ciudad nombrada, apartándose del concepto de su colaborador Fiscal, quien ha recurrido en casación ante la Corte, invocando la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que sustenta en estos discretos términos:

"Acuso la sentencia por la causal 7ª del Art. 567 del C. de P. P.: la sentencia recurrida se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

"Como hube de anotarlo en Vista que corre al f. 5 del cd. 3º, la atenuante que reconoce el Jurado en el veredicto sintetizado atrás (de la ira e intenso dolor) no puede concebirse sino cuando hay responsabilidad penal en el acto del agente; no es lógico que se predique atenuación de una responsabilidad que se niega a la vez. En el caso, el Jurado declara de una parte que el procesado no es responsable del homicidio en cuestión, y de otra afirma que sí hubo responsabilidad atenuada. Negar la responsabilidad en la primera respuesta de los Jurados y afirmarla en la segunda pugna con el principio de contradicción".

Por su parte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien se le corrió traslado de la demanda en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto número 1154 de 1954 y para los efectos allí indicados, manifiesta después de rabatir los argumentos del recurrente, que no encuentra base para ampliarla ni prohijarla.

De paso conviene advertir que el actor no fue consecuente con los puntos de vista alegados ante el Tribunal, según los cuales el veredicto debe entenderse como condenatorio, "por homicidio atenuado". No fue consecuente, porque al sos-

tener el recurso se acogió a causal distinta de la que, de acuerdo con este parecer, debió invocar.

Veredicto contradictorio

No es problema ciertamente nuevo que se preste a complicadas discusiones el relacionado con la materia que, quizás por su misma sencillez, trata muy someramente, como ya se ha visto, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja en el escrito que con fecha nueve de agosto del año en curso le ha presentado a esta Sala Penal de la Corte. No es de ayer, porque en múltiples ocurrencias, desde que el vigente Código de Procedimiento estableció como causal de casación lo inconciliable de las respuestas del Jurado, que es a lo que se reduce un veredicto contradictorio, se ha venido repitiendo en la jurisprudencia, en este punto de brazo con la definición gramatical del vocablo, que si lo contradictorio es lo que afirma y niega a un mismo tiempo, para que se opere ese fenómeno se necesitan por lo menos dos proposiciones. Y no es difícil o abstruso, porque en el entendimiento se representa sin tardanzas el desconcierto que producen un "si" y un "no" emitidos a propósito de un solo asunto, por ser expresiones que no pueden coexistir respecto de un mismo hecho, cuando se inquiere, por ejemplo, sobre su realización.

Aplicado este concepto, que es elemental, al veredicto impugnado en el escrito que se estudia, no se advierte el defecto que se le atribuye, ni, en consecuencia, se ve motivo para declararlo de conformidad con la tesis del demandante. Porque en la primera cuestión se le preguntó al Jurado acerca de un homicidio común, o sea el que contempla el artículo 362 del Código Penal, y el Juri negó esa responsabilidad. La otra pregunta —innecesaria, porque los jueces de conciencia bien pudieron agregarla al responder aquélla el contenido de la segunda— plantea otra figura delictuosa, es decir, la descrita en el artículo 28 ibidem, que auncuando dependiente en este caso de la principal llamada homicidio, constituye una modalidad distinta y más benignamente sancionada.

Enfrentados los jueces de conciencia a esas dos proposiciones de diverso contenido, no tenían por qué explicar, al referirse a la primera, las circunstancias en que el delito se cometió, si ellas estaban consignadas en forma muy precisa en la siguiente, a la cual no podían abstenerse de responder, ni era de suponer que negaran, siendo negativa la respuesta a la anterior, lo cual hubiera dado lugar a graves dificultades de interpretación seguramente.

Parece que lo que confundió al Tribunal fue la expresión 'No es responsable". Pero, se repite, esto lo predicó el Jurado de una cierta forma de delito, o sea de la contenida en la primera pregunta. En cambio, al convenir en que Clodomiro Sánchez le dio muerte a Adriano Alfonso "en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación", afirmó una responsabilidad diferente de la primeramente negada, sin que hubiera necesidad de que repitiera "sí es responsable", pues consentir en que Fulano cometió un hecho en determinadas y especiales condiciones subjetivas y movido por explicables reacciones anímicas que atenúan considerablemente el ilícito, equivale a declararlo responsable del mismo descrito en la pregunta y no en otra, cuyas características difieren notablemente y que se sanciona con más severidad. El cuadro criminoso del artículo 362 varía de manera fundamental cuando el delito allí propuesto se traslada al artículo 28. Y así, no es posible afirmar que resulta contradictorio un veredicto que desconoce el primero y acepta el segundo.

De lo dicho se desprende que el Jurado no hizo otra cosa que declarar responsable a Clodomiro Sánchez de haberle dado muerte a Adriano Alfonso hallándose el homicida en estado de ira por las graves e injustas provocaciones que éste le irrogó. Y entonces, expresada en esa forma la voluntad del Juri sobre un punto que era de su incumbencia y habiendo en el Código Penal disposición aplicable a ese delito, el Juez y el Tribunal debieron acomodar el veredicto a la ley al dictar las respectivas sentencias .Y como así no lo hicieron, lo procedente habría sido, por parte de quien las impugnó y de acuerdo con su criterio expuesto en las instancias, acudir a la causal 3ª de casación, en la parte que se refiere al desacuerdo de la sentencia con el veredicto. Pero como dicha causal no se puede reconocer por no haber sido invocada (artículo 568 del Código de Procedimiento Penal), la Sala ha limitado su examen a la única aducida en la demanda, que el representante del Ministerio Público ante la Corte manifestó que no debía ampliar.

La tesis que el señor Fiscal sostuvo en las instancias y que como recurrente abandonó la concretó así:

"No es el caso, desde luego, de que la veredicción en referencia y que ha venido aceptando ese Tribunal sea rechazable. Sólo se trata de un caso de interpretación, la cual, para este Despacho, no puede ser sino en el sentido de que el Jurado condenó al acusado por un homicidio atenuado".

Ello demuestra que para el autor del párrafo que acaba de transcribirse no fue desconcertante la respuesta del Juri, desde que logró sin esfuerzo decidirse por una de sus determinaciones, que no pugna con la anterior, no sólo por lo ya expuesto, sino porque —habrá que repetirlo, a riesgo de abundar, que es defecto contra la claridad— la ley exige la evidencia en la contradicción (evidentemente contradictorio, son sus palabras), o sea aquello que en sus términos implique la afirmación y la negación del mismo hecho, por el mismo aspecto y al mismo tiempo, es decir, una realidad y no una mera apariencia.

Si se atiende al contenido sustancial de las dos proposiciones, no podrá asegurarse que se identifican de tal manera que, negada la una, queda de facto negada la otra, o que si la primera se rechazó para aceptar la segunda, se contradijo el exponente.

La responsabilidad es ciertamente indivisible, a condición de que se predique de igual modalidad delictuosa. De otra manera ocurriría que, negada para el delito in genere ,habría forzosamente que entenderla negada para su especie, sin posible discrepancia en tal sentido, so pena de ser contradictorio, indescifrable o vano el veredicto.

De ninguna de estas deficiencias adolece el emitido por los jueces que unánimemente definieron ante la ley la situación penal de Clodomiro Sánchez. No es contradictorio, porque las dos respuestas versan sobre diversas formas de delito; no es indescifrable, porque no hay confusión en sus términos, y no es vano, porque el Jurado afirmó una cierta y determinada responsabilidad.

Un poco de historia acerca de los debates procesales aclarará más —si es que lo dicho no había logrado hacerlo— el punto que se estudia. En el auto de proceder se precisaron las modalidades de lo imputado. Allí se dijo:

'....Para el Despacho.... no existe base legal para apreciar que el hecho investigado fue cometido dentro del grado de justificación que alega el sindicado, pero sí en condiciones altamente favorables, si se tiene en cuenta que quien primero lanzó la expresión denigrante contra el honor del sindicado fue cabalmente el occiso.. Esta circunstancia de por sí señala ya la reacción necesaria por parte de Sánchez, quien desde luego tuvo que poseerse de ese estado de ira o intenso dolor, ante la provocación grave e injusta de que fue objeto por parte de la víctima y que obliga al sometimiento de esa modalidad, o sea la señalada por el Art. 28 del C. P., a consideración del Jurado....".

Y en la audiencia pública aparece la siguiente fórmula entre las varias que el defensor le presentó al tribunal popular para que se decidiera sobre la primera pregunta: "No, porque fue en legítima defensa". Mas ya se ha visto cómo en su respuesta, al prescindir del aditamento para el género, prefirió la especie. De haber aceptado aquella exigencia, entonces sí, fuera de toda duda, el veredicto habría sido evidentemente contradictorio, porque no es posible que subsistan, acerca del mismo acto, la justificación y la atenuación. Si se declara que el autor no es responsable, por haber obrado en uso de un derecho que la ley reconoce (secundum jus), lo ilícito se borra en forma total, abarca cualquiera de sus manifestaciones y ya no es posible referirse al artículo que sanciona una modalidad comprendida en la negativa. Pero ese no es el caso del presente recurso, cuya única causal no resultó comprobada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo de fecha, procedencia y decisión expresadas.

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

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R. Secretario.

SI EN EL MOMENTO EN QUE EL LIBELO ES RECIBIDO EN LA CORTE, QUIEN LO SUSCRIBE NO ESTA INSCRITO EN ESTA COMO ABOGADO, DEBE DECLARARSE DESIERTO EL RECURSO, AUNQUE POSTERIORMENTE, DESPUES DE VENCIDO EL TERMINO PARA LA FORMULACION DE LA DEMANDA, SE HAGA ESA INSCRIPCION

No revalida las actuaciones anteriores el hecho de que el demandante en casación se inscriba en la Corte como abogado cuando ya ha vencido el término para la presentación de la demanda y el recurso de casación ha sido declarado desierto. Es preciso que en el momento en que el libelo es recibido en la Corte, quien lo suscribe esté inscrito en ella, porque de lo contrario no podrá ser tenido en cuenta, aunque él haya sido presentado en tiempo y aunque posteriormente su autor se haga inscribir.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de lo Penal.—Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Con un esfuerzo digno de encomio, el señor defensor de Hernando López Garavito viene luchando pará que la Corte revoque su providencia por medio de la cual declaró desierto el recurso de casación interpuesto por aquél contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó al procesado por el delito de homicidio.

En efecto, en escrito de fecha 24 de agosto último, el abogado pidió reposición de dicho auto, fundándose en que la demanda fue presentada oportunamente. La Corte, en decisión de 21 de septiembre siguiente, hubo de reconocer que ese hecho era cierto, pero no accedió a reponer la providencia reclamada, por cuanto, según informe del señor Secretario de la Sala, el representante de López Garavito no figuraba como abogado inscrito.

Contra este último proveído, el señor defensor ha interpuesto recurso de reposición, que es admisible de acuerdo con los artículos 185 del Código de Procedimiento Penal y 489 del Judicial

Sustenta la impugnación, diciendo que si bien no estaba inscrito en la Corte, ésta aceptó, sin embargo, el recurso extraordinario que él promovió contra la sentencia del Tribunal, y tramitó además, la reposición del auto sobre declaratoria de recurso desierto, por lo cual no es lógico que se le rechace después la demanda, ya que "el requisito de inscripción de los abogados titulados no tiene un alcance mayor, del de una constancia en que el abogado titulado, que es precisamente el que puede inscribirse, **establece tal calidad que conlleva la idoneidad para litigar «en causa propia y ajena» como lo prescribe la ley**". (Subraya la Corte).

En seguida expresa el señor defensor:

«En el auto cuya reposición solicito, en el presente escrito, el H. Magistrado Ponente acepta concretamente que no existe falla procedimental alguna, en cuanto la demanda por las razones precitadas, sí fue presentada dentro del término legal. En esta primera parte de la providencia a que me refiero, se acepta con toda claridad un derecho. Y en la misma providencia, a renglón seguido, se niega también un derecho, alegando la no inscripción del recurrente. Resulta simplemente de la anterior anotación que la providencia a que se alude es contradictoria...".

Por último, el señor defensor presentó, sin memorial alguno, una constancia del Secretario de la Corte, en que afirma que el recurrente fue inscrito en la corporación el 28 de septiembre de 1954.

Para resolver, se considera:

En su primer auto, la Corte declaró desierto el recurso en vista de que el señor Secretario informó que había transcurrido el término legal, sin que se presentara la demanda. Pero como ese informe fue equivocado, según lo demostró documentalmente el defensor con la copia de un Acuerdo de la Corte Plena sobre cómputo de los días sábados, la Sala Penal dió por introducido oportunamente el libelo, en providencia de 21 de

septiembre último. Y allí mismo consignó lo que sigue:

«Sería, pues, el caso de acceder a la reposición solicitada, si no mediara otro factor decisivo que impide revocar el auto reclamado.

«En efecto, informa el señor Secretario de la Sala que el defensor doctor Hernando Garavito Muñoz no figura como abogado inscrito en la Corte; y esta grave omisión hace inoperante la demanda presentada, al tenor de los artículos 40 de la Constitución y 1º de la Ley 69 de 1945, pues estas normas estatuyen que nadie puede litigar en causa propia o ajena, «si no es abogado inscrito». Transcribió luego la Corte su doctrina reiterada sobre el particular.

En esta forma, no se ve en qué pueda consistir la contradicción que el señor defensor le imputa a la Corte. Porque el reconocer que la demanda llegó en oportunidad a la Secretaría, y el decir que el abogado no se halla inscrito en la Corte son dos hechos totalmente distintos, en que la existencia del no en nada afecta la sustancia del otro.

Hay contradicción cuando se emiten dos o más proposiciones que recíprocamente se destruyen, porque la una afirma lo que la otra niega respecto de una misma cosa. Es predicar simultáneamente el ser y el no ser. Y esta situación resulta extraña por completo a los fundamentos que dió la Corte en el auto impugnado.

En cuanto al otro argumento, de que la Corte no podía desatender la demanda, porque ya había aceptado la intervención del señor defensor al declarar la admisibilidad del recurso de casación que interpuso y al resolverle el de reposición, tampoco prospera, puesto que para intentar esa clase de recursos no se requiere ser abogado titulado e inscrito, si se tiene en cuenta que la Ley 69 de 1945 —que desarrolló el artículo 40 de la Constitución—, expresamente le concedió al procesado, entre otros, el derecho de «interponer recursos». (Art. 2º).

Mas lo que sí no tiene excepción es la regla constitucional y legal de que «nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito». Y la demanda de casación implica un litigio de la más elevada juridicidad, de estricta técnica, en virtud de que plantea una controversia, en que aparecen enfrentadas la sentencia de segundo grado proferida por un Tribunal de Justicia, y la ley. Por eso, dicho libelo debe ajustarse a precisos requisitos de forma y de fondo, que sólo el experto en las ciencias jurídicas puede elaborar correctamente. De ahí la exigencia de que su autor sea abogado titulado e inscrito. Tan evidente es esto, que el propio señor defensor acepta en su último memorial que la inscripción del abogado titulado establece tal calidad y «conlleva la idoneidad para litigar en causa propia o ajena, como lo prescribe la ley».

Finalmente, no sobra decir que la inscripción que hizo en la Corte el señor defensor con fecha 28 de septiembre de 1954, fue un hecho tardío, porque ya en esa época se había vencido el término legal para presentar la demanda y se había declarado desierto el recurso de casación. Tal acto extemporáneo, como es obvio, no revalida las actuaciones anteriores realizadas sin ese requisito, que es condición sine qua non para penetrar en el estudio de fondo del libelo, según los artículos 40 de la Carta y 1º de la Ley 69 de 1945.

En consecuencia, la Corte —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO REPONE su providencia impugnada.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty M.— Luis Zafra.— Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO. — LOS JUECES DEL CONOCIMIENTO SON SOBERANOS AL RESOLVER SI ES O NO EL CASO DE SUSPENDER UN JUICIO CIVIL CONFORME A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 11 DEL C. DE P. P.

A los jueces del conocimiento es a quienes corresponde apreciar, y sólo a ellos, la posible influencia de una controversia penal en una civil, y ordenar o no la suspensión de ésta, conforme a lo ordenado por el inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, porque, como lo ha dicho la Corte: "La suspensión del juicio civil ordenada por el artículo 11 del C. de P. P. no tiene lugar en todo caso, sino únicamente cuando la decisión penal pudiera influir en la de la controversia civil. Esta suspensión no es, pues, automática, es decir, no se determina simplemente por la sola existencia del proceso penal". (Gaceta Judicial, Tomo 68, pág. 79).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Se iniciaron las presentes diligencias el 20 de abril de 1951, a virtud de la denuncia de Humberto Angarita Gil contra el doctor Teófilo Noriega Rueda, entonces Magistrado del Tribunal Superior de San Gil.

Afirmó el denunciante que cuando, en la Sala Civil de dicho Tribunal, se ventilaba la segunda instancia del juicio ordinario promovido por Roberto Niño contra Pedro J. Porras, sobre declaratoria de la existencia de un contrato de mandato referente al remate de la finca denominada "La Meseta", ubicada en jurisdicción de los Municipios de San Gil y Pinchote, y cuando el negocio estaba para fallo, el doctor Bernardo Vesga Arenas, apoderado de Niño, en escrito de fecha 11 de enero de 1951, puso en conocimiento del Magistrado ponente, doctor Noriega Rueda, que el demandado Porras había incurrido en una falsedad en las posiciones que absolvió el 20 de mayo de 1948, y le pidió —con resultado negativo— diera aplicación a los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal, "con mucha (sic) mayor razón si, como es incuestionable, aquel falaz dicho del señor Pedro J. Porras, ha servido de prueba al indicado juicio civil".

"Es el caso —se lee en la denuncia— que el Magistrado ponente de la Sala Civil del H. Tribunal Superior de San Gil, Teófilo Noriega Rueda, con pleno conocimiento de causa, como que el doctor Bernardo Vesga Arenas tuvo el cuidado de transcribirle en toda su extensión los textos de los artículos 10 y 11 ameritados, se abstuvo deliberada y conscientemente de cumplir con su deber de Magistrado al dejar de poner el hecho denunciado por el doctor Vesga Arenas en conocimiento de la autoridad competente, "inmediatamente" como rezan los artículos 10 y 11, actitud en la cual ha persistido hasta la fecha....".

Agregó el denunciante, como indicios de parcialidad en el Magistrado doctor Noriega Rueda, que el abogado de Pedro J. Porras era el doctor Carlos Augusto Noriega, cuya oficina funcionaba en el local que le había arrendado el Magistrado doctor Noriega Rueda; que la Secretaria o mecanógrafa de éste era una hermana del abogado Carlos Augusto Noriega; que el Secretario del Juzgado Unico Superior de San Gil, que debía conocer, por competencia, del asunto, era padrasto del abogado de Porras; y que a éste le manifestó, el mismo Magistrado Noriega Rueda, que "el negocio civil sería fallado en breve término."

Se considera:

Ninguna de las imputaciones contenidas en la denuncia se comprobó en los autos.

Entre las múltiples diligencias practicadas por el Juez encargado de adelantar el sumario, en orden a la averiguación de la verdad de los hechos denunciados, obra la declaración indagatoria del doctor Noriega Rueda, donde éste manifiesta que las peticiones del doctor Bernardo Vesga Arenas referentes al cumplimiento de los artículos 10 y 11 del C. de P. P., recibieron, en

el texto de la sentencia dictada en el referido juicio civil, "la respuesta que la Sala de Decisión creyó adecuada y jurídica"; que en su ya larga vida de Juez y Magistrado jamás dictó providencia alguna por amor, odio o antipatía a las partes, limitándose al estudio cuidadoso y atento de los negocios civiles y penales en que le ha tocado intervenir y a cumplir únicamente los preceptos de la ley positiva colombiana; que no es cierto que en el día de la detención del señor Porras, ni después, hubiera declarado que en breve se fallaría el juicio civil que cursaba en el Tribunal, a que el denunciante alude; que cuando le tomó en arrendamiento a la señora María Márquez de Camacho la casa que ocupaba, ya tenía en élla su oficina el abogado de Porras, doctor Carlos Augusto Noriega y que a la persona de éste no lo ligan vínculos de parentesco o de amistad íntima (fs. 47 a 49 v.).

Rindieron también indagatoria los doctores Alberto Rueda Amorocho y Guillermo Galvis Galvis, quienes, en asocio del doctor Noriega Rueda, actuaron en la sentencia que dió origen al presente sumario, el primero como Magistrado y el segundo como Conjuez. Ambos estuvieron acordes en que la negativa a ordenar la investigación por falso testimonio, se debió, entre otras cosas, a que el sindicado ya había sido detenido por ese concepto. "Con este motivo —dice el Dr. Galvis Galvis, la Sala estudió detenidamente el caso y precisamente se abstuvo de ordenar la investigación, debido a que la justisia penal de San Gil adelantaba el sumario por el delito de falso testimonio y otras infracciones, y el expresado señor Porras se encontraba detenido por tales cargos, hecho éste que era conocido de toda la ciudadanía y de las esferas judiciales" (fl. 149). En términos semejantes se expresa el Dr. Rueda Amorocho a folio 148 v.

En cuanto a la negativa de los sindicados a ordenar la investigación por el delito de falso testimonio, no resulta evidente que fuera preciso "poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente", como lo previene el artículo 10 del C. de P. P. Sobre el particular, la explicación de los Magistrados acusados es satisfactoria, pues, como dice la Procuraduría, "el Tribunal procedió acertadamente cuando se negó a ordenar una investigación por hechos que ya estaban siendo investigados".

En lo referente a la suspensión del juicio civil adelantado en el Tribunal y que, el doctor Vesga Arenas solicitó con base en lo prescsito en el artículo 11, inciso 2º, del C. de P. P., basta observar que ella no fue concebida por haberse descartado la posible influencia de la controversia penal en la civil, fenómeno que sólo corresponde apreciar, como es obvio, a los jueces del conocimiento. "La suspensión del juicio civil ordenada por el artículo 11 del C. de P. P. —ha dicho la Corte— no tiene lugar en todo caso, sino únicamente cuando la decisión penal pudiera influir en la de la controversia civil. Esta suspensión no es, pues, automática, es decir, no se determina simplemente por la sola existencia del proceso penal" (Sentencia del 16 de septiembre de 1950. LXVIII,79).

El testigo Ramiro Rueda Arenas declara que en alguna ocasión se encontraron el señor Porras y el doctor Noriega Rueda, y que el segundo le dijo al primero "que no se preocupara, que eso saldría pronto", sin que el deponente supiera de qué negocio se tratara; y concretado el testigo sobre la índole del asunto a que los interlocutores hubieran podido referirse, respondió: "No, las palabras que atravezaron (sic) ahí no hacían referencia a ningún pleito" (F. 58). Por su parte, el doctor Noriega Rueda niega haber conversado con el señor Porras, antes o después de su detención, sobre el asunto que a éste interesaba (F. 48 v.).

El cargo de parcialidad, que se ha formulado también contra el doctor Noriega Rueda y sus compañeros de Sala, carece, por tanto, de validez —al igual que los otros— y "no tiene el menor asomo de seriedad". Como lo anota el señor Procurador Delegado, al descorrer el traslado legal de estas diligencias, la Sala de Casación Civil de la Corte no encontró mérito para casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso tantas veces mencionado.

Del anterior examen se concluye que los doctores Teófilo Noriega Rueda, Alberto Rueda Amorocho y Guillermo Galvis Galvis, no infringieron como funcionarios de la rama jurisdiccional en el Tribunal Superior de San Gil, disposición penal ninguna, por lo cual debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 437 del estatuto procesal, como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador

Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, sobresee definitivamente en favor de los doctores Teófilo Noriega Rueda, Alberto Rueda Amorocho y Guillermo Galvis Galvis, por los cargos de que se les sindicó en este proceso, en el carácter de Magistrados del Tribunal Superior de San Gil los dos primeros y de Conjuez de la misma Corporación el último.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro.—Pedro Arturo Sanabria, Conjuez.—Julio E. Argüello, Secretario.

CUAL ES EL MAXIMO QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DECIDIR SI ES PROCEDENTE O NO EL RECURSO DE CASACION CUANDO DE LA PRIMERA INSTANCIA CONOCIO UN JUEZ DE CIRCUITO

El máximo de cinco años o más a que alude el artículo 557 del estatuto procesal y a que debe atenerse la Corte para admitir o desechar el recurso, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos IN GENERE, sino el imponible en el caso SUB JUDICE. Otra cosa es que, admitido el recurso con base en ese máximo, la pena decretada en la sentencia que se ha recurrido aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Aristóbulo Delgado a la pena principal de cuatro meses de prisión y multa de treinta y tres pesos ($ 33.00) moneda coriente, como responsable del delito de lesiones personales en Miguel Angel Rosero, por sentencia de fecha 18 de noviembre de 1952, contra la cual recurrió en casación el defensor del procesado, doctor Manuel J. Troya, con base en las causales 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala procede a resolver lo conducente, previa la tramitación legal del recurso.

Hechos y actuación procesal

En la noche del primero de julio de mil novecientos cincuenta y uno, en la población de La Unión, del departamento de Nariño, se encontraban, entre otros, Carlos Núñez y Aristóbulo Delgado, ingiriendo bebedas embriagantes, en la cantina de propiedad de Laura Pabón. Se acercó a éllos Miguel Angel Rosero, viejo amigo de Núñez, y como Delgado le ofreciera una copa de licor al primero, éste la rechazó tratándo al oferente de "hijo de puta" y de "ladrón", lo que determinó la reacción de Delgado, quien, armado de una botella o frasco, golpeó en la frente al ofensor, causándole una herida que le produjo doce días de incapacidad y una desfiguración facial de carácter permanente e irreparable (fl. 10 Cuaderno 1º).

El Juzgado Mixto del Circuito de La Unión, con fecha once de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, sobreseyó definitivamente en favor de Delgado, por estimar justificable el hecho al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal. Consultada la referida providencia con el Tribunal, esta entidad la revocó y llamó a Delgado a responder en juicio por el reato de lesiones personales, con fundamento en que "no se está en presencia de un caso de legítima defensa sino ante uno ejecutado en circunstancias que modifican la responsabilidad penal del autor del delito, como lo es el haberse cometido en estado de ira y de intenso dolor, por grave e injusta provocación" (fl. 23 Cuaderno 1º).

El Juzgado condenó al procesado a las penas de dos meses de prisión y diez y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 16,66) de multa a favor del Tesoro Nacional (entre otras), por sentencia de 5 de junio de 1952, que el Tribunal, en grado de consulta, confirmó con la REFORMA de elevar tales sanciones a cuatro meses y a treinta y tres pesos ($ 33.00), respectivamente, a la vez que REVOCO la suspensión de ejecución del fallo, decretada en la primera instancia (fl. 39 Cuaderno 1º).

La demanda

Causal Segunda.—Se alega esta causal por haberse atribuído al dictamen de los peritos reconocedores del ofendido un valor probatorio que no tiene, violándose con ello los artículos 203 y 260 del Código de Procedimiento Penal.

Causal Cuarta.—Se hace consistir en que se dictó la sentencia en un juicio viciado de nulidad

por no haberse levantado el acta de posesión de los mencionados peritos, "en la cual, además, debía constar el juramento de rigor según la fórmula sacramental establecida por el numeral 2º del artículo 147 del C. de P. P.".

Dice el demandante:

"....La falta del acta de posesión de los peritos, como la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas en ese artículo, vicia de nulidad el procedimiento, dice el inciso 3º del artículo 261 del C. de P. P., lo cual por otra parte, determina que la sentencia a que me vengo refiriendo sea, como lo es, violatoria de la Ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad...."

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal descorrió el traslado del presente negocio solicitando que la Sala se inhiba de conocer del recurso de casación interpuesto, o que no infirme la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Pasto, "por tratarse de una de aquellas que no da lugar a casación."

Se dice en la importante Vista Fiscal a que se hace referencia que al señor Aristóbulo Delgado se le imputó, en el auto de proceder, el delito de lesiones personales en Miguel Angel Rosero, que le causaron una incapacidad de doce días dejándole una desfiguración facial permanente e irreparable, según el dictamen de la Oficina Médico-Legal de Pasto; que, en la misma providencia, se aceptó que el ilícito fue consumado por Delgado "en estado de ira y de intenso dolor por grave e injusta provocación" (artículo 28 del C. P.); que el enjuiciamiento quedó ejecutoriado en esa forma, no sufrió modificación alguna durante el plenario, y la sentencia recurrida se pronunció en armonía con dicho pliego de cargos, aplicándose lo estatuído en los artículos 373, inciso 2º, y 28 de la misma obra; que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 557 del C. de P. P. para que el recurso de casación proceda contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en causas del conocimiento de los Jueces de Circuito, se requiere que los respectivos delitos "tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años"; que el delito materia del debate se halla reprimido con pena de uno a seis años de prisión, conforme al inciso 2º del artículo 373 del estatuto represivo, pero que, debiendo relacionarse el hecho cuestionado con la disposición especial del artículo 28 Ibidem, las escalas mínima y máxima de la infracción quedan reducidas, respectivamente, a cuatro meses y tres años de prisión, máximo éste que es inferior al requerido por el artículo 557 antes citado; que cuando esta norma exige que la sentencia del Tribunal recaiga sobre delito cuya sanción máxima sea de cinco años o más, está aludiendo y precisamente a una infracción concreta, determinada y específica, o sea aquella que el fallo ha calificado en sus elementos constitutivos y en sus circunstancias modificadoras, según el caso; que ello es así, porque, de lo contrario, habría imposibilidad jurídica de fijar los cinco años o más que el Código requiere cuando, como sucede generalmente en la parte especial del estatuto represivo, cada Capítulo de éste contiene distintas especies delictuosas con sanciones diferentes, de las cuales unas llegan a ese máximo y otras no; que la sanción principal que un delito merece no es solamente la prevista en el respectivo artículo, sino la comprendida en éste relacionada con las otras sanciones específicas que la complementan por razón de las modalidades particulares, objetivas y subjetivas, que concurran en el caso **sub-judice;** que esa indivisibilidad del delito y de sus circunstancias modificadoras frente a las sanciones que le corresponden, es lo que recoge el artículo 557 de la ley procesal para otorgar el recurso extraordinario de casación, y que éste no es admisible en el presente negocio por cuanto el delito de que ha respondido Aristóbulo Delgado tiene una pena máxima de tres años de prisión.

Consideraciones de la Sala

En sentencia de fecha 21 de septiembre último (Casación de Leopoldo Castro González), se hicieron los razonamientos que a continuación se reproducen, como fundamento de este fallo, por tratarse de caso similar al presente:

"....La cuestión planteada en el referido concepto del Sr. Ex-Procurador Delegado en lo Penal, doctor Luis Zafra —hoy miembro de la Sala— ha tenido ya, como éste lo recuerda, sus antecedentes jurisprudenciales en el fallo dictado por la Corte el 6 de julio de 1948, en el recurso de hecho promovido por el defensor de Fidel Enrique Jaramillo (G. J. 2064 y 2065, página 860) y en el proveído de 22 de septiembre de 1952, por el cual se negó la admisibilidad del recurso de casación en el proceso contra Gilberto Moreno y otro, en atención "a la calificación específica del delito y no a su figura genérica."

"Oportuno es traer también a la memoria lo

dicho por la Sala en sentencia de 26 de enero de 1944 (LVII, 171), ratificado luego en la de 14 de marzo de 1950 (LXVII), 207, a saber:

"La anterior legislación disponía que el recurso extraordinario de casación se otorgara, en los negocios de que conocen los Jueces de Circuito, cuando la pena impuesta por la sentencia fuese de seis años o más; y el nuevo Código de Procedimiento varió de criterio sobre el particular en forma fundamental, pues la posibilidad del recurso no se funda ya en la pena impuesta por la sentencia sino en la imponible según la ley".

"Hay ambigüedad en el pasaje transcrito, pues la locución pena "imponible según la ley" podría entenderse con relación a las dispsiciones que fijan las penas básicas, y no con referencia a las que señalan la sanción condicionándola a las modalidades de la infracción.

"Porque bien puede suceder —y a ello se provée mediante la casación —que una sea la pena impuesta en el fallo y otra la que ha debido imponerse de conformidad con la ley y con la realidad procesal.

"Entonces el máximo de cinco años o más a que alude el artículo 557 del estatuto procesal y a que debe atenerse la Sala para admitir o desechar el recurso, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos im genere sino el imponible en el caso sub judice. Otra cosa es que admitido el recurso con base en ese máximo, la pena deducida en la sentencia que se ha recurrido aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo acusado.

"Es ésta la interpretación que consulta mejor, por lo demás, la naturaleza del recurso, que no fue instituído en defensa de la ley considerada en abstracto, sino de la ley en el momento de ser aplicada al caso concreto, que es cuando pueden ocurrir las circunstancias previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dan lugar a la casación.

"Tres son los máximos que ofrece a la consideración de la Sala el caso de Leopoldo Castro González: el de la pena impuesta en la sentencia (un año de prisión); el señalado en la ley para el delito de lesiones personales con perturbación funcional permanente (seis años de presidio, inciso 2º del artículo 374 del Código Penal), y el que resulta de la disminución determinada por la modalidad reconocida en el fallo de instancia, de haber obrado el sujeto activo en estado de "ira motivada por provocación injusta de Pardo" (tres años de presidio: artículo 28 de la misma obra).

"No se tiene en cuenta, para la admisibilidad del recurso el primero, por voluntad del legislador de 1936, que cambió el de la pena impuesta por el de la imponible según la ley, y no se tiene en cuenta el segundo, para el mismo efecto, porque la "sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años" —que se exige en el artículo 557 del estatuto procesal, como requisito para que prospere el recurso de casación contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en las causas de que conocen los Jueces de Circuito —no es según la jurisprudencia que por el presente fallo se reitera y aclara, la establecida para el delito-base: habrá entonces de atenderse al máximo de tres años, o sea la mayor sanción señalada para el delito-base disminuída en la mitad (artículos 374, inciso 2º, y 28 del Código Penal).

"Para no invalidar la sentencia recurrida con fundamento en los anteriores considerandos, no es óbice el haberse admitido el recurso, porque, como lo expresó la Sala en caso similar al aquí examinado, "Cuando se le da entrada al recurso con el auto de admisibilidad, la Corte no adquiere un compromiso indesatable" y "Así como ese auto inicial del recurso no está indicando su prosperidad, tampco él vincula a la Corte hasta el punto de que tenga que sostener un yerro manifiesto, si al entrar en el estudio de fondo del negoció —y este estudio meditado y prolijo sólo se hace en la sentencia de casación— advierte que incurrió en él al facilitar el trámite indispensable para llegar, una vez agotado, a una u otra decisión" (Casación de Alejandro Sánchez, junio 21 de 1944. Ponencia del doctor Jordán Jiménez)."

Las razones que en la sentencia transcrita se adujeron son de estricta aplicación al extremo contemplado en estas diligencias, pues la pena máxima imponible al recurrente habría sido la de tres años de prisión, consideradas las modalidades del hecho reconocidas en el proceso y las respectivas disposiciones penales. No era, por lo tanto, procedente el recurso contra el fallo ameritado, por no tratarse de causa adelantada por delito reprimido con pena privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, motivo que hace, por sí mismo, innecesario el examen de fondo de las causales Segunda y Cuarta que en el libelo se invocan y sustentan.

Decisión

..Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley de acuerdo con la petición subsidiaria de su Colaborador Fiscal, NO INFIRMA la sentencia materia del recurso, de fecha diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Alejandro Camacho Latorre, Conjuez.—Domingo Sarasty Montenegro.— Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO. — EL SIMPLE ERROR DE EXEGESIS EN UN FALLO NO ES SUFICIENTE PARA FUNDAR UNA IMPUTACION DE PREVARICATO

El simple error de exégesis en un fallo o un entendimiento equivocado de la norma legal no se puede aducir como razones para imputarle al Juez el delito de prevaricato. Si ello fuera suficiente, la doctrina, que es fuente de interpretación y de avance cuando se discuen problemas jurídicos, se estancaría, no se renovaría nunca, porque los Jueces y Magistrados temerían ser acusados de prevaricadores cada vez que intentaran apartarse de una determinada tesis, que habría que respetar por su sola antigüedad, no obstante aparecer desacertada o susceptible de una mejor operancia ante las nuevas exigencias del Derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de lo Penal.—Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Hallándose en el Juzgado Civil del Circuito de Girardot el juicio de sucesiós testamentaria de Elena Verástegui, se promovió entre los legatarios (Mercedes Verástegui y Rafael María Charry), por una parte, y los albaceas (Alfredo y Jorge Verástegui), nombrados como tenedores y administradores del haber sucesoral, según la cláusula séptima del testamento otorgado el diez de agosto de mil novecientos treinta y siete, por la otra, un incidente sobre tenencia de los bienes relictos, el cual, en definitiva, fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el auto del trece de junio de mil novecientos cincuenta y uno, del Magistrado doctor Alvaro Hinestrosa, en el que se ordenó entregar tales bienes a los disputadores citados en segundo término (albaceas).

Esta decisión, que el Magistrado Hinestrosa se negó a reponer (auto del dieciocho de septiembre del mismo año), dio lugar a que el apoderado de los legatarios, doctor Julio Navarro T., quien intentó rebatirlas en varios memoriales, denunciara al funcionario que la dictó, atribuyéndole el delito de prevaricato, que apoyó en la enemistad entre él y el Magistrado, así como en la amistad de éste con el representante de los albaceas, doctor Julio Campo González, una y otra causales (14 y 15 del artículo 435 del Código Judicial) declaradas infundadas en providencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y dos, en la que se consideraron también con igual resultado las otras dos causales de recusación propuestas por el mismo doctor Navarro (la 3ª y la 13 de aquel artículo), a quien se le impuso una multa de cincuenta pesos, en atención al mandato del artículo 445 ibidem.

En los párrafos que preceden se han resumido los hechos de que trata el sumario que se inició con motivo de la denuncia contra el doctor Alvaro Hinestrosa, cuya calidad de Magistrado en ejercicio en ese entonces se halla establecida a los folios 36 vuelto y 42 vuelto de estas diligencias informativas, que en concepto del Ministerio Público (Procurador Primero Delegado en lo Penal) no deben proseguirse, previa declaración de inexistencia del delito materia de ellas.

Se considera:

Motivo de prolongadas discusiones ha sido el averiguar si el móvil determinante (simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros) de la sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, es necesario para que se incurra en el caso de prevaricato comprendido en las primeras líneas del artículo 168 del Código Penal, o si ese móvil se contrae a lo expresado en seguida, es decir, cuando se niega, se retarda o se rehusa un acto propio de las funciones del empleado oficial. En otros términos: si los sentimientos personales del funcionario obran como complemento general de las dos ocurrencias (injusticia o retardo), o sólo se refieren a la última.

La jurisprudencia se ha pronunciado en favor

del primer criterio, no obstante que de acuerdo con la noción ideológica y con el concepto gramatical de esa figura delictuosa aparece más aceptable el segundo.

Pero aún admitiendo que en el artículo 168 se trate de diversas situaciones jurídicas aisladas, o sea que baste la violación a sabiendas de la ley para que surja el delito, sería indispensable fijar el valor de ese elemento, que, de por sí, sin el auxilio de un determinante especial, vendría a configurar la transgresión como entidad punible. Y, en efecto, la doctrina se ha encargado de hacerlo. Porque si al "a sabiendas" se le asigna un valor tan significativo y definido como es el de edificar sobre su base uno de los más graves cargos que pueden formularse a quienes administran justicia, es a condición de que se aprecie en forma clara y evidente que la sentencia —si de ella se trata— se profirió con perfecto conocimiento de su ilegalidad y de lo arbitrario de sus declaraciones. Sólo así es posible hablar de que se ejecutó "a sabiendas" un acto expresa y manifiestamente injusto.

Por eso el simple error de exégesis en un fallo o un entendimiento equivocado de la norma legal no se pueden aducir como razones para imputarlo al Juez el delito de prevaricato. Si ello fuera suficiente, la doctrina, que es fuente de interpretación y de avance cuando se discuten problemas jurídicos, se estancaría, no se remozaría nunca, porque los Jueces y Magistrados temerían ser acusados de prevaricadores cada vez que intentaran apartarse de una determinada tesis, que habría que respetar por su sola antigüedad, no obstante aparecer desacertada o susceptible de una mejor operancia ante las nuevas exigencias del Derecho.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal transcribe en su Vista las juiciosas consideraciones que hizo la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá para declarar infundadas dos de las causales de recusación que presentó el doctor Navarro (la 14 y la 15 del artículo 435 del Código Judicial). En ese mismo auto —en la parte no reproducida— aquella Corporación, a propósito del examen de otra de las causales (la 13), pues ya se dijo que fueron cuatro, porque el recusante se proponía de manera simultánea separar del conocimiento del asunto al Magistrado, demandarlo por perjuicios en acción separada y sindicarlo de prevaricador, se expresó en estos términos:

«La primera observación que esta causal sugiere (la del pleito pendiente) es que ella ha sido provocada expresamente por el recusante para aducirla luégo como fundamento de la recusación. Esa demanda es un hecho posterior a la actividad jurisdiccional del Magistrado y tiene su origen precisamente en esta actividad. No hay de por medio entre él y las partes ninguna diferencia de intereses o de otro orden distinta de la inconformidad y resentimiento de éstas por las decisiones del Magistrado. Para que una causal de recusación como ésta de pleito pendiente pueda alegarse con probabilidades de éxito, no debe ser el fruto de una obra calculada del recusante, con la intención de crear por sí mismo, por modo extraño a la vida común, de relación o de negocios entre las personas, un motivo de inhabilitación legal del funcionario para conocer determinado asunto...».

De lo anterior se deduce:

1º—Que no se demostró que el doctro Alvaro Hinestrosa fuera amigo íntimo de una de las partes en el juicio de sucesión y enemigo de la otra, pues respecto de la amistad no se adujo prueba alguna, y en lo que hace a ésta grave enemistad) sólo existe la afirmación del recusante, no compartida por el recusado, quien dijo ignorar ese encono, surgido a posteriori y no antes de la actuación que le dio origen, pues de lo contrario no se comprende por qué no se hizo uso de ese medio desde el momento en que el Magistrado Hinestrosa avocó el conocimiento del negocio; porque esperar a que se produzca el acto para, según sea adverso o no a los puntos de vista del abogado, intentar una recusación fundada en grave enemistad, no deja de ser un procedimiento extraño y por lo tanto inaceptable;

2º—Que la orden de entregar los bienes de la sucesión de la señora Elena Verástegui a quienes ella designó como albaceas con ese fin no permite siquiera suponer que el Magistrado que la dio violó la ley «a sabiendas», pues el hecho de sostener en una providencia judicial tesis opuesta a las de quienes litigan no está ni podría estar erigido en delito en el respectivo Código; y

3º—Que sentencia arbitraria e injusta no es la que pugne con los intereses de una de las partes en el juicio, ni ella adquiere tal carácter porque no concuerde con el concepto de quien la critique, pues entonces éste se convertiría en intérprete máximo del precepto o norma que él mismo afirma haber sido violado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo

Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal (Procurador Primero Delegado en lo Penal),

Resuelve:

1º—Declárase que no existe el delito imputado en la denuncia de que se ha venido tratando; y

2º—Ordénase la cesación del procedimiento iniciado con ese motivo contra el doctor Alvaro Hinestrosa.

Dése cuenta al Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil), para los efectos de lo comunicado a él en auto del dieciocho de diciembre del año próximo pasado (folio 108).

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO. — NO PUEDEN PRACTICARSE LAS PRUEBAS SOLICITADAS EL ULTIMO DIA DEL TERMINO SEÑALADO POR EL ARTICULO 395 DEL C. J., Y NO COMETE DELITO EL FUNCIONARIO QUE DENIEGUE DICHA PRACTICA

1.—Las pruebas pedidas el último día de los nueve que señala el artículo 395 del C. J., no pueden ser recibidas, aunque fueron pedidas en tiempo, porque el término para la práctica de las mismas ha precluído, pues el dicho término de nueve días es común e improrrogable: común, en cuanto dentro de ese lapso deben pedirse y practicarse las pruebas; improrrogable, en cuanto la ley no fija un plazo mayor después de su vencimiento.

No comete, por tanto, delito alguno el juez o magistrado que en esas circunstancias deniega la práctica de pruebas solicitadas por una de las partes.

2. — La discrepancia entre los puntos de vista sostenidos por el demandante y el Juez que resuelve el litigio no constituye delito de prevaricato ni de abuso de autoridad; es el hecho de dictar resolución o dictamen contrarios a la ley, a sabiendas de que el acto es injusto o ilegal, movido por sentimientos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, lo que estructura el prevaricato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En memorial de diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, el doctor José Ulloque Meneses denuncia al roctor **Enrique Nieto Carrol**, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, los cuales hace consistir en los siguientes hechos:

a)—En el juicio ejecutivo adelantado por Máximo Pineda Gómez contra Oswaldo y Julio Salas, el denunciante objetó el concepto pericial sobre el avalúo de bienes por «error grave». Sustanciado el incidente como una articulación (Art. 395 C. J.) y abierto a prueba, el último día el denunciante pidió se practicaran algunas, petición que fue negada por el inferior y confirmada por el superior. Este hecho, en sentir del denunciante, («por lo absurdo o por lo menos en ello hay una falsedad, pues el término probatorio finalizada (sic) a las doce de la noche de ese día y el Juzgado no estaba abierto a esas horas») constituye delito de prevaricato, ya que estos errores fueron cometidos a sabiendas porque «se supone que un Magistrado, abogado titulado, presume el conocimiento de las leyes del país con las cuales tiene que administrar justicia, el suscrito denunciante perdió el incidente en el juicio referido y fue condenano en costas mi representado, lo cual implica un perjuicio doble: perjuicio material contra mi mandante y el perjuicio moral contra el profesional».

b)—El Presbítero Francisco Cadavid C., Párroco de la iglesia de Chiquinquirá, en la ciudad de Barranquillaquilla el cinco de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y uno, efectuó una rifa de un automóvil marca «Hudson Pacemaker», de cuatro puertas. El señor Miguel A. Ruiz G., rematá doscientas boletas para la rifa, de las cuales unas vendió y otras regaló; entre estas últimas está la número seis, cero, dos, uno (6021) —la premiada— y que, según afirmación de Ruiz G., fue regalada a Luis Eduardo González, aseveración que se halla respaldada por los declarantes Ernesto Salcedo Rivaldo, Gabriel Castro Garrido y Lino Terán, personas que acompañaron a Ruiz a casa de González con el objeto de comunicarle la noticia y felicitarlo por haber obtenido el premio.

Miguel A. Ruiz G., por conducto de su apoderado José Ulloque Meneses, presentó denuncia criminal por la pérdida o sustracción de la boleta

premiada y consecuencialmente pidió el secuestro del automóvil. El Inspector de Policía aceptó la denuncia y ordenó el depósito. Posteriormente pidió la entrega del vehículo, pero el Juzgado Tercero Superior no aceptó la petición y revocó la orden de depósito, disponiendo la entrega al Presbítero Cadavid. El Tribunal, al revisar por apelación dicha providencia, la confirmó siendo Magistrado Ponente el doctor Gerardo González, y el doctor Nieto Carroll como miembro integrante de la Sala firmó el fallo.

La actuación del doctor Nieto Carroll, no la encontró correcta el doctor Ulloque Meneses, cuando dice:

«...fue el más interesado en perjudicarme tanto al suscrito deponente como al representado señor Miguel A. Ruiz en forma material y moral, pues ese negocio lo hundió el doctor Nieto Carroll por lo cual se deduce el perjuicio material que deja de percibir el suscrito por concepto de honorarios que yo estimo en la suma de tres mil pesos ($ 3.000), y moralmente la pérdida de ese negocio en el rol de mi ejercicio profesional me ha causado desprestigio...» y,

c)—La señora María Rolando de Verani demandó a Luis Carlos Galofre, para que por los trámites de un juicio de venta o adjudicación de bienes hipotecados, se ordene la venta en pública subasta o en subsidio su adjudicación a la acreedora del bien raíz de propiedad del demandado. El demandante acompañó los documentos a que hace referencia la disposición del artículo 1189 del Código de Procedimiento Civil, y surtidos los trámites legales, se ordenó el avalúo de los bienes, venta en pública subasta, liquidación del crédito y pago al acreedor con el producto del remate (Art. 1892 del C. de P. P.). Ejecutoriada esta providencia se señalaría fecha para el remate de los bienes.

Señalada fecha para el remate del bien hipotecado, el doctor Ulloque Meneses, solicitó nulidad del juicio porque «el Juez sin avisar a las partes, de manera sorpresiva, es decir, sin dictar auto de citación para sentencia, dictó la sentencia en dicho juicio». Apelada la providencia «correspondió el negocio al doctor Nieto Carroll quien la confirmó sin resultado alguno favorable»; —son palabras del denunciante.— Este hecho, omisión del auto de citación para sentencia, en sentir del denunciante, constituye el delito de prevaricato.

Investigación

Al sumario se allegaron copias de la actuación y providencias dictadas en los negocios en los cuales el denunciante afirma se cometieron los ilícitos materia de la presente investigación.

Con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión, se acredita la calidad de empleado público como funcionario de la Rama Jurisdiccional en la persona del doctor Enrique Nieto Carroll.

Al Magistrado acusado no se le recibió declaración indagatoria y para llegar a esa conclusión el Juzgado Tercero Penal del Circuito, hizo un estudio detenido de los cargos que se le imputan y motivó judicialmente su providencia (folios 131 a 142).

Por auto de veintisiete de abril de mi lnovecientos cincuenta y tres, la Corte declaró cerrada la presente investigación y ordenó correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal, para que conceptuara sobre el mérito del sumario.

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público en su vista fiscal analiza detenidamente los cargos imputados al doctor Nieto Carroll y expresa como conclusión los siguientes:

«Que es el caso de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, pues aparece plenamente comprobado que no se han realizado los hechos imputados; que los hechos investigados no son constitutivos de delito alguno; y que aparece claramente demostrada la inocencia del procesado doctor Enrique Nieto Carroll ex-Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla; y por tanto deberá dictarse sobreseimiento definitivo a su favor;»;

«Que si la decisión de la H. Corte estuviere de acuerdo con lo anterior, se ordene que por la autoridad competente se inicie la acción o acciones del caso contra el denunciante, que es abogado titulado, por «Falsas imputaciones hechas ante las autoridades», o se apliquen las normas sobre abogacía contenidas en las leyes 62 de 1928, 21 de 1931, 69 de 1945 y Decretos reglamentarios correspondientes".

«Todo lo cual esta Procuraduría solicita atentamente a la H. Corte se digne decretar».

Se considera:

Primer cargo

Es principio de derecho procesal que los términos establecidos por la ley constituyen una garantía para las partes que actúan dentro del juicio. Los términos, estimulan la rapidez del juicio y guardan un equilibrio dentro de la ley para hacer efectivos los derechos de los litigantes, por lo cual en la interpretación de los textos legales que los establecen y gobiernan, debe proceder con estricta sujeción a sus reglas formales.

El imperio de los términos establecidos por la ley es de orden público, y en su cumplimiento estriba la garantía de los derechos de las partes litigantes, y la del Estado dentro de su función de administrar justicia. Los plazos señalados por la ley son de obligatorios cumplimiento; de allí que el ejercicio de los derechos de las partes deben ceñirse estrictamente a los términos consagrados por el legislador para cada caso particular.

Cuando la ley dispone que un incidente —dentro del juicio— se tramite como una articulación (Art. 395 del C. J.), fija las normas procesales a las cuales deben someterse tanto el Juez como las partes. Y los términos señalados en la disposición que se comenta, son de imperativo cumplimiento. Así, pues, cuando hay hechos que probar, el incidente se abre a prueba por el término de nueve días, expirados los cuales, el Juez, dentro de los cinco siguientes, debe fallar.

El término de nueve días de que habla la ley en su artículo 395 es común e improrrogable; común, en cuanto dentro de ese lapso deben pedirse y practicarse las pruebas; improrrogable, en cuanto la ley no fija un plazo mayor después de su vencimiento para practicarlas. En estos casos, el derecho de las partes y el ejercicio del mismo dentro del juicio se halla condicionado por los términos, siendo procedente toda petición que se haga dentro de ellos, e improcedente toda solicitud posterior a los mismos.

Si la solicitud para que se practiquen pruebas en un incidente de articulación se presenta al finalizar el último día —nueve que señala la ley— es natural que fueron pedidas en tiempo, pero la práctica de las mismas es inoperante porque el término para recibirlas ha precluído. La ley consagra nueve días para pedirlas y practicarlas, pero no deja al capricho o arbitrio de las partes el que ellas se pidan o practiquen fuera de los términos legales, ni hay disposición expresa que establezca un término distinto para recibirlas. Por esto es por lo que se dice que los términos gobiernan las actuaciones procesales y que el imperio de estas normas es de orden público.

Si por falta de pruebas en un juicio ejecutivo, se declara no probada la tacha —por error grave— a un concepto pericial, el funcionario que dicta la providencia no comete delito, sino únicamente interpreta el espíritu de la ley de acuerdo con las normas establecidas para cada caso particular. El delito de prevaricato sólo se estructura cuando a sabiendas y por simpatía a unos interesados o animadversión hacia otros se dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley; pero la interpretación de la misma en desacuerdo con una de las partes interesadas, no constituye delito, máxime cuando no se hallan demostrados los factores que integran la figura delictual.

Segundo cargo

Dentro del proceso penal, el dueño, el poseedor o el tenedor legítimo de las cosas aprehendidas en la investigación y que no deban confiscarse, puede demandar la restitución. Si se comprueba la propiedad, posseión o tenencia legítima del demandante, el funcionario ante quien se demanda la restitución hace la entrega, previo avalúo de las cosas reclamadas. (Art. 30 del C. de P. P.).

Las armas, instrumentos y efectos con los cuales se comete el delito o que provengan de su ejecución, son objeto de secuestro y forman parte del sumario para efectos de la investigación (Art. 316 C. de P. P.).

Cuando la parte civil dentro de un proceso penal solicita el embargo o secuestro de bienes, previamente, debe otorgar caución suficiente para garantizar los perjuicios que se puedan causar al procesado si apareciere que la acción fue temeraria (Art. 131 del C. de P. P.).

Las disposiciones anteriores regulan el secuestro, embargo y entrega de cosas o efectos aprehendidos dentro de la investigación. En el primer caso (Art. 30), la persona que demanda la restitución debe demostrar la propiedad, o bien la posesión o la tenencia de las cosas aprehendidas, y comprobada esta calidad, el funcionario hace la respectiva entrega. En el segundo, si los efectos o cosas no son materia de confiscación, también puede demandarse la entrega, y el Juez, previo embargo y secuestro de ellas, puede ha-

... el depósito en la persona que demanda la restitución. En el tercero, el embargo, secuestro y entrega de ellas se hace mediante caución previa de la parte civil para garantizar los perjuicios provenientes de la acción. Fuera de estos casos, —dentro del proceso penal— la acción tendiente a reclamar la entrega de bienes aprehendidos en la investigación, no tiene ninguna efectividad.

La providencia de la Fiscalía (10 de diciembre de 1951), como la del Tribunal (1º de abril de 1952) que revocan la orden de depósito del automóvil y disponen entregar el vehículo al Párroco de la Iglesia de Chiquinquirá, no entrañan, respecto de los funcionarios que las dictaron, delito de prevaricato ni abuso de autoridad. Lo primero, porque el demandante por conducto de su apoderado, no demostró ni ser dueño o poseedor, ni tenedor legítimo del automóvil; lo segundo, porque el vehículo no fue aprehendido en la investigación ni es un efecto proveniente de la comisión de un delito, ni sirvió para ejecutarlo; y tercero, porque no se trataba de embargar o secuestrar para efecto de una posterior entrega, cosas, bienes o efectos provenientes de la acción civil propuesta por el presunto damnificado.

La acción penal tenía como consecuencia directa e inmediata, descubrir la persona que se hubiera apoderado, sustraído o hurtado la boleta que se dice fue premiada con el automóvil «Hudson Pacemaker», boleta que sirvió para reclamarlo, pero dicho automóvil no era motivo de ninguna controversia ni penal ni civil. Es natural que la acción para reclamar el automóvil en este caso, no era la penal sino la civil, donde se ventilarían los posibles derechos de propiedad. La providencia del Tribunal que confirma, por una parte, la revocatoria del depósito, y por otra, la entrega del automóvil en la persona del Presbítero doctor Cadavid era legal, y con ella no se lesionaba derecho alguno de las partes que intervenían en el proceso penal.

Tercer cargo

El juicio de venta o adjudicación de la prenda o bienes hipotecados, es un juicio especial, por consiguiente, sujeto a la tramitación del Título XLII del Código de Procedimiento Civil. Sus disposiciones son de imperativo cumplimiento y en la observancia de ellas radica la garantía de las partes.

Para la viabilidad de la demanda es indispensable que el actor presente el título de su crédito y que éste preste mérito ejecutivo; a la demanda debe acompañarse el certificado del Registrador de Instrumento Públicos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1008 del Código Judicial. Acreditada la vigencia del gravamen, el Juez decreta de plano el embargo de los bienes y ordena la citación de los acreedores que tengan acción real de acuerdo con el certificado. Si el demandado se opone al juicio, éste se abre a pruebas, y vencido el término el Juez falla dentro de los cinco días siguientes. La sentencia debe contener estas ordenaciones: venta del inmueble hipotecado, orden de pago del respectivo crédito previa su liquidación, y señalamiento del día y hora para el remate de los bienes.

Dentro de este juicio, que por su naturaleza es especial, no existe ninguna normal procesal que obligue al Juez a dictar auto señalando fecha de citación para la sentencia. Es natural que de conformidad con el artículo 1192 del Código Judicial, las disposiciones del juicio ejecutivo son aplicables al juicio de venta o adjudicación de los bienes hipotecados, pero dentro de esas disposiciones (según lo expresa el tratadista Hernando Morales), no está la citación para sentencia. En otros términos, las normas aplicables son aquellas que por su nauraleza no se oponen al juicio especial; de manera que la omisión del auto de citación para sentencia aplicable a otros juicios, no tiene poder suficiente para estructurar un delito de prevaricato.

Por otra parte, la discrepancia entre los puntos de vista sostenidos por el demandante y el Juez que resuelve el litigio no constituye delito de prevaricato ni de abuso de autoridad; es el hecho de dictar resolución o dictamen contrarios a la ley, a sabiendas de que el acto es injusto o ilegal, movido por sentimientos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, lo que estructura el prevaricato, y esta situación no fue, precisamente, la contemplada en los cargos que dieron margen a la presente investigación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autroidad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

a)—Sobreseer definitivamente en favor del Dr.

Enrique Nieto Carroll, de notas civiles conocidas, por los cargos materia de la presente investigación, pues los hechos imputados no son constitutivos de delito alguno, ni el sindicado los ha realizado.

b)—De acuerdo con lo pedido por el Agente del Ministerio Público, sáquense copias de lo pertinente para que se averigüe la responsabilidad en que hubiere incurrido el doctor José Ulloque Meneses por un delito de las «Falsas imputaciones hechas ante las Autoridades».

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.— Domingo Sarasty Monténegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.



CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

Para que la Corte pueda omitir concepto favorable a la solicitud de cambio de radicación de un proceso penal, es, necesario que exista prueba de los motivos del traslado, aunque no es indispensable que ella sea una prueba plena.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de lo Penal.— Bogotá, veintiséis de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Procede la Corte a dar su concepto sobre la solicitud elevada al Gobierno Nacional por el representante del sindicado doctor Pedro J. Cerezo, para que se cambie de radicación el proceso que a éste se le adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Manizales por el delito de homicidio en la persona del doctor Delio Duque Gómez.

El peticionario aduce estas razones: que la muerte violenta del doctor Duque Gómez conmovió hondamente a la sociedad, por la juventud de la víctima, sus merecimientos y el parentesco con distinguidas familias de Manizales; que el doctro Antonio Duque Gómez, hermano del ofendido, desempeñó hasta hace poco el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de dicha ciudad, y es él quien tiene la representación de la parte civil en el proceso; y que el delito de homicidio mencionado creó en el lugar un ambiente hostil contra el doctor Cerezo, que lo hace sentirse inseguro allí, máxime cuando no es oriundo de Manizales, y el que murió sí lo era.

Como pruebas de dichas aserciones el señor apoderado acompañó las siguientes :

a)—Los testimonios de cinco médicos y de un abogado. Cuatro de los primeros y el último declaran uniformemente ser verdad que "con motivo de la muerte violenta del doctor Delio Duque Gómez, se creó en la ciudad un ambiente hostil para el doctor Pedro J. Cerezo, sindicado de tal muerte, por razón de las vinculaciones sociales y profesionales del doctor Duque Gómez, quien ejercía la profesión en esta ciudad (Manizales), como médico, con numerosa clientela"; y que «es muy cierto que el ambiente hostil para el doctor Cerezo se manifestó en forma ostensible desde el mismo momento en que supo (sic) que había sido el victimario del doctor Duque Gómez, por la juventud de la víctima, su parentesco con familias muy conocidas y apreciadas de la ciudad, por los merecimientos del doctor Duque Gómez y de sus hermanos, uno de los cuales fue Juez y Magistrado del H. Tribunal Superior".

Agregan los deponentes que se hace necesario, para el juzgamiento imparcial del procesado, que el negocio se traslade a otro lugar", a efecto de que no quede duda sobre la recta administración de justicia".

Sólo uno de los testigos —el doctor Filiberto Carvajal— se apartó del interrogatorio común, y dijo:

«La muerte violenta del doctor Delio Duque Gómez conmovió profundamente a la sociedad y al cuerpo médico, pero no puedo juzgar si la presión pública en uno o en otro sentido puede modificar la verdadera aplicación de justicia aquí o en cualquier parte de la República»;

b)—Copia de los Acuerdos del Tribunal Superior de Manizales, según los cuales, el doctor Ricaurte López Serna fue nombrado Juez 2º Penal de ese Circuito el 15 de junio de 1953, y después Juez 2º Superior, interino, del Distrito Judicial con fecha 12 de junio de 1954. Asimismo aparece de esos documentos que el 15 de junio de 1953, se nombró al doctor Oscar Villegas A., Juez 1º Superior. En el nombramiento del doctor López Serna como Juez 2º Penal del Circuito intervino el Magistrado doctor Antonio Duque Gómez, lo mismo que en el nombramiento del doctor Villegas A., para Juez 1º Superior.

Se anota que el doctor Ricaurte López S., conoce actualmente del proceso por homicidio contra el doctor Pedro J. Cerezo;

c)—Copia de las partidas de origen eclesiástico, con las cuales se establece que los doctores Antonio y Delio Duque Gómez nacieron en Manizales y eran hermanos legítimos; y

d)—Copia de la partida de nacimiento del doc-

tor Pedro J. Cerezo expedida por el Párroco de Cartago.

Por su parte, el doctor Antonio Duque Gómez —apoderado de la parte civil—, se dirigió al Ministerio de Justicia, oponiéndose al cambio de radicación en referencia. Al efecto, hizo una crítica a los testimonios presentados por la defensa para ese fin, y acompañó otras declaraciones de algunos de esos mismos testigos (cinco en total), recibidas con posterioridad.

De esta nueva prueba se deduce que, en concepto de los exponentes, las autoridades de Manizales «son limpias e incorruptibles y ajenas a toda influencia»; y que la alarma pública que el delito produjo en dicha ciudad, fue la consecuencia natural de un hecho de esa naturaleza, aunque uno de los declarantes —el doctor Jaime Villegas— observa que la conmoción colectiva fue «mayor, más notoria, más sorprendente y más impresionante, debido a la categoría social e intelectual de los protagonistas y de las circunstancias como se realizaron los hechos».

En cuanto al tratamiento dado al doctor Cerezo por parte de las autoridades durante la detención preventiva, dos de los testigos afirman que ese tratamiento ha sido el correspondiente a cualquier sindicado. Los demás declarantes nada saben al respecto.

Por último ,el abogado de la parte civil acompañó un ejemplar del periódico **La Patria,** de Manizales, donde se dió la noticia del suceso en que perdió la vida el doctor Duque Gómez; y un certificado del Director de ese Diario, en el cual se dice que «no se ha vuelto a mencionar en el periódico el homicidio de que fue víctima el doctor Delio Duque Gómez, ni a publicar nota alguna que tenga algo que ver con el doctor Pedro J. Cerezo, sindicado en el proceso que la justicia ordinaria le adelanta».

Considera la Corte:

El cambio de radicación de un proceso penal es una medida extraordinaria, en virtud de que afecta el principio general que gobierna la competencia por razón del territorio donde se comete el delito. Sólo un elevado interés público puede justificar dicha medida excepcional, cuando el ilícito realizado, por especiales factores, altera de tal manera el ambiente social en determinado lugar, que se hace probable el riesgo de que los jueces pierdan su ecuanimidad y apliquen parcialmente la justicia.

Por eso, el Código de Procedimiento somete el cambio de radicación a particulares requisitos, a saber: intervención de las ramas ejecutiva y jurisdiccional, esta última por medio de un concepto de la Corte Suprema o del Tribunal Superior respectivo, según el caso; prueba, aunque no plena, de los motivos del traslado; y conveniencia de éste para «la recta administración de justicia», que es la causa suprema del acto. (Art. 58 y 59).

En el presente asunto, la prueba testimonial levantada tiene graves vicios. Primeramente, los declarantes se limitaron a reproducir el contenido literal de las preguntas que les formuló la defensa sobre el ambiente hostil contra el procesado, sistema que rechaza la ley, hasta el punto de decir que no se admitirá por respuesta, la reproducción del texto de la pregunta» (Art. 239 C. de P. P.). Prohibición tendiente a que el testigo sea espontáneo en su relato y manifieste la manera como llegó a conocer los hechos que afirma, esto es, si declara por propia percepción, o por referencias (Art. 236 ibidém).

En segundo lugar, los testigos hablan de «un ambiente hostil para el doctor Pedro J. Cerezo», pero sin dar la razón de su dicho. La hostilidad es una resultante, un efecto, producido por hechos concretos y precisos, y a éstos debe referirse el deponente para poder acreditar aquélla, pues de lo contrario, el testimonio equivaldría a un mero concepto, a uan apreciación subjetiva, impropia de quien debe exponer sucesos que han herido sus sentidos.

Por lo visto, las declaraciones examinadas carecen de valor.

La circunstancia de que el apoderado de la parte civil, doctor Antonio Duque Gómez, hubiera sido Magistrado del Tribunal Superior de Manizales y con ese carácter hubiese intervenido en la elección de Jueces de dicho Distrito, no es razón suficiente para desconfiar de que el funcionario que conoce del negocio contra el doctor Cerezo, pueda incurrir en parcialidad, porque, dada la presunción de rectitud moral y de independencia que abona a los juzgadores, el nombramiento de éstos no crea ningún vínculo de intereses particulares con sus superiores que los aparte de la sagrada misión de administrar justicia honestamente. Además, el entonces Magistrado Duque Gómez no participó en la elección del doctor Ricaurte López Serna para Juez Segundo Superior, sino para Juez del Circuito, con mucha anterioridad a la fecha en que ocurrió el homicidio ameritado.

Finalmente, la afirmación de la defensa sobre

la inseguridad del doctor Cerezo en la ciudad de Manizales, no tiene el menor respaldo probatorio.

En resumen: lo que se deduce de estas diligencias es que la muerte violenta del doctor Delio Duque Gómez produjo en Manizales honda conmoción por la calidad de los protagonistas; pero sin que aparezca el más leve indicio de que la familia de la víctima o sus amigos hayan puesto sus influencias para torcer el curso del proceso y perjudicar los intereses del sindicado. Y en este orden de ideas, cabe reproducir aquí lo que ha dicho la Corte en situaciones semejantes:

«Una cosa es la posición social, o sea la categoría o condición que posee determinada familia o persona en sus diversas actividades dentro de la sociedad, y otra muy distinta la influencia o predominio moral que ellas puedan ejercer para que se impongan sus determinaciones, con preferencia a las de la persona sobre la cual se tiene ese ascendiente moral» (Concepto de 19 de junio de 1946).

«Si cada vez que por la mera afirmación de que la víctima del delito ocupaba una destacada posición social en el sitio en que el hecho ocurrió, se temiera —por eso nada más— una situación desventajosa para el infractor y por ello hubiera que acudir al traslado del proceso a otro lugar, se establecería una práctica viciosa y ya la medida no sería extraordinaria sino ordinaria o común.

«También hay que tener en cuenta que en medios poblados, en grandes ciudades en donde no es fácil indicar qué grupo o agrupación de la sociedad es la verdaderamente influyente y en dónde la posibilidad de que ella juzgue u obre en los procesos penales se reduce muchísimo, aquel factor no tendrá nunca el mismo acento que en otros de escasa población». (Concepto de 30 de agosto de 1946).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal—, conceptúa que no es el caso de acceder al cambio de radicación del proceso por homicidio contra el doctor Pedro J. Cerezo.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Ricardo Jordán Jiménez.— Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El artículo 2347 del Código Civil consagra el principio de la responsabilidad indirecta de las personas naturales o jurídicas por los actos de sus agentes o dependientes. Supone que la persona o entidad que obra por medio de ellos está en el deber de seleccionarlos y vigilar su conducta para evitar la ejecución de daños a terceros.

Por consiguiente, es al demandado a quien corresponde, para quedar exento de responsabilidad, suministrar la prueba de que "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe", no pudo impedir el hecho; y no al demandante la de que aquél lo habría podido impedir, para que prospere su acción indemnizatoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El presente juicio ordinario seguido por David Uribe Restrepo contra la Nación ha venido a la Corte por apelación concedida a la parte demandada contra la sentencia de fecha 21 de julio del presente año proferida por el Tribunal Superior de Manizales.

El 1º de octubre de 1951, más o menos a las tres de la tarde, Gustavo Uribe Duque iba manejando el automovil marca Dodge, modelo 1950, distinguido con la placa Nos. 0502 de Caldas, por la carrera 23 entre calles 23 y 24 de la ciudad de Manizales, cuando hubo de detenerse detrás de una fila de vehículos inmediatamente después del camión de placas Nos. 1494. Estando allí apareció por la misma vía el camión Chevrolet Nº 27, de la Zona de Carreteras Nacionales de Manizales, conducido por Eduardo Vargas, el cual vino a dar contra el automóvil del demandante lanzándolo contra el camión 1494. A consecuencia del choque el automóvil sufrió considerables daños.

Basado en estos hechos, el señor David Uribe Restrepo formuló demanda contra la Nación para que mediante el trámite del juicio ordinario se declare:

"Primero.—Que el accidente o choque a que se hace mención en el cuerpo de esta demanda, se causó por culpa, descuido y negligencia del chofer señor Eduardo Vargas.

"Segundo.—Que el chofer señor Eduardo Vargas era agente, empleado o dependiente de la Nación en el momento de producirse el accidente o choque mencionado.

"Tercero.—Que el camión que conducía el señor Eduardo Vargas, con el cual se causaron los daños y perjuicios enunciados, era de propiedad de la Nación en el momento de producirse el accidente o choque en referencia.

"Cuarto.—Que la Nación es responsable de los daños y perjuicios que se causaron al automóvil de mi poderdante y a éste, por motivo del accidente o choque a que se refiere esta demanda.

"Quinto.—Que, en consecuencia, se condene a la Nación a pagar a mi poderdante, señor David Uribe Restrepo, mayor y de esta vecindad, dentro del plazo que se le señale, la totalidad de los daños y perjuicios que se causaron con el choque o accidente en referencia, al automóvil de su propiedad y a él, en la cuantía que se demuestre en el curso del presente juicio. Subsidiariamente que se haga la anterior condenación en forma abstracta."

Como fundamentos de derecho se invocan los preceptos del Libro IV, Título 34 del Código Civil.

Admitida la demanda, se corrió traslado de ella al señor Fiscal 2º del Tribunal de Manizales, y éste la contestó oponiéndose a las pretensiones del actor, negando los hechos y el derecho invocados por aquél, y proponiendo las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, petición

antes de tiempo, petición de modo indebido, ilegitimidad de personería de las partes y la general prevista en el art. 329 del C. J.

Trabada así la litis se recibió el juicio a prueba ,produciéndose las que constan en el cuaderno Nº 2, por petición de la parte actora, y agotado el trámite propio del juicio, el Tribunal dictó la sentencia apelada, cuya parte resolutiva expresa:

"1º—CONDENASE a la Nación colombiana a pagar al señor David Uribe Restrepo, mayor y vecino de Manizales, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de Tres mil cuatrocientos treinta y nueve pesos ($ 3.439.00) moneda legal, valor de los perjuicios materiales sufridos por éste con ocasión del accidente de tránsito de que da cuenta la demanda y a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia.

"2º—No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda.

"3º—Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"4º—Sin costas.

Surtido en esta Corporación el trámite de la segunda instancia, en la que solamente se produjo el alegato de conclusión de la Procuraduría, ha llegado el momento de dictar sentencia.

Acredita el demandante su interés jurídico en el pleito con la presentación de la factura de compra del automóvil a la Casa Restrepo Limitada de Manizales, el 2 de agosto de 1950; con la certificación de hallarse matriculado el vehículo a su nombre en la Dirección de Circulación y Tránsito el 3 de agosto del mismo año, y con las declaraciones que rindieron los señores Bernardo Arango, Julio César Moreno y Francisco Carrasco sobre la misma propiedad.

Mediante la certificación oficial visible al folio 27, se ha demostrado que la Nación es propietaria del camión Nº 27 al servicio de la Zona de Carreteras Nacionales de Manizales, y que el conductor Eduardo Vargas trabajaba a órdenes de la Jefatura de dicha zona en el día del accidente.

Las partes han estado representadas debidamente en el juicio.

Los hechos, tal como se hallan relatados en la demanda, fueron comprobados en los autos con los siguientes elementos:

Leonidas Robledo, testigo presencial, declara en lo pertinente: "... el choque ocurrió en la forma expresada en la pregunta, o sea que, un carro trató de coger la vía de la carrera 23 al frente del Club Manizales, suspendiendo el tránsito de un camión cargado con adobe que en ese preciso momento pasaba por allí. Este camión se detuvo y le pitó al automóvil que lo obstruía: detrás del mismo camión se detuvo por la misma causa el automóvil de don David Uribe; estando en esta posición los referidos vehículos, llegó a una velocidad más que normal el camión de las carreteras nacionales, precipitándose sobre el carro de don David, el cual por la violencia del choque fue arrastrado hasta quedar incrustado por su parte delantera con el camión cargado de adobe a que antes hice referencia.." Más adelante agrega: "..pude cerciorarme que el señor que manejaba el camión de las carreteras se encontraba en estado de embriaguez. A consecuencia del choque que he dejado descrito el automóvil de don David sufrió graves daños principalmente en sus partes delantera y trasera que quedaron completamente hundidas o abolladas al quedar prensado por el camión de las carreteras y el camión cargado de adobe a que he hecho alusión." (fs. 21 v. y 22).

Los señores Arturo Mesa Cuartas (f. 21) y Guillermo Quintero (f. 31), declaran no haber presenciado el acto mismo en que el camión 27 atropelló al automóvil por hallarse dentro del almacén que el primero tiene en ese sitio, pero que al sentir el golpe salieron a la calle y pudieron darse cuenta de que el automóvil del señor Uribe Restrepo se hallaba prensado entre un camión que se encontraba adelante y una volqueta oficial que se hallaba detrás, y deducen que el automóvil al ser golpeado por detrás tuvo que ser impulsado contra el camión cargado de adobes, por las huellas que aquél dejó sobre el pavimento. El testigo Mesa afirma haber visto que el camión cargado de adobes estaba detenido frente a su almacén.

Los peritos de la Dirección de Circulación y Tránsito de Manizales, señores Guillermo Muñoz M. y Luis Trujillo, que conocieron del caso inmediatamente después del choque, rindieron su informe a la Dirección y luego declararon en el juicio. El informe (fs. 11 y 11 v.) dice: "En el día de hoy a las dos y media (2:30) de la tarde en la carrera 23 con calles 23 y 24 el camión número 27 de carreteras nacionales Zona de Manizales, iba en marcha detrás del automóvil 0502 y adelante de éste el vehículo 1494 (camión). El 1494 estaba estacionado, en vista de esto el automóvil 0502 tuvo que frenar, en este momento llegó el camión 27 de carreteras y lo estrelló por detrás. El conductor del camión 27 de carreteras se encuentra en estado de embriaguez y porta la patente número 11208 de Cali (Eduardo Vargas) ..Declaramos culpable al señor Eduardo Vargas, conductor del camión número 27 de carreteras

nacionales por ir manejando en estado de embriaguez y no tener las precauciones del caso para marchar detrás de los demás vehículos. Testigos Leonidas Robledo, Jorge Castaño y Luis A. Alzate. Manizales, octubre 1 de 1951 (fdos.) Guillermo Muñoz M. -Perito- Luis Trujillo A. -Perito."- En la declaración rendida en el juicio (fs. 20 y 23) confirman los peritos lo dicho en el dictamen y hacen además las siguientes observaciones: que al hacer el reconocimiento se dieron cuenta de que el automóvil, a consecuencia del golpe recibido por detrás estando estacionado, fue arrastrado un trayecto como lo comprobaron las huellas dejadas por las cuatro llantas sobre el pavimento; que era notorio el estado de embriaguez del chofer por su modo de hablar, por su comportamiento en el acto y por haberse quedado dormido en las oficinas de la Circulación, a donde fue conducido después del accidente.

Eduardo Vargas, chofer que manejaba el camión oficial el día del accidente, en su declaración visible al folio 24, comienza por manifestar que no es cierto que estuviera embriagado y que se dió cuenta de la situación del tránsito en el momento de producirse el choque, que explica aseverando que el conductor del automóvil no hizo señal alguna de que iba a detener el vehículo, y que por esa omisión se produjo el golpe. Dice así: "Lo que ocurrió fue que la persona que manejaba el automóvil de don David Uribe no hizo señal alguna de que iba a detener el automóvil, y por esa omisión el camión que yo manejaba chocó dicho automóvil por su parte trasera; producido ese primer choque, el chofer del automóvil de don David, sin duda por nervios, aceleró el vehículo que manejaba lanzándolo contra la parte trasera de un camión que estaba adelante de él, con el choque consiguiente."

El conjunto de testimonios que acaban de citarse constituye, a juicio de la Sala, prueba suficiente para acreditar el choque de los vehículos, origen de este pleito, y la culpabilidad que en él tuvo el chofer de la camioneta oficial. El testigo presencial de los hechos, señor Robledo, vio cuando se obstruyó el tránsito a causa de un automóvil que iba a coger la vía de la carrera 23, y cómo detrás de él tuvieron que detenerse, en en su orden, el camión cargado de adobes y a continuación el automóvil del demandante; estando en esa situación llegó el vehículo oficial y golpeó al del demandante por detrás chocándolo contra el camión que estaba adelante, de lo cual resultó aquel automóvil prensado entre dos camiones, hecho éste comprobado por las declaraciones de los señores Mesa y Quintero y por los peritos de la Circulación. La explicación que da el chofer Vargas no se ajusta a la realidad, porque si hubiera sido cierto que al recibir el primer golpe el automóvil, su conductor lo hubiese impulsado hacia adelante por nerviosidad, yendo a estrellarse en el camión que le antecedía en la fila, no hubieran quedado sobre el pavimento las huellas del arrastre del carro, y probablemente tampoco se habría hallado "prensado por los camiones, en la forma en que lo verificaron los peritos y los testigos. Además, a esa afirmación no puede dársele credibilidad, porque está demostrado que el chofer Vargas se hallaba en estado de embriaguez, y porque en esas condiciones era natural que no tuviese la suficiente lucidez de juicio para conducir con prudencia y cuidado su vehículo.

Según lo expresan los testigos citados y lo acreditan las facturas expedidas por la "Casa Restrepo Ltda." que obran en el cuaderno de pruebas, reconocidas por varios de los deponentes empleados de la mencionada Casa, de resultas del choque el automóvil del demandante sufrió daños en los guardafangos delanteros y traseros, en el capó, persianas, chasis, bomber trasero, tapa de la bodega, puertas, radiador, biseles, vidrios del stop, unidad sellada, etc. Para acreditar el valor de tales daños y el avalúo de los perjuicios que sufrió el propietario del automóvil, éste solicitó la práctica de un dictamen pericial, que fue decretado y llevado a cabo con la intervención de peritos nombrados por la Fiscalía del Tribunal y por el actor. El dictamen, visible al folio 30 expresa:

"Encontramos en el expediente claramente especificados y comprobados con facturas y testimonios los daños materiales sufridos por el carro de propiedad del demandante en el choque objeto del juicio, estimando que apenas son los lógicos dada la intensidad y naturaleza de los golpes que recibió el vehículo en la colisión. Con base en dichos daños, en las facturas que obran en el expediente y en el conocimiento, de larga práctica, que tenemos sobre el valor que se acostumbra en esta plaza de Manizales para la reparación de daños en vehículos y de los repuestos necesarios, estimamos que los daños causados al automóvil en referencia valen la suma de mil ochocientos sesenta y nueve pesos ($ 1.869.00) moneda legal.' Luego los peritos expresan que teniendo en cuenta el valor de compra del automóvil y su valor comercial después de las reparaciones, aprecian el demérito en la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00). el lucro cesante por el tiempo que el demandante se vió privado de los

servicios del automóvil, según los declarantes cincuenta y siete días, lo estiman en la cantidad de ochocientos cuarenta pesos ($ 840.00).

El mérito probatorio de este dictamen surge de los fundamentos en que apoyan los peritos sus conclusiones. De una parte, lo que expresan los comprobantes de gastos o facturas, que concuerda con los daños del automóvil verificados por los testigos y por la agencia de reparaciones; de otra, el lucro cesante, fundado también en los testimonios referentes al uso diario que el demandante y su familia hacían del vehículo, del cual uso se vieron privados durante cincuenta y siete días, y el demérito del carro fundado en el conocimiento de la realidad comercial de la plaza de Manizales. El avalúo de los expertos, uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba de acuerdo con el art. 721 del C. Judicial. No obstante, como lo observa el Tribunal refiriéndose al avalúo, la partida de $ 840.-00 asignada al perjuicio por el no uso del automóvil durante 57 días, aún siendo equitativa, excede de la que el propio demandante hace, que es de diez pesos diarios, y que por tanto no se puede reconocer más de lo que el propio damnificado pide; por lo mismo debe fijarse en $ 570.00. Resultando así como valor total de los perjuicios la cantidad de tres mil cuatrocientos treinta y nueve pesos ($ 3.439.00).

Estima el Tribunal que la responsabilidad de la Nación en el caso de autos resulta establecida, ya se considere que existe una falta en el servicio que compromete directamente a la administración, o ya se estime que se trata del hecho de tercero al servicio del Estado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil expresa: "La Nación no es responsable de los daños o perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realicen agentes suyos en rebeldía contra la misma nación o el Estado. En este evento ocurre algo igual al caso de un particular, cuya resonsabilidad por el hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado cesará, conforme al precepto del artículo 2347 del C. C., "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubiere podido impedir el hecho." y agrega que "en el caso de autos se impone la revocatoria de la sentencia y la consiguiente absolución de la nación por los cargos formulados, porque no se acreditó que el chofer del vehículo oficial fuera "funcionario con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado", ni tampoco que hubiese realizado el hecho dentro del radio de sus funciones.

Se observa:

Las consideraciones de la Procuraduría no las encuentra pertinentes la Corte, respecto a la no comprobación de que el chofer era funcionario que encarnara la voluntad del Estado, pues la demanda plantea la responsabilidad de la nación a través de un agente suyo, y no de uno de sus órganos; y en cuanto a los presupuestos legales exonerativos de responsabilidad a que el señor Procurador se refiere —estar en rebeldía el chofer contra la nación, y haber ejercido vigilancia el Estado, capaz de evitar el accidente— ninguna prueba se allegó al juicio. Aunque cabe observar que la norma del artículo 2347 del C. C. consagra una presunción de responsabilidad a cargo de la persona que causa el daño, que debe destruir la parte demandada. Ha dicho la Corte acertadamente que en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas, como en el de la dirección y movimiento de una máquina, cuando acaece un accidente que causa perjuicio a un tercero, éste no tiene que comprobar sino la realización de ese acto el accidente, y nada más y el demandado puede alegar medios exculpativos y demostrarlos. Pero en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de la responsabilidad por el hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si esto se extremara, resultaría que ninguna empresa de riesgo, como una de transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductores. Precisamente se ha configurado la responsabilidad por el hecho de terceros, en la forma de que se ha hecho mérito, para defensa y seguridad de los particulares, que de otro modo quedarían en una situación de inferioridad y tan aberrante, que tendrían que demostrar siempre no sólo el hecho material del accidente sino la culpa de quien lo causó. Ni la inteligencia de las normas consagradas por los artículos 2347, 2348, 2349, 2353, 2355 y 2356 del Código Civil, permiten semejante interpretación, ni la jurisprudencia ni la doctrina la consienten. (G. J., 1944, LVII, pág. 30).

El artículo 2347 del Código Civil establece que toda persona es responsable, para efecto de indemnizar el daño, del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Esta norma consagra el principio de la responsabilidad indirecta de las personas naturales o jurídicas por los actos de sus agentes o dependientes. Supone que la persona o entidad que obra por medio de ellos está en

el deber de seleccionarlos y vigilar su conducta para evitar la ejecución de daños a terceros. A esta norma hay qué agregar, respecto al caso en examen, la del artículo 2356 del C. C. que trata de la responsabilidad a que están obligadas ciertas personas, como las que manejan máquinas cuyo uso implica, por sí sólo, peligrosidad.

Se halla demostrado que el chofer que produjo el daño en el automóvil del demandante es un agente o empleado de la nación, dependiente de la Jefatura de Carreteras Nacionales, Zona de Manizales, y que en el día y hora del accidente, trabajaba al servicio de esa entidad, y además que se hallaba ebrio y por lo mismo sin el goce cabal de sus facultades, que le permitiera obrar con prudencia y cuidado. La presunción de responsabilidad prevista en los artículos 2347 y 2356 del C. C. se demostró plenamente en el proceso y para destruirla la parte demandada no aportó las comprobaciones que eran de rigor.

Las excepciones perentorias de ilegitimidad de personería, ineptitud sustantiva de la demanda y demás que propuso el representante de la nación no están acreditadas en los autos .

Las consideraciones que anteceden indican que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo apelado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págns.

Palabras pronunciadas por el Magistrado Dr. José J. Gómez R., en el homenaje que le rindió el Externado de Colombia al señor doctor Ricardo Hinestrosa Daza, Presidente que fue de la Corte Suprema, con motivo de los ochenta años de edad; sesenta y cuatro como profesor; sesenta y dos de graduado y veintiuno de Rector de dicho Instituto 831

SALA PLENA

Queja contra los Magistrados de un Tribunal.—La Corte decide no aplicar sanciones disciplinarias a los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Guillermo Botero Restrepo, Aureliano Perea Aluma, Carlos Hernán Perea Gómez y Guillermo Valencia Ibáñez, por los cargos aducidos contra ellos por la elección de jueces hecha en agosto de 1951; y resuelve enviar el expediente a la Sala de Casación Penal para que se investiguen los cargos al Dr. Aureliano Perea Aluma en relación con el ejercicio simultáneo de la profesión de abogado y la Magistratura.— Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 835

Se abstiene la Corte de proferir sentencia sobre la acusación de inconstitucionalidad del Art. 1º de la Ley 16 de 1949, por sustracción de materia. — En la demanda presentada por el doctor Alfonso Isaza Moreno, sobre inconstitucionalidad del art. 1° de la Ley 16 de 1949, la Corte decide que no es el caso de pronunciarse sobre el acto acusado.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 841

SALA DE CASACION CIVIL

Las respuestas dadas en posiciones extrajudiciales o en cualquier actuación judicial, civil o penal, pueden constituir principio de prueba por escrito.—No es necesario que el escrito esté firmado por la persona a quien se opone o por su representante.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario de Isaías León Archila contra Pedro Abel Rincón N., sobre simulación casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio ordinario seguido por Nepomuceno Herrera contra Efraín Herrera, sobre restitución de un contrato de compraventa.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 842

El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil. Cuándo el corredor tiene derecho a la retribución.— El corredor no es un verdadero mandatario.— La Corte casa la sentencia que en el juicio ordinario de Aristóbulo Urueña Molano contra Elías Benrey, profirió el Tribunal Superior de Bogotá, sobre pago de una comisión.— Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 854

No es el caso de declarar desierto el recurso porque la demanda haya sido presentada antes de que se señalara el término para su formulación.—Auto pronunciado en el juicio ordinario seguido por Aquileo Calle H., contra José Domingo Garcés.— Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 865

Acción de simulación y subsidiaria de rescisión por lesión enorme.—Prueba de la simulación.— Cuándo las partidas de origen eclesiástico pueden servir de prueba supletoria del estado civil.—En el juicio ordinario seguido por Avelino Galindo y otro contra Rafael Forero R., se casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres 867

Alcance del registro de sentencias.—No se

Págns.

de unas mejoras. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 872

Con base en la causal sexta de casación no puede tratarse lo relacionado con la falta de legitimación en causa o ilegitimidad de la personería sustantiva de una de las partes.—En el juicio ordinario que sobre la propiedad de una finca rural siguieron Sixta Tulia López y otras contra Amalia vda. de Restrepo y otros, no se casa la sencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.— Magistrado Ponente: Dr. Manel Barrera Parra 874

Sociedad Conyugal. — Legitimación en causa.— Causal segunda de casación.— La Corte decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Luis Galindo y María Antonia Alzate de Galindo contra Ana Mejía vda. de Restrepo, en el sentido de no invalidar la sentencia recurrida.— Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 880

Soberanía del Tribunal en la apreciación de las pruebas del proceso.— Su alcance. — Error de hecho y error de derecho.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario del señor Jorge A. Ruiz Quijano contra el señor Rubén Rojas Guevara sobre rescisión de un contrato de compraventa y nulidad del mismo.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 885

El comprador de un bien de la herencia como cuerpo cierto tiene derecho a pedir la partición y a intervenir en ésta.—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de sucesión intestada de Julio Irurita, aprobatoria de la partición.— Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 890

Salvamento de voto del Magistrado Dr. José J. Gómez 906

Acción reivindicatoria.—En el juicio ordinario seguido por José Ricci contra Jorge Vergara. la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, y confirmando la pronunciada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, absuelve al demandado de los cargos de la demanda. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres .. 911

Acción reivindicatoria.— Prueba de la posesión del demandado.—Valor de las copias de documentos públicos que quedan en un juicio después de practicado el desglose de éstos.—La Corte, no casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, pronunciada en el juicio ordinario reivindicatorio de Isabel Mosquera v. de Espinosa, Rita Espinosa de González y otros contra Rosalía Magaña de Martínez.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 915

El decreto de reconocimiento de herederos es prueba suficiente en juicio sobre filiación natural de que los demandados son continuadores jurídicos de la persona del presunto padre; aunque no existan las pruebas del estado civil de aquellas personas, porque lo que entonces interesa no es comprobar parentesco entre el supuesto padre y quienes son demandados en el juicio, sino su carácter de herederos respecto del padre.—En el juicio ordinario promovido por María Betty López de Orjuela contra Sara Castellanos v. de Saldaña y otra, sobre filiación natural, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué; y, resuelve en su lugar, declarar a la demandante como hija natural del dcotor Alcides Castellanos, dé acuerdo con las súplicas de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez .. 921

Salvamento de voto del Magistrado Dr. José J. Gómez R. 926

Acción declarativa de pertenencia.— Prescripción entre comuneros.— Error de hecho en casación.—No casa, la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario in-

Págns.

tentado por Simón Alcázar y Belén Dimas de Zamora contra Ana Delia Torres sobre pertenencia de un fundo por prescripción extraordinaria.— Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 929

Acción reivindicatoria. — Aplicación del artículo 214 del Código Judicial.—En el juicio reivindicatorio propuesto por Roberto Wills contra el Ingenio Central del Tolima S. A., se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres .. 937

Acción de cumplimiento de un contrato de compraventa de un inmueble.—En el recurso de casación promovido contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en juicio ordinario seguido por Alfonso Peña F., contra la señora Soledad Portocarrero v. de Uribe, no casa la Corte dicha sentencia.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 942

Si la acción ejercitada en un juicio civil es la indemnizatoria por incumplimiento de un contrato, no hay lugar a la suspensión ordenada por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que Carlos Martín Pilonieta promovió conrta la "Flota Panamericana Ltd.", sobre perjuijuicios.— Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 946

Finalidad del juicio ordinario de oposición a un deslinde.—El error de hecho en casación.—En el juicio ordinario originado en la oposición a un deslinde, seguido por Rafael Angel Vargas contra Ana Julia Osorio de Vargas, la Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, objeto del recurso de casación. Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 954

Acción de indemnización de perjuicios.— Valor en juicio civil de testimonios rendidos dentro de un proceso penal en el que no fue parte el demandado civil.— Confesión.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Elisa Zafra M., contra Ricardo Zapata, sobre indemnización de perjuicios.— Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez 960

En el juicio sobre simulación deben intervenir todos los que fueron partes en el contrato.— La acción de simulación es personal y declarativa.— A un escrito del demandado no puede negarse el carácter de principio de prueba por escrito porque no contenga una confesión sobre el hecho litigioso.— Prueba de la simulación cuando el juicio se sigue entre los contratantes.—La Corte decide no casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Zoé de la Roche de Romero contra Joaquín Antonio Cruz, sobre simulación de unas ventas.— Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 965

Ejercicio de acciones en favor de la comunidad realizado por comunero.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario reivindicatorio de Leo Nel Chaves Agudelo contra Luis Hernández y Alfonso Chaves. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 975

Acción reivindicatoria.— Documentos públicos y documentos privados reconocidos.— Su valor probatorio.—Técnica de Casación. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 21 de noviembre de 1952 y proferida en juicio de José Antonio Torres M., contra Paulina Barón M.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 982

La causal segunda de casación es improcedente cuando la sentencia es totalmente absolutoria. — Técnica de casación.—En el juicio ordinario seguido por Pablo Ochoa Castillo contra Lucas Molano Daza, la Corte, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 987

Venta por cabida. — No la desvirtúan las circunstancias de haberse determinado los

Págns.

linderos del inmueble y de haberse entregado éste.— No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Bernardo Arboleda y otro contra Berta Gómez de Gómez, sentencia favorable al demandante. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 995

Acción resolutoria de un contrato de compraventa. — Excepción de contrato no cumplido. — Confesión divisible. — La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil dictada en el juicio ordinario promovido por Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche sobre resolución de un contrato con indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el demandado. — Magistrado Ponente: Dr. Darío Echandía 1000

SALA DE CASACION PENAL

Abuso de Autoridad.—En la investigación que se siguió por denuncia presentada por el señor Eduardo Zambrano Carbonell contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores, José Francisco Angulo, Luis Alberto Revolledo y Arnaldo Donado, resuelve la Corte cesar el procedimiento contra los acusados. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 1009

La posición distinguida de que goce el procesado en el lugar donde se ha de verificar el juicio, no basta por sí sola para fundar cambio de radicación de un proceso.—La Corte emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso que por estafa se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Ibagué contra Carmen Gaitán, Nicolás González Torres y Sigifredo Vivas Borja.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 1013

Cómputo de la prescripción de la acción penal.— Caso de que sea interrumpida por el auto de proceder.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso seguido contra Miguel Burgos por el delito de homicidio, y se ordena cesar todo procedimiento contra él por hallarse prescrita la acción penal.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 1016

El error esencial no proveniente de negligencia exime de responsabilidad.—En el proceso seguido al doctor Leonidas Pretelt Mendoza por el delito de detención arbitraria, la Corte repone su providencia por la cual se le llamó a responder en juicio criminal, y en su lugar, sobresee definitivamente en favor del mismo.— Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 1019

Amistad Intima.—Se declara infundado el impedimento propuesto por el doctor Jorge Córdoba para conocer del negocio seguido contra el doctor Enrique Becerra, por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 1025

Colisión de competencias.— Interpretación de los artículos 50 y 54 del Código de Procedimiento Penal.—Se dirime la colisión de competencias suscitada entre el Juez Penal del Circuito de Buga y el Juez Penal del Circuito de Chaparral en el negocio contra Marco Tulio Quintero Martínez por rapto y estupro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 1027

Veredicto contradictorio.—Homicidio cometido en estado de ira e intenso dolor.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso seguido a Clodomiro Sánchez por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 1030

Si en el momento en que el libelo es recibido en la Corte, quien lo suscribe no está inscrito en ésta como abogado, debe declararse desierto el recurso, aunque, posteriormente, después de vencido el término para la formulación de la demanda, se haga esa inscripción.—En el recurso de reposición intentado por el defensor de Hernando López Garavito, la Corte no re-

Págns.

pone su providencia mediante la cual declaró desierto el recurso de casación interpuesto por aquél.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 1033

Delito de prevaricato.— Los jueces del conocimiento son soberanos al resolver si es o no el caso de suspender un juicio civil conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del C. de P. P. — Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Teófilo Noriega Rueda, Alberto Rueda Amorocho y Guillermo Galvis Galvis, por los cargos de que se les sindicó, en su carácter de Magistrados del Tribunal Superior de San Gil, los dos primeros, y de Conjuez de la misma Corporación, el último.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 1035

Cuál es el máximo que debe tenerse en cuenta para decidir si es procedente o no el recurso de casación cuando de la primera instancia conoció un Juez de Circuito.—No infirma la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Pasto por la cual condenó a Aristóbulo Delgado por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve ... 1038

Delito de Prevaricato.—El simple error de exégesis en un fallo no es suficiente para fundar una imputación de prevaricato.— En el sumario que se inició con motivo de la denuncia contra el Dr. Alvaro Hinestrosa por el delito de prevaricato, la Corte al declarar que no existe el delito imputado, ordena la cesación del procedimiento iniciado con ese motivo.—Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez 1042

Términos. — Embargo, Secuestro y Entrega de Bienes.—La Corte, sobresee definitivamente en favor del doctor Enrique Nieto Carroll, por los cargos materia de la investigación que se inició con la denuncia presentada por el doctor José Ulloque Meneses; y ordena sacar las copias pertinentes para que se averigüe la responsabilidad en que hubiere incurrido éste. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 1045

Cambio de radicación de procesos penales. La Corte conceptúa que no es el caso de decretar el cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio en la persona del doctor Delio Duque Gómez, se sigue contra Pedro J. Cerezo y que se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Manizales.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 1050

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de indemnización de perjuicios.— La Sala de Negocios Generales de la Corte confirma la sentencia de fecha 21 de julio de 1954 proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por David Uribe Restrepo contra la Nación.— Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gailtán 1053

NOTA — Con el presente número termina el Tomo LXVIII de la GACETA JUDICIAL. El número 2148 estará destinado al Indice y Jurisprudencia del Tomo.—El Relator.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

TOMO LXXVIII — BOGOTA — 1954 — NUMERO 2148

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

— A —

— 1 —

ABOGADOS (Infracciones de la Ley 69 de 1945)

Como ya lo ha dicho la Corte, la infracción a la Ley 69 de 1945, reglamentaria de la abogacía, es irregularidad que tiene sanciones correccionales, pero que no implica nulidad de lo actuado, ni ilegitimidad de la personería. (Casación Civil. Julio 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....59, 1ª

— 2 —

ACCESION (De islas)

Al formarse una isla que accede a una de las heredades riberanas, se constituye una propiedad independiente en favor del dueño o dueños de los predios respectivos. Por el modo de la accesión se adquiere la propiedad de la isla. Esta puede ser enajenada por sus adquirentes junto con el predio a que accedió o en forma separada. Pero razones elementales de lógica y de precaución en la publicidad de las transmisiones de la propiedad inmueble, exigen que al enajenarse el predio junto con la isla adquirida por accesión, se mencione expresamente la enajenación de la isla.

No es cierto que cuando la finca limita con un río, debe entenderse que el lindero se prolonga por toda la línea media del río abarcando por tal razón las islas que se encuentren dentro de la zona que se extiende desde las riberas de la heredad hasta aquella línea imaginaria y, en consecuencia, dentro de la enajenación de la finca quedan comprendidas también esas islas, aunque no se diga expresamente. El límite del inmueble es la ribera, o sea, la línea extrema hasta donde llegan las aguas ordinariamente. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....420, 2ª y 421, 1ª

— 3 —

ACCESION (De islas)

Para decidir a quién pertenece por accesión una isla que se forma en el cauce de un río, la línea media del río, de que habla la ley, no se determina por el "thalweg" o vaguada (línea por donde va la corriente principal del río), como en derecho internacional público, sino por una línea imaginaria, equidistante de las riberas, que divide el río en

dos partes iguales. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145)..418, 1ª

— 4 —

ACCION CIVIL (Artículo 28 del Código de Procedimiento Penal)

El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal está indicando a contrario sensu, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el juez civil cuando el fallo penal, en cualquiera de las dos especies previstas, deja establecido: que la "infracción" sí se realizó; que el procesado la cometió y que al producirla no estaba cumpliendo un deber o ejerciendo una facultad legítima. (Casación Civil. Agosto 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....382, 2ª

— 5 —

ACLARACION (De sentencia de casación)

Es improcedente la solicitud de aclaración cuando la sentencia de la Corte no casa la recurrida, porque entonces no se puede decir que dicta fallo sobre el fondo del pleito, sino que se limita a declarar infundado el recurso propuesto. (Casación Civil. Julio 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....11, 2ª

— 6 —

ACUMULACION DE ACCIONES (Acumulación objetiva y subjetiva de acciones)

Si bien es verdad que el Código Judicial sólo se ocupa, por modo general, en la acumulación de acciones en el artículo 209, el que se refiere exclusivamente a la acumulación objetiva de acciones, o sea, la que el actor puede, bajo ciertas condiciones, realizar en una sola demanda, no es menos cierto que la acumulación subjetiva de acciones (litis-consorcio activo por unión de varios demandantes), lo mismo que las demandas de uno o de varios contra varios (litis-consorcio pasivo y mixto), son actos procesales cuya licitud admite la doctrina, y la ley en muchos casos, siempre que entre las personas que formen el respectivo grupo haya conexión jurídica (llamada litis - consorcio simple o propio) o tan sólo afinidad jurídica de situaciones distintas sometidas a la decisión del juez (litis-consorcio llamado impropio). (Casación Civil. Agosto 4 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 248, 1ª

— 7 —

ALIMENTOS (Juicio de)

Parece que el juicio especial de alimentos regulado por el estatuto de menores, es una decisión provisional y no definitiva, pues los derechos de las partes —se repite— quedan a salvo para hacerlos valer dentro de un juicio contradictorio, y no en éste especial, en el cual, únicamente, se busca una medida rápida y efectiva para que los padres que descuidan sus deberes, los cumplan mediante actos provisionales emanados de la Justicia de Menores. (Casación Penal. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....
447, 1ª y 2ª

— 8 —

AMISTAD INTIMA (Causal de impedimento)

La amistad —por regla general— es el concepto personal, desinteresado y recíproco que se profesan dos personas, amistad que nace y se fortalece por el trato diario de relaciones sociales o comerciales que vinculan a las personas que la profesan. Pero la amistad íntima de que habla la ley, para ser considerada como causal de impedimento, es

aquella que corresponde a sentimientos subjetivos, de orden interno o espiritual, por consiguiente más nobles y más estrechos que los primeros. Es aquella intimidad que se traduce en una compenetración espiritual cuyo resultado es la confianza recíproca en la confidencia de sus secretos, de sus problemas y aspiraciones, de estados emotivos de tristeza o alegría, es el depósito que se hace a la persona —de quien se dice ser amigo— de los más recónditos estados sentimentales propios de nuestro modo de ser, pensar y sentir, para que ellos sean compartidos con la persona de quien nos preciamos tener una amistad íntima.

Es verdad que la demostración de la amistad íntima en el plano de las realidades exteriores no puede ceñirse a una norma de conducta fija, precisamente, por el carácter de subjetivo que ella entraña, pero, también es evidente que el juzgador no puede aceptarla como causal de impedimento por el simple enunciado que de ella se haga. Para que el Juez o Magistrado pueda darle al concepto de amistad íntima una valoración real, es necesario e indispensable que esa manifestación se respalde en hechos que hagan presumible para el juzgador que verdaderamente existen motivos para invocarla. Es la relación de circunstancias o antecedentes previos a aquella amistad íntima, lo que fija una pauta al Juez que sirve de criterio o norma para aceptarla como impedimento o para rechazarla en caso contrario. (Casación Penal. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) .....1.026, 1ª y 2ª

— 9 —

ARRENDAMIENTO (Tácita reconducción)

Nuestro Código Civil, apartándose en esta materia de otras legislaciones como la francesa, sienta como regla que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario no debe entenderse como una renovación del contrato. Sólo por excepción acepta la renovación o prórroga tácita que en la tecnología tradicional se conoce más comúnmente con el nombre de tácita reconducción. Esta tiene cabida cuando se trata de una cosa inmueble y las partes han manifestado por un hecho inequívoco su intención de perseverar en el arriendo. Hecho inequívoco es, según el texto, que el arrendatario pague, con el beneplácito del arrendador, el canon correspondiente a cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del contrato. Esta tácita reconducción se funda, pues, en una presunción legal de que las partes han querido, en ese caso, prorrogar el contrato. Pero es claro que semejante presunción sólo tiende a suplir la voluntad expresa de las partes y sólo cabe en el silencio de ellas. Si las partes expresamente convienen en prorrogar el término del arriendo, no hay tal presunción ni hay, evidentemente, prórroga tácita o presunta; si, por el contrario, ellas manifiestan expresamente su voluntad de no prorrogar, entonces tampoco habrá lugar a la presunción, o, más exactamente, ella quedaría destruída por esa expresa manifestación de voluntad en contrario. En suma: sobre la voluntad tácita o presunta prevalece la voluntad expresa. (Casación Civil. Julio 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) ..21, 2ª y 22, 1ª

— 10 —

AUTO DE PROCEDER (Notificación.—Numeral 3º del artículo 198 del C. de P. P.)

Aunque de conformidad con lo ordenado en el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, la notificación del auto de proceder debe hacerse al procesado y a su defensor "personalmente", lo que se explica obviamente por tratarse de la providencia en que se le deducen al primero los cargos

de que debe responder en juicio, a fin de que pueda ejercitar el derecho de defensa; es lógico, por otra parte, que si el interesado ha comparecido en las respectivas diligencias después de dictarse tal providencia y ha dejado transcurrir el lapso de treinta días sin formular la reclamación correspondiente, el auto de enjuiciamiento se suponga conocido y su notificación se dé por legalmente cumplida. No otro es el sentido de la segunda parte del numeral 3º del artículo 198 del mismo Código. (Casación Penal. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).

477, 1ª y 2ª

— 11 —

AUTO DE PROCEDER.—CUESTIONARIO. VEREDICTO Y SENTENCIA. (Actos fundamentales del proceso penal)

Auto de proceder, cuestionario, veredicto y sentencia en los juicios por jurado, son los actos fundamentales del proceso penal. El primero contiene la imputación del hecho material, análisis de pruebas, examen de circunstancias que especifican el delito, resumen de peticiones de las partes, razones de aceptación o rechazo de las mismas, y llamamiento a juicio en su denominación genérica por el delito que el Código Penal determina en el título y capítulo respectivos. El segundo, cuestionario y veredicto, es el juicio, pronunciamiento, resolución o dictamen sobre el tema fundamental de la responsabilidad. Es el resumen de los hechos en su modalidad subjetiva y objetiva basados en las pruebas del proceso, para dictaminar verdad sabida y buena fe guardada sobre el tema de la responsabilidad, previamente planteada en el cuestionario. El tercero —sentencia— es la aplicación de la ley sobre el tema controvertido, es la conclusión del proceso sobre la base o desarrollo del veredicto para interpretarlo y acomodarlo a las respectivas disposiciones legales.

En los dos primeros —auto de proceder, cuestionario y veredicto— deben contemplarse los factores materiales y morales que integran la figura delictual, pues la ausencia de estos elementos puede llevar a conclusiones diferentes en la sentencia. Si se omite en el auto de proceder o en el cuestionario el factor moral o intencional del delito, el procesado, por una parte, no sabe a ciencia cierta de qué imputación o cargo se defiende, si de un homicidio intencional, preterintencional o con causal, y por otra parte, el Jurado, en su veredicto, probablemente daría una respuesta incompleta bien sea por omisión del elemento material o moral que no fue contemplado en el respectivo cuestionario.

En el presente caso —auto de proceder, cuestionario y veredicto— contienen la afirmación del hecho material —homicidio— realizado con la modalidad de la riña imprevista, pero en dichos actos procesales se omitió hacer el planteamiento del factor moral o intencional del delito. De allí la disparidad de criterios de los Juzgadores de instancia para interpretar el veredicto que los llevó a conclusiones distintas en la aplicación de la pena; mientras el Juzgado afirma que se trata de un homicidio preterintencional cometido en riña imprevista, el Tribunal dice ser un homicidio intencional realizado con la modalidad de la riña imprevista. Pero tanto ésta como aquella afirmación carecen de respaldo procesal, porque a los miembros del Jurado no se les interrogó sobre el elemento intencional y en estas condiciones la sentencia no puede dictarse sobre un veredicto incompleto o insuficiente pues el Juez de derecho —en los juicios con intervención del Jurado— no puede reemplazar el pensamiento del Juri ni supeditarlo en su veredicto para sentenciar sobre temas no sometidos a la consideración del mismo. (Casa-

ción Penal. Julio 23 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....182, 2ª y 183, 1ª

— 12 —

AUXILIO DEL CONGRESO (Cuándo constituye una simple expectativa de derecho)

La gracia, contribución o auxilio que decreta el Congreso, para que sea pagada de acuerdo con las posibilidades del fisco nacional, no puede considerarse como un bien incorporado al patrimonio particular, para cuya protección pueda acudirse a la tutela jurisdiccional. Hay sí en tal acto una expectativa de derecho que se concreta si las sumas ofrecidas se apropian en el presupuesto, y se cumplen además, las condiciones y requisitos establecidos en las leyes pertinentes. Con una simple expectativa de derecho no se puede ejercitar una acción judicial. (Negocios Generales. Julio 16 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....214, 1ª

— C —

— 13 —

CAMBIO DE RADICACION (De un proceso por la posición social y política del sindicado en el lugar donde se le adelanta)

El hecho de que el procesado goce de buena posición en los círculos políticos, profesionales, sociales y económicos del lugar donde se adelanta el proceso, no es circunstancia que por sí sola pueda determinar el cambio de radicación; para ello se requiere que aparezca comprobado que dicho ciudadano la ha aprovechado o ha intentado aprovecharla para desviar, en su favor, el criterio de sus jueces, o que en éstos se han presentado signos o manifestaciones contrarios a la recta administración de justicia. (Casación Penal. Octubre 6 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....1.014, 2ª y 1.015, 1ª

— 14 —

CAMBIO DE RADICACION (de un proceso penal)

Para que la Corte pueda emitir concepto favorable a la solicitud de cambio de radicación de un proceso penal, es necesario que exista prueba de los motivos del traslado, aunque no es indispensable que ella sea una prueba plena. (Casación Penal. Octubre 26 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)...1.051, 2ª

— 15 —

CAPACIDAD PARA SER PARTE (presupuesto procesal)

Si el Tribunal no falló en el fondo el negocio porque llegó a la conclusión de que falta en el juicio uno de los presupuestos procesales respecto de la parte demandada (la capacidad para ser parte), no puede hablarse de incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

En efecto, siendo la capacidad para ser parte, uno de dichos presupuestos, el fallador estaba en el deber de referirse a él ante todo, y si halló que no existía, se ajustó a la ley inhibiéndose de considerar la entraña de la litis. Esto no es fallar sobre materia no controvertida, porque mal puede decirse en el fondo sin saber si actor y reo tienen capacidad para ser partes, es decir, si existen legalmente. No se trata tampoco de una excepción perentoria, de modo que si no se propone pueda pasar desapercibido lo tocante a tal capacidad; y si se propone, haya de tratarse como defensa capaz de aniquilar la acción interesando la sustancia de la controversia. Se trata, simplemente, de un elemento factor o condición del proceso, cuya

ausencia aparta al juzgador de instancia de la cuestión debatida. (Casación Civil. Julio 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)..119, 2ª

— 16 —

CASACION

Una parte en juicio carece de interés jurídico para pedir la casación del fallo con base en nulidad por ilegitimidad de la personería de su contraparte o por cualquier otra causal que, caso de existir, la nulidad sólo podría afectar a ésta, mas no a quien la invoca. (Casación Civil. Julio 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....58, 2ª

— 17 —

CASACION

Es imposible que la infracción invocada de unos textos legales, con apoyo en la causal primera de casación, sea a la vez cargo que pueda fundarse en la causal segunda. Las dos causales se excluyen. (Casación Civil. Julio 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 118, 2ª

— 18 —

CASACION

No puede recurrir en casación contra la parte de la sentencia en que el Tribunal confirmó la de primera instancia, el actor o el demandado que no hayan apelado de este último fallo. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)....688, 2ª

— 19 —

CASACION

Si de violación indirecta se trata, lo primero que concierne al recurrente en casación es señalar las pruebas mal apreciadas o no apreciadas; lo segundo, decir en qué consiste el error; y lo tercero, si de error de derecho se trata, citar las disposiciones legales sobre pruebas que fueron infringidas, y además las sustantivas sobre el fondo del negocio, si de error de derecho, si de error de hecho. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....688, 2ª

— 20 —

CASACION (Técnica de)

Es contrario a la técnica de la casación acusar en forma global por error en la apreciación de las pruebas. El recurrente debe indicar claramente cuáles son las pruebas que considera fueron mal apreciadas y también en qué consiste el yerro respecto de cada prueba en concreto. (Casación Civil. Julio 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)... 147, 1º

— 21 —

CASACION (Técnica de)

Como lo ha dicho la Corte, la costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil. Agosto 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) .331, 2ª

— 22 —

CASACION (Técnica de)

La casación es un recurso extraordinario en que han de examinarse por la Corte sólo las cuestiones que proponga la demanda contra la sentencia acusada. La Corte no puede entrar libremente al examen de todos los aspectos debatidos en el juicio, sino sólo a aquellos que aparezcan debidamente presentados por el recurrente dentro de las causales consagradas en el artículo 520 del C. J. El recurso de casación no es una tercera instancia dentro de los juicios. La misión de la Corte en casación es confrontar la sentencia con la ley, para corregir los errores in judicando o improcedendo del juzgador, al través de las acusaciones concretas de las partes dentro de los motivos autorizados por la ley. En la presentación de los cargos el recurrente debe ceñirse no sólo a las condiciones formales de la demanda, requeridas en el artículo 531 del C. J., sino también a su adecuada formulación sustancial conforme a la norma del artículo 520 del mismo Código. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 390, 1ª

— 23 —

CASACION (Técnica de)

La Corte ha dicho en numerosas oportunidades que el recurso de casación no es una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnar las sentencias por infracción de la ley sustantiva; que en función de casación, a la Corte no corresponde ponderar las pruebas y contrapruebas de la controversia para revisar el juicio que se haya formado el sentenciador de instancia; que sólo por evidentes errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, o por errores de derecho resultantes de la violación de la tarifa legal de pruebas, cuando tales errores conduzcan a la violación de la ley sustantiva, puede atacarse en casación la apreciación del sentenciador. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. T. LXVIII. Nº 2147) 878, 1ª

— 24 —

CASACION (Técnica de)

No basta citar las pruebas para fundar en casación un cargo por error de hecho, sino que es menester demostrar que con tal o cual prueba omitida, se acredita necesariamente el hecho que por no haber sido apreciada la prueba no dio por establecido el sentenciador. El recurrente debe decir, además, cuál habría sido el influjo de tales probanzas sobre la acción ejercida y, por lo mismo, sobre el desenlace de la controversia. (Casación Civil. Octubre 23 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147) 945, 1ª

— 25 —

CASACION (Técnica de)

Es creencia equivocada creer que cuando el fallo de segunda instancia quebranta disposiciones sobre régimen probatorio, y se hace el reparo formal sobre eso, queda ya hecho y demostrado el cargo de violación de ley sustantiva por indebida aplicación, falta de aplicación e interpretación errónea, y eso basta. Porque, como lo ha dicho la Corte, si no se indica, como violada consecuencialmente o en forma indirecta, la disposición que define, consagra o establece el derecho mismo de fondo de la parte agraviada, el recurrente se ha detenido en la mitad del camino, el cargo se queda inconcluso, no llega a la estación terminal y resulta inane, ineficaz e inaceptable. (Casación Civil. Oc-

tubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).. 991, 1ª

— 26 —

CASACION (Técnica de)

Cuando la acusación se funda en errores de hecho o de derecho sobre pruebas, es indispensable determinarlas, señalarlas en concreto; un cargo formulado por "falta de estudio del acervo probatorio", así, en general y en abstracto, es inepto y no puede servir de base a la casación. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)... 992, 1ª

— 27 —

CASACION (Técnica de)

Es necesario citar las disposiciones sustantivas que se consideran violadas por la sentencia acusada y expresar, además, en qué sentido, por qué razón, en qué concepto concreto está violada cada norma, cuando en casación se impugna un fallo por violación de ley sustantiva. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..994, 1ª

— 28 —

CASACION (Técnica de)

Cuando en casación se acusa por errónea apreciación de las pruebas, el recurrente debe, entre otras cosas, definir con nitidez y precisión de qué clase de error se trata, si es de derecho o de hecho; y en este caso, en qué consiste y si aparece de manifiesto o en forma evidente; y, por último, expresar cuál fue la disposición sustantiva violada, en qué concepto o sentido. (Casación Civil. Octubre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..... 997, 1ª y 2ª

— 29 —

CASACION EN MATERIA PENAL (Técnica de)

La casación más que un recurso en el sentido común del vocablo, es una acción de puro derecho que surge del conflicto entre la ley mal aplicada y la sentencia, no puede ser materia de argumentos expuestos antes de su pronunciamiento. Por eso no es apropiado solicitar que se estudien los alegatos producidos en las instancias ni invitar a que se hagan exámenes que le corresponden a quien combate el fallo, pues con esto se desplazaría el problema de su justo sitio, tomando la Corte el lugar del demandante, o supliendo las imperfecciones del escrito. (Casación Penal. Julio 3 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....161, 1ª

— 30 —

CASACION (Técnica de)

La bondad de la demanda de casación no depende de su extensión ni del número de argumentos que se ofrezcan, sino de la forma precisa en que se presenten y de las razones jurídicas que se aduzcan para sostenerlos. Porque si el demandante se limita a aseverar determinados puntos de vista o a formular críticas respecto de los fundamentos del fallo, sin mencionar las causas en que se apoya su censura o callando el por qué de sus tesis, entonces no podrá aspirar a que se acepten éstas o a que se reconozca la injusticia de aquélla. (Casación Penal. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145)..... 459, 1ª

— 31 —

CASACION (Interpretación de testimonios)

La simple discrepancia entre el recurren-

te y el Tribunal acerca de la manera de interpretar unos testimonios, no justifica la casación, porque no es posible presumir que el acertado sea el recurrente. (Casación Civil. Agosto 20 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 368, 2ª

— 32 —

CASACION (En la apreciación de la prueba testimonial)

El sentenciador de instancia tiene soberanía para estimar la mayor o menor fuerza de convicción de los testigos, según las reglas de la sana crítica, y este juicio no puede variarse en casación sino en el caso de que se demuestre un evidente y flagrante error de hecho. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....422, 2ª

— 33 —

CASACION (Apreciación de la prueba testimonial)

La discrepancia de criterio entre el Tribunal y el recurrente en casación, en la apreciación del contenido de unas declaraciones de testigos, nunca implica error manifiesto de hecho. (Casación Civil. Septiembre 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....572, 1ª

— 34 —

CASACION (Apreciación de testimonios)

Cuando el Tribunal formó su convicción mediante el examen ponderativo de los distintos testimonios, aplicando las reglas de la sana crítica y examinando la mayor o menor precisión de los declarantes y la razón o fundamento de sus afirmaciones, de modo que no aparezca error manifiesto de hecho en tal estimación, esa convicción pertenece a la soberanía del fallador de instancia y es intocable en casación. (Casación Civil. Octubre 18 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..... 878, 2ª

— 35 —

CASACION (Por errónea interpretación de un contrato)

La interpretación de las cláusulas de un contrato es una cuestión de hecho que resulta de elementos probatorios allegados al juicio, en donde la soberanía del sentenciador es completa, a menos que en casación se demuestre un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria apreciación de las cláusulas contractuales. (Casación Civil. Julio 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....5, 1ª

— 36 —

CASACION (Interpretación de un contrato por el Juzgador de instancia)

Si la violación de la ley sustantiva, caso de existir, sería consecuencia de haber aplicado a un determinado contrato una norma que no le era aplicable, porque otra que la asignada por el tribunal era la naturaleza del convenio; no podrá prosperar el recurso de casación, si el demandante no impugna la interpretación que el juzgador de instancia hizo del contrato mismo, demostrando que ella es manifiestamente errónea. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145).....231, 1ª

— 37 —

CASACION (Por error de hecho en la apreciación de las pruebas)

La doctrina ha insistido una y otra vez en

señalar la índole propia y las finalidades precisas de la casación. Trátase no de una tercera instancia en los juicios, sino de un recurso extraordinario, cuya finalidad fundamental es la unificación de la jurisprudencia nacional mediante la revisión de las cuestiones de derecho que la Corte cumple al comparar la sentencia acusada con la aplicación de la ley en cada caso. Se comprende así que de la actividad del tribunal de casación esté excluído el examen de las cuestiones de hecho, cuya decisión, derivada del estudio de las circunstancias peculiares de la relación controvertida, corresponde soberanamente a los juzgadores en instancia.

Por consiguiente, para que la Corte, en casación, pueda variar la apreciación que de las pruebas hizo el tribunal, se requiere que el error de hecho alegado en la respectiva demanda, aparezca de modo manifiesto o evidente y que a consecuencia de él se haya violado la ley sustantiva. (Casación Civil. Agosto 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 291, 2ª y 292, 2ª

— 38 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas consistente en no haber apreciado unas)

Es ineficaz el cargo por error de hecho en la apreciación de pruebas consistente en que el sentenciador dejó de apreciar algunas, cuando los elementos probatorios que el recurrente mencione como no apreciados no desvirtúan las conclusiones de la sentencia. (Casación Civil. Julio 1º de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....10, 1ª

— 39 —

CASACION (Por violación de la ley)

La sola lista de textos legales, por sí misma no sirve en casación; es menester, para que haya demanda de casación, que por ésta se diga por cuál o cuáles extremos se perpetró la violación de los textos pertinentes, sin formar largos catálogos de artículos, que entorpecen, más que apoyan, las correspondientes acusaciones. (Casación Civil. Julio 6 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)...38, 1ª y 2ª

— 40 —

CASACION (Por interpretación errónea)

Un cargo de casación por interpretación errónea de la ley sustantiva no puede fundarse en errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de pruebas. (Casación Civil. Septiembre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..641, 2ª

— 41 —

CASACION (Por infracción directa de la ley)

Cuando en casación se acusa la sentencia por infracción directa de la ley sustantiva, son improcedentes las consideraciones enderezadas a criticar la estimación probatoria del Tribunal respecto de los distintos elementos de juicio examinados en la sentencia, porque la infracción directa hiere la ley derechamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. Casación Civil. Septiembre 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....660, 2ª

— 42 —

CASACION (Violación de la ley)

Un mismo precepto legal no puede ser quebrantado a un tiempo directamente (o sea, dejando de aplicarlo cuando es el caso), y por interpretación errónea, o por indebida

aplicación (que tiene lugar cuando se aplica un texto extraño al problema controvertido. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....723, 1ª

— 43 —

CASACION (Para que prospere el cargo de error de derecho)

Para que en casación prospere el cargo de error de derecho en la valoración de una prueba, es requisito indispensable señalar los textos de derecho probatorio, pues precisamente el error resulta de comparar el valor negado o atribuído por el sentenciador a la prueba, y el que fija o le niega la ley. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....725, 1ª

— 44 —

CASACION (Libertad del juzgador de instancia en la apreciación de pruebas)

La libertad del juzgador de instancia en su función de inquirir a través del proceso por la prueba de los hechos constitutivos de la acción, no tiene otra valla que la evidencia que produzcan las pruebas aducidas. La casación no puede penetrar en ese campo exclusivo del criterio del fallador, sino cuando éste incurre en negación de la verdad pregonada en los autos, por pasar inadvertida una prueba que existe, o creer que figura una prueba que no existe; o por negar o atribuir a una prueba el valor que le atribuyen o le niegan los textos legales que consagran los medios de prueba. Pero fuera de estos eventos la casación respeta la autonomía del sentenciador en el ámbito de las pruebas. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....887, 2ª

— 45 —

CASACION (Error de hecho)

Para que el error de hecho sirva de base a la casación, tiene que ser evidente o manifiesto, es decir, que consista en dar por probados hechos que en realidad no lo están, o en estimar como no probados hechos que lo están, o en dar a la prueba un significado en absoluta discordancia con lo que ella expresa. La Corte ha repetido hasta el cansancio que no siendo la casación una tercera instancia, sino un recurso estatuído para unificar la jurisprudencia en la recta interpretación de la ley, no todo error en materia probatoria funda la casación de una sentencia sometida a ese recurso. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147). 934, 2ª

— 46 —

CASACION (Acusación de sentencia absolutoria)

Ha sido y es doctrina reiterada de la Corte la de que una sentencia absolutoria podrá ser acusada por cualquiera de los otros motivos de casación, menos por el de incongruencia. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....990, 1ª

— 47 —

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Cuando el fallo recurrido se apoya no sólo en las pruebas cuya apreciación se impugna en casación como errónea, sino también en otras a las cuales no se refiere el cargo, no puede prosperar la acusación por violación de la ley sustantiva a consecuencia de errónea apreciación de pruebas, si las no ataca-

das son suficientes para sustentar la sentencia. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....253, 2ª y 254, 1ª

— 48 —

CASACION (Apreciación de pruebas)

Si la sentencia tuvo en cuenta determinadas pruebas, al acusar en casación por error de hecho en su apreciación, debe el recurrente puntualizar cuál es el hecho evidentemente probado con ellas y que el sentenciador no lo tuvo como demostrado, o, en todo caso, puntualizar y demostrar un yerro flagrante en la crítica probatoria del Tribunal para formar su propia convicción. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 256, 2ª

— 49 —

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Cuando en casación se acusa por violación de la ley sustantiva a consecuencia de errónea apreciación de las pruebas, la demanda debe determinar un error manifiesto de hecho o un error de derecho en dicha apreciación, la disposición de régimen probatorio que se haya quebrantado (si de error de derecho se trata), y el concepto preciso en que por tal razón hayan sido violadas las disposiciones sustantivas citadas al formular el cargo. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954). T. LXXVIII. Nº 2145).....260, 1ª

— 50 —

CASACION (Violación directa de ley sustantiva)

Si la acusación en casación es por violación directa de la ley sustantiva, la demanda debe decir cuáles fueron las disposiciones violadas y en qué concepto lo fue cada una de ellas, esto es, si la norma se aplicó sin ser el caso de aplicación, o se dejó de aplicar debiendo aplicarse, o, por último, si hubo interpretación errónea de todos o alguno de los textos legales que se consideran infringidos. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....260, 1ª

— 51 —

CASACION (Por errónea valoración de pruebas)

La doctrina de la Corte ha sido muy clara en exigir el señalamiento de las disposiciones legales sobre pruebas, quebrantadas a causa de una valuación errónea de ellas. Esta especie de error parte de la presencia de determinado medio probatorio en autos; no se discute si existe o no en el proceso. Se trata de saber si el valor que le dio o le negó el sentenciador está de acuerdo o no con los preceptos legales que precisamente definen los medios de prueba y les asignan un determinado valor. Allí es donde puede saberse si la valoración del fallo se ajusta o no a la ley. (Casación Civil. Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....253, 2ª

— 52 —

CASACION (por errónea apreciación de las pruebas)

Si en casación se acusa por errores en la apreciación de las pruebas, es preciso señalar también cuáles fueron las normas sustantivas que se violaron como consecuencia de esa errónea apreciación de los medios probatorios. (Casación Civil. Agosto 26 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....371, 1ª

— 53 —

CASACION (por errónea apreciación de pruebas)

No basta que esté demostrado error de hecho en la apreciación de las pruebas, para que prospere la casación; se requiere, además, que ese error, que debe ser evidente, incida en la parte resolutiva del fallo. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. N. 2145)..... 422, 2ª

— 54 —

CASACION (por la equivocada estimación de una prueba)

Como la falta de estimación o la equivocada estimación de una prueba que necesariamente tienen que implicar desacato a los textos legales sobre materia probatoria, pueden no implicarlo a los preceptos sustantivos que rigen la acción, para la prosperidad del cargo en casación, debe el recurrente citar también los textos legales concernientes a la sustancia del negocio, que él considere violados. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....605, 2ª

— 55 —

CASACION (por errónea apreciación de pruebas)

Para que prospere en casación el cargo por violación de la ley sustantiva a consecuencia de error de hecho en la apreciación de una prueba, el error ha de reunir tales caracteres que por el error mismo caiga fatalmente la interpretación del Tribunal, para darle paso a la única que la prueba puede admitir de manera evidente e incontrastable. (Casación Civil. Octubre 23 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....945, 1ª

— 56 —

CASACION (por errores en la apreciación de pruebas)

Es requisito de la demanda de casación cuando en ella se acusa el fallo por violación de la ley a consecuencia de errores en la apreciación de algunas de las pruebas del juicio, que en el cargo conste, entre otras cosas, la manera como respecto de cada prueba se proyecta el error en el desenlace dado por el Tribunal al litigio. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T| LXXVIII. Número 2147)..... 984, 2ª

— 57 —

CASACION (causales de)

Es doctrina constante la de que no debe hacerse el reconocimiento de una causal de casación que no conduzca a la infirmación efectiva del fallo. (Casación Civil. Octubre 23 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..943, 2ª

— 58 —

CASACION (por falta de legitimación para obrar en una de las partes)

Cuando la representación envuelve la condición misma con que se reclama del demandado el reconocimiento del derecho, se trata de uno de los elementos de la acción, o sea, de la legitimación para obrar, cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva. En este caso, la cuestión, si ha sido mal apreciada en la sentencia, dá base a la causal primera pero no a la causal sexta de casación. (Casación Civil. Julio 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....4, 1ª

— 59 —

CASACION (Soberanía del Tribunal en la apreciación de los elementos demostrativos de la buena o mala fe)

El Tribunal es soberano en la apreciación de los elementos demostrativos de la buena o mala fe, y para que tal apreciación pueda ser modificada en casación, se requiere que el recurrente alegue y demuestre un manifiesto error de hecho en el fallo o uno determinado y preciso de derecho. (Casación Civil. Julio 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 50, 2ª

— 60 —

CASACION (Contra sentencia aprobatoria de la partición)

Como lo ha dicho la Corte, la flexibilidad que por naturaleza tienen los preceptos legales de los numerales 2º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....588, 2ª

— 61 —

CASACION (Declaración de apoderado judicial)

La declaración de un apoderado judicial no autorizado especialmente para confesar, contenida en escritos diferentes de los citados en el artículo 607 del Código Judicial, sólo podrá, a lo más, constituir un elemento probatorio, en cuya apreciación goza de libertad el sentenciador; apreciación que, por tanto, no es susceptible de censura en casación. (Casación Civil. Agosto 18 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....342, 1ª

— 62 —

CASACION (por aplicación indebida del artículo 946 del C. C.)

La casación limitada al concepto de aplicación indebida del artículo 946 del C. C., por falta de determinación de la cosa demandada no puede prosperar cuando el juez ha creído encontrar tal determinación en las pruebas del proceso puestas en relación con la demanda. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....707, 1ª

— 63 —

CASACION (Cuando la sentencia recurrida tiene varios soportes)

Cuando la sentencia recurrida tiene varios soportes, aunque uno de ellos sea equivocado, no puede invalidarse el fallo si los otros o el otro son suficientes para sustentarlo y no han sido atacados o habiéndolo sido, la acusación no prosperó. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 713, 2ª

— 64 —

CASACION (No puede revaluar el concepto del juzgador de instancia sobre los hechos constitutivos de los vicios del consentimiento)

La casación no puede revaluar el concepto de los jueces de instancia sobre si los hechos probados constituyen o no la violencia, con virtud suficiente para viciar el consentimiento, o en otras palabras, si tales hechos reúnen los requisitos exigidos en abstracto por la ley, pero condicionados a las

circunstancias propias del caso y en especial a las condiciones personales de quien sufrió la fuerza. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 720, 1ª

— 65 —

CASACION PENAL (Admisibilidad del recurso)

El máximo de cinco o más años a que alude el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal y a que debe atenerse la Corte para admitir o desechar el recurso de casación, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos in genere, sino el imponible en el caso sub judice. Otra cosa es que, admitido el recurso con base en ese máximo, la pena deducida en la sentencia que se ha recurrido aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo recurrido. (Casación Penal. Septiembre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) ..763, 2ª y 764, 1ª

— 66 —

CASACION (Admisibilidad del recurso)

El máximo de cinco años o más a que alude el artículo 557 del estatuto procesal y a que debe atenerse la Corte para admitir o desechar el recurso, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos in genere, sino el imponible en el caso sub judice. Otra cosa es que, admitido el recurso con base en ese máximo, la pena deducida en la sentencia que se ha recurrido aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo acusado. (Casación Penal. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Número 2147) 1.040, 1ª

— 67 —

CASACION (Improcedencia de la causal 2ª en materia penal)

Todas las circunstancias que se someten a la decisión del Juri, en los juicios en que éste interviene, como modificadoras o constitutivas de los ilícitos penales, escapan al recurso extraordinario de casación, por el concepto de la causal segunda. Es a los juzgadores de instancia, al tenor de lo estatuído en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, a quienes incumbe rectificar el error, si la circunstancia se desechó por el Jurado contra los resultados de la realidad procesal, declarando contra-evidente el veredicto y convocando un segundo tribunal de conciencia, cuyo pronunciamiento será definitivo.

Dicho de otra manera, no hay error en la interpretación o apreciación de los hechos, para efectos de la causal segunda de casación, cuando, habiendo sido propuestas al Jurado tales modalidades, el veredicto se aceptó por los falladores de derecho o cuando, declarada la contraevidencia del mismo, el segundo tribunal de conciencia convocado al efecto, calificó la situación del procesado, en forma que sólo en caso de anularse el juicio podría, por excepción, examinarse de nuevo en audiencia pública. (Casación Penal. Julio 12 de 1954. T. LXXVIII. Número 2144) .....166, 1ª y 2ª

— 68 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

El ordinal primero del artículo 520 del C. J., prevé dos hipótesis claramente distintas. Una de ellas se refiere al caso en que el sentenciador haya tenido erróneamente como probado el hecho y en que, como consecuencia de ese error, haya violado una norma le-

gal sustantiva. La indebida o errónea apreciación de la prueba debe ser, además, causada por error de derecho o por error de hecho evidente. La otra hipótesis del ordinal primero del artículo 520 del C. J., es la de que el error del tribunal no se refiera a la apreciación de la prueba del hecho, sino a la operación racional que consiste en sacar del hecho que se tiene como probado, las consecuencias jurídicas que de él se desprenden. En este caso se viola la norma sustantiva no como consecuencia de una mala apreciación de las pruebas, sino directa e inmediatamente, es decir, por defecto en la apreciación jurídica del hecho, sea por no aplicarle el precepto legal dentro del cual está comprendido o previsto; sea por aplicarle una norma que no le es aplicable porque en ella no está comprendido el hecho de que se trata; sea por entender mal el sentido de esa norma y, con esa errónea interpretación, aplicarla al hecho. Tales son los tres casos de infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación que prevé dicho primer ordinal del artículo 520 del C. J., en su primer inciso. (Casación Civil. Julio 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)..26, 2ª y 27, 1ª

— 69 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Conforme a reiterada doctrina de la Corte, no hay lugar a la causal segunda de casación, sino a la primera, cuando la sentencia hace la declaración solicitada, sin condenar a más de lo pedido, aunque el tribunal haya apreciado en la sentencia, para fundar su fallo, hechos no invocados en la demanda. Casación Civil. Julio 14 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....67, 1ª

— 70 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Violación del artículo 494 del C. J.)

Si el Tribunal agrava en la sentencia la situación del único apelante y viola de este modo el artículo 494 del C. J., tal quebrantamiento implica la violación de un derecho sustantivo que encaja en la causal primera de casación, motivo por el cual en ese evento el fallo no puede ser acusado con base en la causal segunda, es decir, por incongruencia entre lo pedido y lo fallado, ni con base en la causal sexta, por nulidad del juicio, o en cualquiera de otro orden distinto al de la primera. (Casación Civil. Julio 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....83, 2ª

— 71 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Si la demanda de casación invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., es deber del recurrente señalar de manera precisa la disposición legal que considera violada por la sentencia, en qué sentido y por qué razón. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....697, 2ª

— 72 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal segunda de casación no autoriza a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. T LXXVIII. Número 2147).....882, 2ª

— 73 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

No es necesario para que el fallo no sea inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que en él se decida de manera explícita acerca de una excepción propuesta; si el sentenciador reconoce la existencia del derecho contra el cual se opuso la excepción, implícitamente está fallando adversamente a ésta, y entonces no cabe decir que el juzgador dejara de pronunciar sentencia sobre ese punto de la litis. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....396, 2ª

— 74 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Incongruencia entre el fallo y las pretensiones de las partes)

Lo que la causal segunda de casación quiere corregir es la incongruencia entre el fallo y las pretensiones de las partes en el juicio, no la incongruencia entre el fallo apelado y el que decide el recurso. (Casación Civil. Julio 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 88, 2ª

— 75 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo es procedente)

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la causal segunda de casación del artículo 520 del C. J., procede únicamente ya cuando por el fallo se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver sobre los puntos que han sido objeto del litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción, entendida la excepción como la entiende el derecho ritual. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y en consecuencia hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo. Casación Civil. Octubre 19 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....882, 2ª

— 76 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo es procedente)

La jurisprudencia ha dicho muchas veces que la causal segunda de casación no procede cuando el fallo es sencillamente absolutorio. Sólo cuando el Tribunal resolvió sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita); dejó de resolver alguno de los que fueron objeto de la litis (extra petita); condenó a más de lo pedido (plus petita), o dejó de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente comprobadas (minima petita) puede hablarse de inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 390, 2ª

— 77 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Improcedencia de esta causal)

No puede invocarse la causal segunda de casación por el hecho de que las peticiones de la demanda hayan sido resueltas desfavorablemente al actor, o de que las conclusiones del fallo no satisfagan al recurrente, o no estén conformes con las aspiraciones de quien promueve la litis, desde el punto de vista del éxito judicial; ni con fundamento en la circunstancia de que el Tribunal haya absuelto al demandado, pues en tales eventos no puede entenderse que quedara sin de-

cidir algún extremo de la controversia, ni aparecería que se hubiese interpretado equivocadamente la demanda, o condenado en más o en menos, o deducido una acción distinta de la ejercitada. (Casación Civil. Julio 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)..101, 2ª

— 78 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Improcedencia)

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la causal segunda de casación. (Casación Civil. Septiembre 2 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....557, 2ª

— 79 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Es improcedente cuando la sentencia recurrida es totalmente absolutoria)

Constante es la jurisprudencia de la Corte de que cuando la sentencia recurrida es totalmente absolutoria, es improcedente la causal segunda de casación, porque la inconsonancia de que habla el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no se refiere, ni puede referirse, al hecho de que las súplicas del actor sean resueltas en forma desfavorable a sus pretensiones, y porque cuando el fallo es totalmente absolutorio, la absolución abarca o comprende todo lo que ha sido materia del pleito. (Casación Civil. Septiembre 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)...571, 1ª

— 80 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Su improcedencia cuando la sentencia es totalmente absolutoria)

Es improcedente la acusación con base en la causal segunda de casación cuando la sentencia recurrida es totalmente absolutoria. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....259, 1ª y 2ª

— 81 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Es improcedente cuando el fallo es totalmente absolutorio)

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando el fallo es totalmente absolutorio es imposible hablar de inconsonancia entre lo pedido y lo sentenciado y acusarlo, con base en la causal 2ª del artículo 520 del C. J.; porque el pronunciamiento en tal sentido, aunque, por otro aspecto, fuera desacertado, no sería incongruente, pues no habría fallado sobre más ni sobre menos ni por fuéra de lo pedido. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146). 697, 1ª

— 82 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuando el Tribunal declara no probada una excepción perentoria)

Cuando el cargo contra el fallo recurrido se hace consistir en que el Tribunal declaró no probada una excepción perentoria, la causal de casación procedente es la segunda del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) 693, 1ª

— 83 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Sentencia proferida en juicio reivindicatorio)

Es casable con base en la causal segunda del artículo 520 del C. J., la sentencia proferida en juicio reivindicatorio que habien-

do ordenado la restitución del inmueble reivindicado, dejó de decidir lo relacionado con los frutos del mismo, aunque en la demanda se pidió que se condenara a su pago al demandado. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....609, 2ª

— 84 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL (Es improcedente alegarla en los juicios en que interviene el Jurado)

La causal segunda de casación es improcedente alegarla en los juicios en que interviene el Jurado; ella hace referencia directa al examen contradictorio de los hechos y a las pruebas allegadas dentro del proceso; de serlo, se desvirtuaría la naturaleza de los juicios de conciencia, porque el Juri, en la apreciación de los hechos y pruebas del proceso, sólo tiene como criterio normativo de sus actos —para efecto de la responsabilidad— el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", y esta norma de apreciación no puede ser supeditada por el criterio del juez de derecho, orientado en la interpretación legal de las pruebas. Por otra parte, el estudio de esta causal daría lugar a que el recurso de casación se convirtiera en una tercera instancia, pues su conclusión no podría ser otra que la declaración de la contraevidencia del veredicto, función que no es propia de la Corte en casación, sino de los juzgadores de instancia. (Casación Penal. Agosto 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 473, 1ª

— 85 —

CAUSAL 3ª DE CASACION (Contradicciones en la parte resolutiva de la sentencia)

Las contradicciones en la parte motiva de la sentencia no inducen motivo alguno de casación, ya que la causal tercera del artículo 520 del C. J., se refiere a las en que se incurra en la parte resolutiva y sólo cuando subsistan después de haberse pedido aclaración de ella. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).608, 1ª y 2ª

— 86 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL (Errónea interpretación del veredicto del jurado)

Cuando el Tribunal por errónea interpretación del veredicto se aparte de lo decidido realmente por el Jurado en puntos que son de su incumbencia, la causal procedente para acusar en casación el fallo, es la tercera del artículo 567 del C. de P. P. (Casación Penal. Octubre 21 de 1954. T. LXXVIII. Número 2147).....1.031, 2ª

— 87 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Parte no representada debidamente en juicio)

No puede acusar en casación la sentencia con base en la causal sexta y por nulidad proveniente de ilegitimidad de la personería sino la parte que no ha estado representada debidamente en el juicio. Se requiere además que la cuestión no haya sido discutida y fallada antes en auto ejecutoriado, conforme a lo dispuesto por el artículo 450 del C. J. (Casación Civil. Agosto 13 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....312, 1ª

— 88 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Cuándo no es operante)

No es operante la causal 6ª de casación cuando la nulidad ha sido saneada en conformidad con la ley. (Casación Civil. Sep-

tiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 694, 1º

— 89 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (En ésta no juega la violación de la ley)

En la causal sexta del artículo 520 del C. J., no juega la violación de la ley, de modo que es inútil tratar de especificar diciendo que se debe a infracción directa, interpretación errónea o indebida aplicación. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146) 723, 1º

— 90 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (No es procedente cuando el cargo formulado contempla la cuestión atinente a la Legitimatio ad causam)

No es procedente la causal sexta de casación cuando la pretendida ilegitimidad de la personería se refiera a la existencia misma de la acción en cabeza del demandante, es decir, cuando el cargo formulado contempla la cuestión atinente a la Legitimatio ad causam —presupuesto de la acción y no a su capacidad procesal o Legitimatio ad processum—presupuesto procesal— capacidad que al hallarse viciada daría lugar a la nulidad del juicio. (Casación Civil. Octubre 18 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) 877, 1ª

— 91 —

CERTIFICADO (Sobre suficiencia de un título escriturario)

El certificado sobre suficiencia de un título escriturario, al cual hace referencia el artículo 635 del C. J., no se exige sino en casos especialmente señalados por la ley. Así, por ejemplo: se debe allegar al juicio ejecutivo en donde se hallen embargados inmuebles (C. J., artículo 1008); se debe adjuntar a la demanda sobre partición material o ad valorem de un bien raíz (C. J., artículo 1135), lo mismo que a la demanda de venta de la cosa hipotecada (C. J., art. 1189). Ni siquiera en los juicios de dominio la ley ha exigido tal certificación para acreditar la suficiencia de los títulos escriturarios. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 391, 2ª

— 92 —

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

La clasificación de circunstancias de menor peligrosidad que en el Código Penal se contemplan, es meramente enumerativa o ejemplar, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 40 de la misma obra, que dice: "Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo 38, debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas".

Gozan, en consecuencia, de amplias facultades los funcionarios de derecho para apreciar la peligrosidad del delincuente en orden a individualizar la pena, con la doble restricción de que aparezcan en autos los elementos constitutivos de aquélla y se observe la ley en la imposición de ésta. (Casación Penal. Julio 12 de 1954. T. LXXVIII. Número 2144) 167, 2ª

— 93 —

COMPENSACION DE CULPAS (Apreciación del Tribunal de instancia)

En la reducción prevista por el artículo 2357 del Código Civil es soberano el Tribunal, como lo ha decidido la Corte en varias ocasiones.

Por consiguiente, este detalle no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas, como corresponde, según éste sea de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....404, 1ª y 2ª

— 94 —

COMPETENCIA (Artículo 50 del C. de P. P.)

Cuando el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal habla de "diversas competencias" se refiere a autoridades que no tienen el mismo grado jerárquico de jurisdicción, como ocurre entre el Juez Municipal y el de Circuito; entre éste y el Juez Superior; entre el Juez de Menores y uno de Circuito o Superior, etc., funcionarios éstos a quienes la ley les asigna distinta competencia, sin que importe, por otra parte, que ambos pertenezcan o no al mismo Distrito, Circuito, etc., o a distintos. (Casación Penal. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147). 1.028, 2ª

— 95 —

COMPETENCIA (Para conocer de procesos contra miembros de la Policía)

Estima la Corte que al tenor de esta disposición, los delitos cometidos por Agentes de Policía desde la expedición del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953, o sea desde la incorporación de las Fuerzas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, son de jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar. Pero, para que esa competencia sea efectiva es necesario e indispensable que el agente activo del delito "tenga fuero militar" bien sea como oficial, suboficial o como simple agente asimilado a soldado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1900 de 1953. En otros términos, los delitos cometidos por los agentes de Policía con anterioridad a la expedición de los Decretos que se dejan comentados, no son de competencia de la Justicia Penal Militar, sino de la común u ordinaria, naturalmente con las excepciones contempladas para los delitos realizados dentro de la vigencia del artículo 3º y parágrafo del Decreto 1150, o para aquellos que una vez cometidos y al entrar en vigencia el Decreto número 1231 de 1951, se hubieren convocado a Consejo de Guerra Verbal (artículo 11, inciso 2º). (Casación Penal. Agosto 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145)....465, 1ª y 2ª

— 96 —

COMPETENCIA (Para conocer de procesos contra miembros de la Policía)

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 1426 de 1954, reglamentario del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, para la fijación del reconocimiento del respectivo proceso en la Justicia Militar, se requiere no sólo que el sindicado fuera, en el momento de cometer el ilícito, un civil al servicio de las Fuerzas de Policía, sino también, si se trata de un delito común, que él haya sido cometido con ocasión del servicio o con pretexto de él. (Casación Penal. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 479, 1ª

— 97 —

COMPRA-VENTA (Compra de una finca raíz en favor de un tercero)

Conforme a reiterada jurisprudencia de

la Corte, si la compra de una finca raíz se estipula a favor de un tercero, aun cuando sea menor de edad, no se necesitan dos transmisiones, una del proponente al estipulante y otra del estipulante al tercero, sino que el solo contrato pactado entre el estipulante y el proponente surte sus efectos a favor del tercero mediante la aceptación de éste, la cual puede ser expresa o tácita; y no es preciso que tal aceptación conste en el contrato. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).... 726, 2ª

— 98 —

COMPRA-VENTA (Qué se debe probar para que prospere la acción resolutoria por incumplimiento del vendedor, cuando el contrato de inmueble fue de cuerpo cierto)

Cuando el contrato de compraventa de inmueble fue de cuerpo cierto, es necesario probar en juicio que el vendedor no entregó lo que reza el contrato, esto es, lo comprendido por los linderos señalados en la escritura, para que pueda prosperar la acción resolutoria por incumplimiento y también la de cumplimiento del contrato. (Casación Civil. Octubre 23 de 1954. T. LXXVIII. Número 2147)..... 944, 1ª

— 99 —

COMUNIDAD (La venta de un cuerpo cierto celebrada por uno de los copropietarios, es venta de cosa ajena)

Mientras la comunidad no se haya liquidado, los copartícipes no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de los que componen la comunidad. Tienen cuotas o derechos de copropiedad, que es propiedad en común, pero no propiedad propiamente dicha, que es dominio exclusivo. En consecuencia, el comunero puede enajenar su cuota, su derecho de copropietario, que es lo que tiene; no cuerpo cierto, para lo cual tendría que ser titular de la propiedad, que es lo que no tiene. De donde se sigue que la venta de un cuerpo cierto, celebrada por uno de los copropietarios, es simplemente venta de cosa ajena y se rige, en consecuencia, por las disposiciones que gobiernan esta figura, según lo establece el artículo 79 del C. C., para toda especie de comunidad, y el 1401 ibidem para la comunidad herencial. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).... 607, 1ª

— 100 —

COMUNIDAD (Formada al disolverse la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges)

Aunque es cierto que la sociedad conyugal disuelta por muerte de uno de los cónyuges, es una comunidad universal cuyos partícipes son el cónyuge y los herederos del difunto; y que la comunidad, singular o universal, no es persona jurídica, y carece por tanto de capacidad para ser parte en juicio, según lo declaró la Corte en sentencias de 1º de abril y 17 de agosto de 1954; sin embargo, ello no quiere decir que los copartícipes no tengan capacidad para obrar individualmente, en favor de la comunidad, de acuerdo con la norma que en materia de comunidades sobre el dominio y demás derechos reales en general y respecto de las servidumbres en particular, consagran, respectivamente, los artículos 2525 y 943 del C. C. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..... 303, 1ª y 2ª

— 101 —

COMUNIDAD (Deber del administrador de llevar una lista de todos los comuneros)

Dentro de los deberes propios del administrador, coloca la Ley 95 de 1890 el de llevar éste una lista o padrón exacto de todos los comuneros. Los efectos jurídicos que tenga la formación de esta lista y la inclusión en ella de determinados nombres, con exclusión de otros, no se determinan por la ley mencionada. La formación de tal lista, en todo caso, no tiene el alcance de constituir el título en la comunidad, el derecho que en ella tenga cada comunero. Ese derecho arranca de otra fuente, del acto o medio de adquisición de los mismos, por los títulos y modos que el derecho consagra. (Negocios Generales. Julio 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 203, 1ª y 2ª

— 102 —

COMUNIDAD (Qué se requiere para que en juicio pueda tenerse como administrador de una comunidad a una determinada persona)

Para que en juicio pueda tenerse como administrador de una comunidad a una determinada persona, es necesario que se compruebe que los que concurrieron a la reunión en la cual se hizo la elección de administrador en dicha persona, tenían el carácter de comuneros o copropietarios, porque la ley 95 de 1890 exige que sean los comuneros, en junta general y por mayoría de votos, quienes nombren al administrador de la comunidad, y una reunión de personas que sin tener el carácter de comuneros declaran formada una junta general, no es la contemplada en el artículo 17 de la mencionada ley. (Negocios Generales. Julio 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 203, 2ª

— 103 —

COMUNIDAD (Demanda presentada por un comunero en favor de aquélla)

Para que prospere una demanda intentada por una persona en favor de una comunidad, es necesario que si ella alega su carácter de comunero, así lo compruebe en el juicio. (Negocios Generales. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 779, 2ª

— 104 —

COMUNIDAD (Acción del comunero en favor de la comunidad. Demandas por activa y por pasiva)

Por activa el comunero está capacitado para reivindicar la cosa indivisa, en su propio carácter de estar en común con otras personas, a quienes puede favorecer, pero no perjudicar con su actuación. En tanto que por pasiva y como corolario de lo anterior, toda demanda referente a la cosa común debe comprender a todos y cada uno de los comuneros, para que a todos los afecte el fallo, supuesto que la actuación de uno solo de ellos, en modo alguno podría perjudicar al comunero o comuneros que no intervinieron como parte en el juicio. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 397, 2ª

— 105 —

COMUNIDAD (Acciones de los herederos de un comunero)

Al fallecer una persona que era condueño en una comunidad de cosa singular, los herederos de aquélla pueden ejercer la acción reivindicatoria o cualquier otra acción en favor de las dos comunidades: la de cosa singular formada por los condóminos sobre-

vivientes y la sucesión del condómino fallecido, y la comunidad de cosa universal constituída por esta sucesión; pero no pueden hacerlo sólo para la comunidad de cosa singular antes de liquidarse la sucesión, como si ellos fueran condueños en dicha comunidad. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....980, 2ª

— 106 —

COMUNIDAD (Acción reivindicatoria de la cosa común por parte de todos los comuneros)

Cuando todos los comuneros intentan la acción reivindicatoria de la cosa en que son copropietarios, es indudable que lo perseguido es la cosa singular en manos de quien la ocupa íntegramente. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 396, 2ª

— 107 —

COMUNIDAD (Carácter de comunero)

El carácter de comunero y por ende copartícipe en una comunidad resulta no precisamente de las declaraciones que al respecto se hagan por una o varias personas. Hay necesidad de buscar y encontrar el apoyo de dichas declaraciones en los títulos constitutivos de derechos para cada persona en la comunidad, que, como lo dijo la Corte, "tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si opera a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo". (Negocios Generales. Agosto 23 de 1954. Nº LXXVIII. Nº 2145).....512, 2ª

— 108 —

COMUNIDAD (Cómo se acredita en juicio la existencia de una comunidad en unas tierras)

Para acreditar en juicio la existencia de una comunidad en unas tierras, no es suficiente la copia del acta de su constitución; ha de acompañarse a ella, además, la prueba de que las personas que figuran en dicha acta como comuneros lo son en realidad, por tener título de adquisición o adjudicación de derechos en las tierras de la comunidad. (Negocios Generales. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....782, 2ª

— 109 —

COMUNIDAD (Comprobación de la calidad de "comunero" en la junta general para elegir administrador de la comunidad)

Para que la designación de administrador de una comunidad sea legal y lo sean los actos realizados por éste, es indispensable que la junta general de comuneros que eligió administrador haya sido constituída por verdaderos comuneros y no simplemente por personas llamadas así. La comprobación de comuneros es necesaria cuantas veces trate de demostrarse que una reunión de personas lo fue de verdaderos comuneros o copropietarios en la comunidad. Una reunión de personas que sin tener el carácter de comuneros declaran formada una junta general, no es la contemplada en el artículo 17 de la Ley 95 de 1890. La propiedad de acciones o derechos en una comunidad es lo que realmente constituye el título en ella, y no la simple afirmación de que se es comunero. (Negocios Generales. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....782, 1ª

— 110 —

CONFESION

No es admisible el procedimiento de desentrañar sugerencias de lo manifestado o callado en demandas y respuestas, en excepciones y contestaciones, porque si tal procedimiento fuera admisible, el confesante, en esos casos, estaría en una situación muy desventajosa comparada con la del absolvente en posiciones que alude sin motivo razonable la contestación categórica de lo que se le interroga, porque entonces el juez lo amonesta previniéndole que si no contesta de modo preciso, se tiene como cierto el hecho preguntado y toma nota de esto en la diligencia (artículo 617 del C. J.). Pero al formarse la litis contestatio no hay oportunidad para semejantes prevenciones y amonestaciones. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....964, 1ª

— 111 —

CONFESION

La confesión es prueba hábil para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en un documento público o privado. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....985, 1ª

— 112 —

CONFESION (No es la declaración hecha con el ánimo de defenderse)

La declaración que hace una parte en juicio, no con el propósito de reconocer la existencia de un hecho que pueda perjudicarle, sino con el ánimo de defenderse, no constituye confesión. (Casación Civil. Julio 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....141, 2ª

— 113 —

CONFESION (La confesión preestablecida en un documento escrito no es prueba distinta del documento mismo)

La confesión preestablecida en un documento escrito no es prueba distinta del documento mismo; porque tales documentos no son otra cosa que confesiones escritas o preestablecidas en cuanto contengan declaraciones de las partes que los confeccionan para reconocer la existencia de obligaciones a su cargo. Por lo mismo, a esas confesiones les es aplicable lo estatuído sobre la fuerza probatoria de los documentos escritos respecto de terceros. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....242, 1ª

— 114 —

CONFESION INDIVISIBLE

Cuando las aclaraciones o explicaciones agregadas guardan íntima relación con el hecho principal contenido en la pregunta, la confesión es indivisible. (Casación Civil. Agosto 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 368, 1ª

— 115 —

CONFESION DIVISIBLE

Se trata de una confesión divisible cuando el demandado reconoce como cierto el hecho de no haber entregado la parte del inmueble que, según el contrato, debía dejar en arrendamiento al demandante, alegando, al mismo tiempo, en su descargo, el hecho de que el arrendatario demandante se negó a recibirla. La prueba de este hecho, modificador de la confesión, correspondía a quien lo invocó. No habiendo sido suministrada esa prueba, el hecho objeto de la modifica-

ción, es a saber, que el demandado no entregó, debe considerarse probado por confesión. (Casación Civil. Octubre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....1.004, 1ª

— 116 —

CONGRESISTAS (Prohibición del artículo 110 de la Constitución)

Al expresar con toda claridad el constituyente, en el artículo 110 de la Carta, que los senadores y representantes no podrán admitir poderes de nadie para gestionar negocios relacionados con el Gobierno de Colombia, quiso limitar tal prohibición a aquellas actividades en las que los congresistas se presentan en la escena jurídica como representantes de otra persona a gestionar negocios en los que tenga interés el Gobierno, es decir, en calidad de mandatarios. No otra cosa significa la frase "poder para gestionar" que emplea el precepto, que denota representación, idea o concepto que hace parte de la naturaleza intrínseca del contrato de mandato. (Casación Civil. Julio 26 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....127, 1ª

— 117 —

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES (Personería)

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales tiene personería privativa en todo lo que tiene relación con los bienes dados a él en administración por el Estado, ya sea que tales bienes estén o hayan estado bajo su guarda y siempre que se trate de algo referente a ellos, como su posesión, en reivindicación, los créditos activos o pasivos originados en el manejo de tales bienes. El Estado dio al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles su representación extrajudicial y en juicio para todo lo concerniente al patrimonio que le confió. (Negocios Generales. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....820, 1ª

— 118 —

CONSIGNACION PARA EL PAGO (La providencia que la rechaza es un auto interlocutorio)

La providencia que rechaza la consignación para el pago es un simple auto interlocutorio, que no puede producir el efecto de cosa juzgada, como sí lo produce la sentencia que califique la validez o invalidez del pago admitido en consignación (artículo 979 del C. J.). Casación Civil. Septiembre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....685, 1ª

— 119 —

CONSULTA (De sentencia proferida contra entidad de derecho público)

Para que una sentencia proferida en juicio seguido contra entidad de derecho público sea consultable, no se requiere que contenga una condena expresa contra la parte demandada; basta que el fallo conlleve obligaciones claras, aunque implícitas en contra de los intereses de la dicha entidad. (Negocios Generales. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....486, 2ª

— 120 —

CONTRATOS (Libertad contractual)

En tratándose de estipulaciones contractuales, para limitar la libertad de contratación, se requieren disposiciones legales de excepción, que precisamente por ser excepcionales, no admiten interpretación ni aplicación extensivas. (Casación Civil. Septiem-

bre 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..... 573, 1º

— 121 —

CONTRATOS (Interpretación de los contratos por los jueces)

Las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos son reglas de lógica jurídica, o medios aconsejados a los jueces para inquirir la voluntad de los contratantes, pero tales disposiciones no establecen ningún derecho preciso en forma tal que su desconocimiento pueda servir de base a un cargo en casación. (Casación Civil. Septiembre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..... 641, 2ª

— 122 —

COPIAS (De documentos desglosados)

Cumplidos los requisitos del artículo 363 del C. J., la copia del instrumento desglosado conserva dentro del juicio el mismo valor probatorio de aquél. Las circunstancias de que el documento desglosado haya sido oportunamente traído a los autos y forme parte del proceso según el artículo 597 del C. J., de que el desglose se haya cumplido mediante providencia notificada a las partes y de que la copia respectiva haya sido tomada por el Secretario del Juzgado en donde cursa el juicio son suficientes para garantizar la autenticidad de la copia y los derechos de los litigantes. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..918, 1ª y 2ª

— 123 —

CORRETAJE MERCANTIL (El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil)

Rectifica la Corte su tesis expuesta en sentencia de casación de 14 de febrero de 1945, conforme a la cual las disposiciones del Código de Comercio no se aplican a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles están generalmente fuéra del campo del derecho mercantil (v. GACETA JUDICIAL, T. 58, pág. 601).

Considera ahora la Corte que toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio; y que el corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil. (Casación Civil. Octubre 6 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....861, 2ª

— 124 —

CORREDORES

Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario. (Casación Civil. Octubre 6 de 1954. T. LXXVIII. Número 2147) 862, 2ª

— 125 —

CORREDORES (Retribución de los corredores)

El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador (artículo 88 del C. de Co.). (Casación Civil. Octubre 6 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147). 861, 2ª

— 126 —

CORREDORES (No son verdaderos mandatarios)

El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio. (Casación Civil. Octubre 6 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....862, 2ª

— 127 —

COSA JUZGADA (Excepción de)

Para que sea procedente la excepción de cosa juzgada se requiere que en juicio anterior ya fallado, se haya ejercido la misma acción, pedido las mismas cosas e intervenido las mismas personas que en el juicio en que se propone la excepción. (Casación Civil. Julio 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 135, 2ª

— 128 —

COSTAS (La absolución o condena a ellas en instancia no es materia de casación)

La absolución o condena en costas en un fallo de instancia no ha sido admitida por la jurisprudencia de la Corte como materia de casación, según puede verse en numerosos fallos. (Casación Civil. Julio 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....51, 2ª

— 129 —

COSTAS (Cuando la Corte corrige errores del Tribunal aunque no prospere el recurso de casación)

Aunque no prospere el recurso de casación no hay lugar a condenación en costas cuando él dio margen para que la Corte corrigiera errores del Tribunal. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..... 385, 2ª

— 130 —

COTEJO (Cuando ha habido reconocimiento tácito)

La prueba de contejo de letras o firmas es procedente sólo cuando "por la parte a quien perjudique se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento" (artículo 653 del C. J.). Por consiguiente, si se ha operado un reconocimiento tácito del documento, no hay lugar a practicar el cotejo, y si así se hizo, el resultado de éste no puede prevalecer sobre ese reconocimiento. (Casación Civil. Julio 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....82, 2ª

— 131 —

CUANTIA (cuando hay duda sobre ella)

El hecho de haber sido fijada una cuantía en la demanda, sin objeción del demandado, no convierte en definitiva e intocable tal estimación, cuando puede haber duda al respecto. (Casación Civil. Agosto 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....378, 2ª

— 132 —

CURADORES (Artículo 462 del C. C.)

El artículo 462 del Código Civil no es aplicable a los curadores especiales de que tratan las disposiciones de los artículos 583 del mismo Código y 241 y siguientes del Código Judicial. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....79, 1ª

— D —

— 133 —

DELITOS CONEXOS (Artículo 54 del C. de P. P.)

La conexión entre los varios delitos, para que todos puedan y deban investigarse y fallarse en un mismo proceso, conforme al artículo 54 del C. de P. P. ha de ser sustancial, y no meramente secundaria, porque, de lo contrario, el más leve vínculo de un hecho punible con otro, por razón de la armonía que guardan entre sí todas las cosas del universo, daría lugar a investigar y fallar en un solo proceso multiplicidad de delitos, y ello, como es obvio, traería el caos en la administración de justicia. (Casación Penal. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) 1.029, 1ª

— 134 —

DELITO CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

El precepto del artículo 184 del C. P. protege el normal funcionamiento de las actividades públicas de los empleados cuando ejercen o cumplen funciones propias e inherentes al ejercicio de sus cargos. Es la obligación de ejecutar o bien el hecho de omitir un acto propio de los deberes oficiales llevada a cabo mediante violencia física o moral o por medio de amenazas, lo que la ley penal sanciona dentro de la norma que se comenta. La existencia del delito no está condicionada a la legalidad o ilegalidad del acto, determinación o resolución que debe cumplirse; es un delito autónomo, no sujeto a las consecuencias bien sea de la ejecución o ya también de la omisión; es la violencia, amenaza o intimidación para obligar al agente pasivo del delito a hacer o no hacer un acto propio de sus funciones, lo que tipifica el hecho como delito. (Casación Penal. Julio 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).... 162, 2ª y 163ª 1ª

— 135 —

DEMANDA (Interpretación de la)

En la interpretación de la demanda el juez de instancia goza de la autonomía que le es propia en la interpretación de las pruebas, pues la demanda es una prueba en sentido lato. No tiene sino un límite esa autonomía: el error. Pero no todo error sino el que llega, en materia de hecho, a ser obvio, evidente, cierto, y en materia de derecho, a negar o atribuir a una prueba el valor que tiene o no tiene legalmente, con reflejo tan vivo sobre el fondo del negocio, que por él hubo de torcerse el curso de la justicia.

(Casación Civil. Julio 14 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....70, 2ª y 71, 1ª

— 136

DEMANDA (Interpretación racional de la demanda por el Juez.—Demanda mal formulada por contener acciones opuestas entre sí concurrentemente)

Si en el momento de proferir sentencia definitiva, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, debe ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradicción es meramente aparente: así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir ninguno, etc. De este examen puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, estén formuladas condicional o subsidiariamente en forma sucesiva, eventual o alternativa, y no en foma concurrente, a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada.

Mas si la interpretación es imposible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe. Lo que ocurre en casos como éste es que por carencia de un presupuesto procesal, o sea, por falta de demanda formulada con los requisitos legales, por un vicio insubsanable del libelo, el juez no puede pronunciar sentencia favorable o desfavorable a las pretensiones del actor, porque sin existir una de las condiciones esenciales para que se haya formado y desarrollado regularmente el proceso, no puede haber fallo de fondo. (Casación Civil. Julio 21 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....103, 2ª y 104, 1ª

— 137 —

DEMANDA (Defecto formal de la demanda que encuentra el juez en el momento de fallar el negocio y que hace imposible su pronunciamiento en el fondo)

Si el Juez no ha ejercido el poder de ordenar de oficio la corrección de una demanda que adolezca de vicios formales, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible su pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

La jurisprudencia nacional en casos como éstos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino se requiere uno de mucha gravedad, como en los casos citados por vía de ejemplo. (Casación Civil.

Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 349, 2ª

— 138 —

DEMANDA DE CASACION (Debe presentarse por abogado inscrito en la Corte)

Como ya lo ha dicho la Corte, para que un abogado pueda presentar demanda de casación se requiere que esté inscrito en la Secretaría de la misma, y debe declararse desierto el recurso cuando la correspondiente demanda no fue presentada por profesional que estuviera inscrito en la Corte. (Casación Penal. Septiembre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....769, 2ª

— 139 —

DEMANDA DE CASACION (Demanda presentada antes de que se hubiera señalado término para presentarla)

Procediendo con criterio amplio, considera la Corte que no es el caso de declarar desierto un recurso de casación porque la respectiva demanda no fue presentada dentro del término que al efecto le señaló el Magistrado sustanciador, sino que lo fue antes de que ese término hubiese sido señalado. (Casación Civil. Octubre 13 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....865, 2ª

— 140 —

DEMANDA INADMISIBLE (por indebida acumulación de acciones)

Cuando no hay demanda legalmente admisible porque se acumularon de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del Código Judicial, no es el caso de declarar probada una excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, porque lo que en tal evento ocurre es la falta de un presupuesto del proceso, y el medio exceptivo, por el contrario, supone la acción deducida en juicio. (Casación Civil. Septiembre 25 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....677, 2ª

— 141 —

DEMANDA EN DEBIDA FORMA (Falta este presupuesto cuando en la demanda se deja de citar a alguno de los que deben comparecer como demandados)

Cuando en la demanda se deja de citar a alguno de los que deben comparecer como demandados, no falta el presupuesto de la legitimación en causa, sino que el presupuesto ausente en el juicio es el de demanda en debida forma; porque entonces no es que la demanda haya sido dirigida contra personas contra las cuales no puede ejercitarse la acción, caso éste en que sí habría falta de legitimación en causa, que es bien distinta del litis-consorcio necesario. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 568, 2ª

— 142 —

DEMORAS (Alcance del artículo 172 del C. P.)

Los hechos previstos y sancionados por la disposición del artículo 172 del Código Penal, son diferentes en su ejecución. La omisión es la falta de cumplimiento de los deberes legales que se traduce en hechos negativos que impiden la ejecución de actos a los cuales el funcionario público está obligado y el omitir o dejar de hacerlos o ejecutarlos, le acarrea responsabilidad. El rehusar conlleva la facultad de no querer hacer una cosa que puede traducirse en la obstinación o rebeldía del funcionario para ha-

cer o ejecutar un acto propio de sus funciones, y el retardar, es el hecho de diferir, aplazar o suspender la ejecución de actos legales que por mandato de la ley deben realizarse. Estos hechos en su realización y cumplimiento están condicionados a términos que la ley fija para que se dicten o cumplan las providencias judiciales o administrativas y la violación de la ley conlleva responsabilidad para el funcionario que omite, retarda o rehusa el cumplimiento de sus deberes legales.

Pero no toda demora proveniente de los hechos consagrados por la ley como delitos son imputables a su autor, pues el abuso de autoridad sólo tiene entidad delictual cuando el acto se produce voluntariamente o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que la ley impone. Es la intención y la voluntad con poderes suficientes para hacer nugatorios los mandatos de la ley los que en un momento dado configuran los delitos señalados por el artículo 172 del Código Penal.

El delito por demoras no tiene entidad jurídica cuando a ello se oponen factores de orden material. Lo imposible de realizar no puede ser objeto de sanción por el simple hecho de que la ley fije un término; es la conducta omisiva o ilegal lo que el Derecho Penal sanciona como delito. Si el Juez o Magistrado falla la mayoría de los negocios dentro de los términos que la ley fija, la omisión o retardos causados en alguno de ellos no le es imputable, cuando su conducta no es negligente, morosa o ilegal, es decir, no hay delito.

Tampoco puede afirmarse la existencia de un delito cuando las demoras no le son imputables o cuando el funcionario ajustó su conducta a las normas que rigen la tramitación de los procesos penales. (Casación Penal. Octubre 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) .....1.011, 1ª y 2ª

— 143 —

DENUNCIA DEL PLEITO (Citación de los antecesores del vendedor)

La falta de citación de todos los antecesores del vendedor a quienes el demandado denunció el pleito, no perjudica a los no citados sino al denunciante, porque no podrá ejercer contra ellos la acción de saneamiento. Por consiguiente, esa falta de citación no acarrea nulidad alguna del juicio y no puede referirse a este caso el ordinal 3º del ..artículo 448 del C. J. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2143). 723, 2ª

— 144 —

DERECHO DE RETENCION (Enriquecimiento indebido)

En las hipótesis generales del derecho de retención y para los efectos de las prestaciones mutuas, es indispensable demostrar en concepto el enriquecimiento experimentado por el beneficiario de tal derecho a consecuencia del disfrute del objeto retenido, para que haya lugar a la correspondiente compensación, ya que el enriquecimiento de que se trata no emana de la retención sino de los hechos que configuran el dicho enriquecimiento indebido, desde luego que, en general, bien puede suceder que la retención no produzca el enriquecimiento. (Casación Civil. Agosto 17 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145).....335, 2ª

— 145 —

DERECHO DE RETENCION (Del arrendatario por mejoras puestas en la cosa arrendada.—La conmutariedad en el disfrute de la cosa)

Aunque la sentencia proferida en juicio

de lanzamiento haya facultado al arrendatario para conservar la cosa en su poder en tanto se le abonara el valor de las mejoras puestas por él en la cosa arrendada, es obvio que la protección de este derecho nunca puede conducir al desequilibrio de procurar enriquecimiento injusto en provecho del arrendatario y en menoscabo del arrendador, como aparecería consumado si se entendiera que a título gratuito mantuviese el arrendatario el disfrute integral del objeto arrendado por todo el tiempo que durara su derecho de retención por mejoras.

La conmutariedad exige entonces que el arrendatario deba el equivalente del disfrute de aquello que fue el objeto propio del arrendamiento; como exige también que se le abone al arrendatario el valor de las mejoras a que se le reconoció derecho. Y no es el contrato, cuya vigencia ha fenecido, lo que invariablemente esté llamado a definir el valor de aquel disfrute, por comparación con el precio que en sus cláusulas se estipulara, puesto que expirado el contrato deja de ser ley para los contratantes, y el valor de aquel disfrute extracontractual es materia susceptible de estimación en dinero de acuerdo con los cursos de alzas y bajas en las rentas de las propiedades. (Casación Civil. Agosto 17 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 335, 1ª

— 146 —

DERECHOS HEREDITARIOS (No siempre la venta de derechos hereditarios es aleatoria)

No se puede sostener de manera absoluta que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Cuando al momento de efectuarse la cesión se conoce de manera cierta por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, y el número y calidad de los herederos, el objeto vendido no es cosa que quede sometida totalmente al azar de una pérdida o ganancia. La prestación en este caso no depende de un acontecimiento incierto que haga imposible su justiprecio al momento del contrato. Puede ocurrir, por ejemplo, que la cesión se efectúe después de practicados los inventarios y avalúos cuando ya se han fijado precisamente los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos. En este caso la venta de los derechos herenciales no tendrá carácter aleatorio. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) ..... 233, 1ª y 2ª

— 147 —

DERECHOS HEREDITARIOS (Para la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme en la venta de derechos hereditarios, ésta debe tener un carácter conmutativo)

Cuando la venta de derechos hereditarios no tenga carácter aleatorio sino conmutativo, será entonces procedente la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieren al tiempo del contrato más de la mitad de su justo precio. Y, además, el patrimonio herencial está representado sólo en bienes inmuebles, o si siendo muebles e inmuebles los bienes de la sucesión, la lesión aparezca teniendo en cuenta sólo el valor de los bienes raíces. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 233, 2ª

— 148 —

DERECHOS HEREDITARIOS (Calificación de lo aleatorio o conmutativo de la venta de esos derechos para la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme)

La calificación de la naturaleza aleatoria o conmutativa de la venta de derechos he-

reditarios, para decidir sobre la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme, es cuestión de hecho que corresponde determinar al juzgador en cada caso, teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias en que se celebre el contrato, con base en las pruebas allegadas al juicio. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).. 233, 2ª

— 149 —

DESLINDE

La finalidad de la acción de deslinde no es discutir títulos de dominio, sino solamente verificar sobre el terreno los linderos mencionados en los títulos; y el juicio ordinario sobre oposición al deslinde tiene por objeto decidir si esa verificación tal como se hizo en la diligencia de deslinde del juicio especial estuvo o no bien hecha, es decir, si esas líneas y puntos están realmente situados donde los situó dicha diligencia. Se trata, indudablemente, de una pura cuestión de hecho. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954). T. LXXVIII. Nº 2147).....956, 2ª

— 150 —

DESLINDE (Cuando la cuantía está señalada en la demanda de deslinde, no es el caso de fijarla en el juicio ordinario)

El juicio especial de deslinde y el juicio ordinario que puede surgir como consecuencia de una oposición, no son juicios distintos. Se trata de un mismo juicio que se inicia como especial y que asume después el carácter de ordinario.

Por consiguiente, habiéndose señalado la cuantía en la demanda de deslinde, no es el caso de fijarla en el juicio ordinario, y, por tanto, cuando en éste no se señaló, no puede sostenerse que por este motivo haya duda en lo atinente a ella para efecto de conceder el recurso de casación. (Casación Civil. Julio 17 de 1954. T. LXXVIII. Número 2144) 93, 2ª

— 151 —

DETENCION ARBITRARIA (Competencia del juez para conocer de un proceso seguido por este delito según el lugar de la captura)

Cuando la captura para dar cumplimiento a una orden de detención se cumplió en lugar perteneciente a jurisdicción distinta de aquel donde luego permaneció detenido el capturado, el Juez competente para conocer del proceso que en tal caso se inicie por el delito de detención arbitraria, es el del lugar donde primero se formule el denuncio, conforme a lo estatuído por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Julio 23 de 1954). T. LXXVIII. Nº 2144) 179, 2º

— 152 —

DETERMINACION DE UN TERRENO

Ha sido doctrina de la Corte que cuando por el título mismo puede determinarse el área y concretarse en sus linderos y cabida, no es esencial la localización en el propio terreno. (Negocios Generales. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....786, 1ª

— 153 —

DOCUMENTOS (Artículo 1759 del C. C.)

No es óbice para que en juicio seguido contra una persona que fue parte en la celebración de un contrato que consta en instrumento público o en un documento privado reconocido, este documento surta todos los efectos que le atribuye el artículo 1759 del

C. C., es decir, de hacer plena fe contra los otorgantes también en cuanto a la verdad de su contenido, el hecho de que no intervenga en el juicio la otra parte contratante y que, por tanto, no sea oponible a esta persona. (Casación Civil. Octubre 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....983, 2ª

— E —

— 154 —

EMBARGO DE BIENES (Qué se exige al actor para que se pueda decretar el embargo de bienes dentro del juicio ejecutivo)

Para decretar el embargo de bienes dentro del juicio ejecutivo, la ley no exige que el actor presente la prueba de que los bienes cuyo embargo pretende, pertenecen al deudor. El ordinal 6º del artículo 999 del C. J., exige sólo que el acreedor, jurando no proceder de malicia, denuncie como de propiedad del deudor determinados bienes claramente especificados. (Negocios Generales. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146).....808, 1ª

— 155 —

EMBARGO DE BIENES (Artículo 1019 del C. J.)

Conforme al artículo 1019 del C. J., la cuestión de si los bienes fueron o no indebidamente embargados no es susceptible de reposición o apelación que se interpongan contra el auto de embargo, sino que debe resolverse en la oportunidad y bajo el procedimiento indicados en la norma legal citada. (Negocios Generales. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....808, 1ª

— 156 —

ENEMISTAD GRAVE (Causal de impedimento)

Para que los funcionarios judiciales o los Agentes del Ministerio Público puedan declararse impedidos para conocer de los procesos criminales, por la "enemistad grave" de que trata el numeral 5º del artículo 73 del C. de P. P., dicha causal, como la de amistad íntima, prevista en la misma disposición, debe apoyarse por quien la aduce en pruebas o, si éstas no son posibles, en explicaciones suficientes. Si así no fuera, la Administración de Justicia quedaría expuesta al grave riesgo de verse privada del concurso de funcionarios reconocidamente idóneos, por motivos inexistentes o ineficaces para perturbar el espíritu justiciero que la alta misión del juzgador supone en quienes saben llevar con dignidad su investidura. (Casación Penal. Agosto 10 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....453, 1ª y 2ª

— 157 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION (Diferencias)

La costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de la casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Porque los errores dichos tienen de común, ciertamente: a) el campo en que se originan, o sean las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero, se diferencian: 1º en

que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas; y 2º en que el de derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico, en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del Juez, lo cual cae estrictamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en autos.

De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.

Esto desde un punto de vista intrínseco, que por lo que concierne a la tramitación del recurso, ¿a qué se atiene el opositor para combatir el cargo: al de hecho o al de derecho? Y el Juez en casación, ¿qué rumbo sigue? ¿Los dos? Imposible. ¿El uno o el otro? No habría razón para seguir éste y descartar aquél. (Casación Civil. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....313, 1ª

— 158 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

Según la tradición constante seguida por la Corte y que domina el recurso de casación, mientras no se acredite la evidencia de un error de hecho o de uno de derecho por parte del Tribunal sentenciador, no procede la queja contra la violación de un texto legal, nacida de error de hecho o de derecho en la apreciación de tal o cual prueba. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145)..... 410, 1ª

— 159 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

El problema de la estimación de las pruebas por el tribunal de instancia no puede traerse a casación sino exclusivamente cuando la mala apreciación de los elementos de prueba, que se atribuye al tribunal, sea imputable a un error de derecho, es decir, a la violación de algunas de las disposiciones legales que definen los distintos medios de prueba y les asignan determinado valor en la tarifa legal; o a error de hecho, que consiste en que el tribunal ha omitido la consideración o apreciación de un medio probatorio que demuestra evidentemente el hecho controvertido, sea éste positivo o negativo.

El concepto de error de derecho no comprende cualquier error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario, para que exista tal error, que el tribunal haya violado un precepto legal relativo a la definición o valoración de las pruebas judiciales. Porque es de la naturaleza del recurso de casación, que las cuestiones de hecho, es decir, las que dicen relación a la prueba de los hechos y no a la aplicación del derecho a esos hechos, queden definitivamente resueltas por el tribunal de instancia, a menos que éste haya incurrido, al estimar esa prueba, en la violación de algún precepto legal de los que definen los medios probatorios o los valoran, o a menos que haya incurrido en error de hecho evidente o manifiesto.

Y este error de hecho consiste en que el tribunal de instancia haya tenido como probado un hecho por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el pro-

ceso, de algún medio de prueba que obra en autos y que demuestra, de manera evidente, que el hecho de que se trata no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado por haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestra, de manera evidente o manifiesta que ese hecho existió. También hay error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado fundándose en un medio de prueba que no fue traído al juicio. El error de hecho se refiere, pues, a la existencia del medio probatorio y no a la existencia del extremo que con ese medio se trata de demostrar. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) . . 952, 2ª y 953, 1ª

— 160 —

ERROR DE DERECHO EN CASACION

En tratándose de error de derecho en la apreciación de las pruebas, para producirse la violación de la ley sustantiva, es menester que se produzca ante todo el agravio de los preceptos legales sobre la tarifa de los medios probatorios, según los hechos que se trata de establecer, para saber si las pruebas aducidas responden o no a esa tarifa. En esta valoración puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene según el derecho probatorio; mas para saber esto en casación es indispensable indicar la disposición legal precisa violada por haber atribuído a determinada prueba un valor que aquélla no le da, o por haberle negado el que le da. No hay, no puede haber error de derecho en la estimación de las pruebas, sin tal indicación exacta, porque el error tiene que resultar precisamente de enjuiciar la apreciación del Tribunal ante los textos de la ley que consagran los medios probatorios, su tarifa y su valor. Sin esta confrontación, es imposible saber, primero, si hay error en la estimación de una prueba, y, luégo, si el error golpea sobre los textos objetivos que consagran el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 690, 1º

— 161 —

ERROR DE DERECHO

El error de derecho en la apreciación de una prueba resulta de la confrontación del mérito reconocido o negado a esa prueba en la sentencia, con el mérito que tiene o de que carece según un texto legal determinado. Si el valor que le atribuye la sentencia es el mismo que le señala ese texto, no hay error de derecho; si es distinto, hay error de derecho. De consiguiente la confrontación no puede hacerse en casación sino con las disposiciones legales sobre pruebas, esto es, las que establecen su tarifa y su valor. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147) 889, 1ª

— 162 —

ERROR DE DERECHO

La expresión "error de derecho" se reserva en casación para designar las equivocaciones que el sentenciador sufre en la apreciación de una prueba, consistentes en darle un valor distinto del que le da la ley o en atribuírle o negarle el que le niega o señala la ley. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954, T. LXXVIII. Nº 2146) . . . 723, 1ª y 2ª

— 163 —

ERROR DE DERECHO (En la estimación de las pruebas)

Siempre que el cargo en casación es de infracción indirecta, por error de derecho en la estimación de las pruebas, es menester señalar los preceptos legales quebrantados sobre derecho probatorio, para poder juzgar del valor que la sentencia otorga o niega a una prueba determinada, ya que el error de derecho en esta materia resulta de la disconformidad entre el valor dado o negado a una prueba en la sentencia, y el que los preceptos legales niegan u otorgan a esa misma prueba. (Casación Civil. Octubre 23 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....944, 1ª

— 164 —

ERROR DE DERECHO

La doctrina de la Corte ha sido muy clara en exigir el señalamiento de las disposiciones legales sobre pruebas, quebrantadas a causa de una valuación errónea de ellas. Esta especie de error parte de la presencia de determinado medio probatorio en autos; no se discute si existe o no en el proceso. Se trata de saber si el valor que le dio o le negó el sentenciador está de acuerdo o no con los preceptos legales que precisamente definen los medios de prueba y les asignan un determinado valor. Allí es donde puede saberse si la valoración del fallo se ajusta o no a la ley. De lo contrario, no se trataría de error de derecho en la apreciación de la prueba: es en esta tarea en la que el juzgador acierta o se equivoca; mas, para saber esto, es menester, necesariamente, enfrentar el valor que le asignó a la prueba y el que le dan los textos de la ley. (Casación Civil. Agosto 17 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 332, 1ª

— 165 —

ERROR DE HECHO

El error de hecho a que se refiere el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., es de orden material, y consiste en dejar de estimar una prueba que existe en el proceso, o suponer que existe una que no hace parte del proceso; y además debe influir decisivamente en el fondo de la controversia, de suerte que en razón del error y sólo por él, se haya aceptado o negado la existencia de un hecho fundamental en la litis. El error ha de ser manifiesto, esto es, que la mente tenga necesariamente que aceptar la conclusión opuesta a la sostenida en el fallo, como única solución acorde con la prueba, porque si hubiese otra posible, se trataría cuando más de equivocaciones en la labor del juzgador atinente a las pruebas, mas no de errores de la entidad, magnitud y gravedad del error de hecho en casación. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).. 887, 1ª

— 166 —

ERROR DE HECHO

No basta que se omitan los soportes probatorios de un hecho, para que haya error en la apreciación de aquéllos. El error de hecho puede ocurrir por dejar de percibir lo que hay o por imaginar lo que no hay en el proceso; pero en el primer caso la falta de estimación formal no implica error cuando el fallo acepta la existencia del hecho como si expresamente hubiese tomado en cuenta los elementos probatorios pertinentes. Ello equivale a haberlos percibido, primero, y valorado, después. Distinto es el caso en que existiendo la prueba, declara, sin detenerse en ella, que el hecho no está probado. Pero, aceptada la existencia del he-

cho, es razonable suponer que el sentenciador tomó en cuenta la probanza, sin embargo de no haberla mencionado en el fallo. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....605, 1ª y 2ª

— 167 —

ERROR DE HECHO

Se ha repetido insistentemente que para socavar la convicción del Tribunal por error de hecho, se requiere que el yerro sea de tal magnitud que de la prueba no apreciada surja fatalmente, sin la menor vacilación, el hecho opuesto al que dio por acreditado el juez de instancia como consecuencia de su equivocación. No se trata de yerros, de omisiones, de mayor o menor entidad, sino de fallas tan graves que sobre la ausencia cierta de la prueba se haya admitido la demostración del hecho o que ante la prueba evidente en autos se haya negado la existencia del hecho. La materia concierne al fuero autónomo de que goza el fallador de instancia en la función de investigar en el juicio lo tocante a la prueba de los hechos que configuran la acción ejercida. Y por ello, el error de hecho, una vez demostrado, debe conmover de tal suerte la apreciación del juzgador, que ésta se desplome para destruir el hecho que había sido admitido, o admitir el que había sido negado; mas sin lugar a la menor duda, porque si cabe alguna, será imposible la presencia de esta especie de error. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....719, 1ª y 2ª

— 168 —

ERROR DE HECHO

En materia de casación, para declarar fundada una acusación por error de hecho cometido por el sentenciador en la estimación de las pruebas, se exige que tal error sea manifiesto. (Casación Civil. Agosto 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....298, 2ª

— 169 —

ERROR DE HECHO

El error de hecho en la apreciación de la prueba debe ser tan protuberante, tan convincente, tan manifiesto, que la prueba, de manera indiscutible e indudable, no admita otra apreciación que la que precisamente le negó el sentenciador contra la evidencia, porque si admite otra siquiera, como la sostenida en el fallo, no es posible el error de hecho en casación, ya que no tendría el carácter de manifiesto que exige el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 315, 1ª

— 170 —

ERROR DE HECHO

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba testimonial, y para que la Corte en casación pueda modificar esa apreciación porque en ella se incurrió en error de hecho, se requiere, entre otras cosas, que él sea manifiesto o evidente. (Casación Civil. Julio 3 de 1954. T. LXXVIII. Número 2144)..... 14, 2ª

— 171 —

ERROR DE HECHO (En casación debe ser manifiesto)

No puede ser eficaz el cargo cuando los reparos que el recurrente formula respecto de las apreciaciones que el Tribunal realizó de unas declaraciones de testigos y la inter-

pretación misma que el actor hace de los diversos testimonios, pueden tener un apoyo general en el campo de la crítica de las pruebas, pero sin constituir lo que en casación es error de hecho manifiesto. Manifiesto es lo obvio, lo que directa, inmediata y necesariamente hiere los sentidos produciendo una percepción segura, cierta, inequívoca, que no admite otra, porque si la admite ya no es manifiesta. Sólo así recibe la ley un asunto de mero hecho en el dominio de la casación. (Casación Civil. Agosto 17 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....331, 2ª

— 172 —

ERROR DE HECHO (Para que prospere en casación se necesita que sea manifiesto)

Para que el error de hecho en la apreciación de una prueba sirva para fundar la casación del fallo, se necesita que sea manifiesto o evidente, es decir, se necesita que de la prueba resulte de manera evidente e indudable, que el hecho que se dio por probado no existe, o bien, que es real el hecho que se consideró no probado. No basta, pues, con que la apreciación del tribunal pueda ser dudosa. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....958, 1ª

— 173 —

ERROR DE HECHO

El error de hecho en la apreciación de pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido ésta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Número 2147) 972, 1ª

— 174 —

ERROR DE HECHO

El error consistente en no haber apreciado el Tribunal una prueba por no haberse percatado de su existencia en los autos, no es error de derecho, sino de hecho. (Casación Civil. Agosto 18 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145)..... 342, 1ª

— 175 —

ERROR DE HECHO (Caso en que no se encuentra)

No hay error de hecho cuando el Tribunal no ignora o no tiene en cuenta la existencia de un medio de prueba demostrativo de la de un determinado hecho, es decir cuando considera y aprecia ese medio, pero le niega la virtud de acreditar el hecho. (Casación Civil. Julio 24 de 1954. T. LXXVIII. Número 2144)..... 120, 2ª

— 176 —

ERROR DE HECHO (Caso en que no se trata de un error de hecho, sino de un error de interpretación del hecho bien percibido)

La errónea apreciación de una prueba no constituye error de hecho que dé lugar a la casación de la sentencia, cuando no se trata

de que el juzgador haya leído en el documento lo que no está escrito o dejado de leer lo que está escrito; sino lo que se alega es que el examen perceptivo del documento es exacto, pero el examen intelectivo no lo es. Porque en este caso no se trataría de un error de hecho, sino de un error de interpretación del hecho bien percibido. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 243, 1ª

— 177 —

ERROR DE HECHO (Es el desacierto en el sentido que se le dé a la cláusula de un contrato)

El desacierto en el sentido que se le dé a la cláusula de un contrato de un acto testamentario, es un error de hecho. Por eso, para acusar en casación una sentencia por haber interpretado erróneamente una disposición testamentaria o una cláusula contractual, el cargo debe formularse con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y para que él prospere, es necesario que el error sea manifiesto o evidente. (Casación Civil. Septiembre 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146). 671, 1ª

— 178 —

ERROR DE HECHO (Infracción indirecta de la ley)

Cuando la infracción de la ley sustantiva proviene de error de hecho en la apreciación de las pruebas, ella no es directa, sino indirecta, a través del supuesto error de hecho. (Casación Civil. Septiembre 8 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....571, 2ª

— 179 —

ERROR DE HECHO (en la absolución de posiciones)

No constituye error de hecho bastante a determinar la casación del fallo el que una respuesta dada al absolver un pliego de posiciones admita por igual tanto la interpretación que le dio el Tribunal, como la sostenida por el recurrente en la demanda de casación. (Casación Civil. Septiembre 16 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....624, 1ª

— 180 —

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Para que sea procedente la excepción de contrato no cumplido, no se exige que el excepcionante demuestre que ha cumplido o se ha allanado a cumplir las obligaciones que le corresponden; tal exigencia constituiría un absoluto desconocimiento de los principios que informan dicha excepción.

Para proponerla eficazmente se requiere, por tanto, sólo: a) que el excepcionante obre de buena fe; y b) que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo. (Casación Civil. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 628, 1ª

— F —

— 181 —

FILIACION NATURAL (Acción después de muerto el pretendido padre)

Cuando se busca acreditar el estado civil de hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que

subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posición jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia.

Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero. (Casación Civil. Julio 7 de 1954. Tomo LXXVII. Nº 2144) .....42, 1ª y 2ª

— 182 —

FILIACION NATURAL (Puede proponerse después de muerto el presunto padre)

Reafirma la Corte su doctrina sustentada ya en innumerables fallos a partir de octubre de 1945, y conforme a la cual la acción sobre filiación natural puede proponerse después de muerto el presunto padre, contra los herederos de éste. (Casación Civil. Julio 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)... 82, 2ª

— 183 —

FILIACION NATURAL (Acción después de muerto el pretenso padre)

Como es indiscutible que si el presunto padre natural fallece después de que se le haya notificado la demanda y antes de que la haya contestado, el juicio puede continuar con los herederos de aquél, no se ve la razón por la cual no habría de ser jurídicamente posible el ejercicio de la acción de filiación natural después de muerto el pretenso padre, pues, en realidad, aún en el primer caso el juicio viene a surtirse exclusivamente con los herederos, como si se hubiera iniciado con ellos. (Casación Civil. Septiembre 23 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146)..... 649, 1ª

— 184 —

FILIACION NATURAL (Acción después de muerto el presunto padre)

Después de muerto el presunto padre son quienes continúan jurídicamente la persona del causante los llamados a contestar la demanda sobre filiación natural, esto es, los herederos, parientes o extraños, siempre que en derecho ocupen la posición de quien ha fallecido.

Y como no siempre la vocación hereditaria obedece al estado civil, de donde se desprende que la calidad de heredero y el estado civil como categorías jurídicas no pueden confundirse, por más que el ordenamiento de la sucesión ab-intestato se funde en la familia y el parentesco y por consiguiente en el estado de las personas y sus vinculaciones recíprocas, y, por consiguiente tampoco son bastantes siempre las pruebas del estado civil para demostrar la calidad de heredero de otra persona; corolario de lo anterior aparece que si después de muerto el supuesto padre, dentro del juicio sobre filiación natural no se trata precisamente de acreditar el parentesco entre el demandado y el causante, sino su calidad de heredero como condición ineludible para ser legitimada en la causa esa misma parte demandada, o sea en concreto el hecho de ser la persona o personas a quienes el ordenamiento jurídico coloca en el rango de contradictores para el reconocimiento de la paternidad por ministerio de la justicia, no hay duda de que entonces el decreto judi-

cial que contiene la declaratoria de herederos demuestra por sí mismo quiénes son en derecho los continuadores legítimos del causante, aunque en no pocos casos de sucesión testamentaria no exista entre el instituído y el de cujus relación cuya causa se encuentre en el estado civil o en los vínculos del parentesco. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....923, 2ª

— 185 —

FILIACION NATURAL (Cuando en esta acción no aparece en el demandado el carácter de heredero con respecto a la persona del fallecido presunto padre falta la legitimación en la causa en la parte demandada)

Cuando en juicio sobre filiación natural no aparece el carácter de heredero con respecto a la persona del fallecido presunto padre, no es que llegue a encontrarse la falta de capacidad para ser parte, como presupuesto del proceso, sino que está ausente la titularidad como elemento esencial de la acción para ser legitimada en la causa la parte contra la cual se dirige la demanda, y por ello no es el caso de que el juzgador se inhiba de fallar en el fondo, como sucede cuando no ha podido formarse la relación jurídico-procesal por falta de alguno de sus presupuestos (legitimatio ad processum), sino que ha de proferir sentencia absolutoria, por no ser el demandado la persona contra la cual el derecho objetivo ha concedido la acción y que, por consiguiente, aparece libre de los cargos contenidos en las súplicas. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....924, 1ª

— 186 —

FILIACION NATURAL (Escrito emanado del presunto padre)

Para que una carta u otro escrito emanado del presunto padre y que contenga una confesión inequívoca de paternidad, pueda ser tenido como prueba de tal hecho, conforme al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y en juicio sobre filiación natural, no es necesario que esté reconocido por su autor cuando el juicio se sigue contra los sucesores universales del pretenso padre. (Casación Civil. Julio 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 31, 1ª

— 187 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria)

Si el Tribunal desechó como prueba de la posesión notoria del estado civil unos testimonios porque, a su juicio, no la acreditaban, por su vaguedad e imprecisión, no es procedente acusar la sentencia en casación por error de derecho, pues este tópico se refiere a punto de hecho. (Casación Civil. Julio 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....145, 2ª

— 188 —

FILIACION NATURAL (Prueba de la posesión notoria del estado de hijo. Para acreditarla no se puede exigir partida de nacimiento)

Cuando la acción para obtener la declaración de filiación natural respecto de determinada persona se funda en la posesión notoria del estado de hijo, no puede exigirse partida de nacimiento o de bautizo del hijo, ya que no interesa saber si éste tuvo por madre ésta o aquella mujer. (Casación Civil. Agosto 11 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 297, 1ª

— 189 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria del estado civil)

Los hechos constitutivos de posesión no-

toria del estado civil deben ser permanentes durante el lapso fijado en el artículo 398 del Código Civil, y, además, acreditados de una manera irrefragable con un conjunto de testimonios fidedignos. (Casación Civil. Agosto 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 298, 1ª

— 190 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria del estado de hijo)

Para que pueda hacerse la declaración de filiación natural con base en la posesión notoria del estado de hijo, el tratamiento y la fama que deben probarse, deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación, y c) a su establecimiento (artículo 6º de la Ley 45 de 1936). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 599, 1ª

— 191 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria del estado de hijo. El vocablo "irrefragable")

Al decir el artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, "que la establezca de un modo irrefragable" sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones, responsivas exactas y completas, como deben serlo, sean "incontrastables" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) .599, 1ª y 2ª

— 192 —

FILIACION NATURAL (pruebas)

La soberanía de que en la generalidad de los juicios disfruta el sentenciador para apreciar los hechos jurídicos, hállase notablemente restringido en los procesos de filiación natural, a consecuencia del severo régimen probatorio impuesto ad-hoc por el legislador. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....600, 1ª

— 193 —

FILIACION NATURAL (Hijos nacidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1936)

Reitera la Corte su doctrina de que tratándose de hijos extramatrimoniales nacidos ante de entrar a regir la Ley 45 de 1936, pueden invocar hechos y aducir pruebas de los que habilita esa ley para fundar y declarar la filiación natural. (Casación Civil. Septiembre 23 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) 655, 1ª

— H —

— 194 —

HEREDEROS (Prueba de la calidad de heredero en juicio)

La calidad de heredero puede probarse en juicio no sólo con las respectivas actas del estado civil, sino también con copia del reconocimiento hecho en el juicio de sucesión. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....79, 2ª

— 195 —

HEREDEROS (La prueba de confesión no sirve para establecer el carácter de heredero)

En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona con respecto a otra. Estas pruebas son, bien las correspondientes actas del estado civil o las supletorias admitidas por la ley, para acreditar el parentesco entre el de cujus y sus sucesores, o bien, la copia del correspondiente reconocimiento de herederos en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado civil. (Casación Civil. Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....353, 2ª

— 196 —

HEREDEROS (Acción contra el heredero de un tercero)

Para proceder contra otra persona en calidad de heredero de un tercero, al demandante le sirve la copia del auto por el cual al segundo se le reconoció esa calidad. (Casación Civil. Septiembre 20 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....631, 2ª

— 197 —

HEREDERO PUTATIVO (Bienes adquiridos del heredero putativo por un tercero. Acción del verdadero heredero)

Cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituírlos. Pero si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastará entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste. (Casación Civil. Septiembre 9 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....580, 1ª y 2ª

— 198 —

HIJUELAS (Como títulos traslaticios de dominio)

Conforme al artículo 765 del Código Civil las hijuelas son, por sí solas, títulos traslaticios de dominio y, por tanto, hay que considerarlas como suficientes para su comprobación, siempre que a éstas no se les oponga otro título anterior, pues en ese evento

hay que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela, hasta dar con uno anterior al opuesto a ella. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario. (G. J. Tomo XLIX, pág. 312). (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..936, 1ª

— 199 —

HOMICIDIO (Significado de la respuesta del Jurado "Sí es responsable, de homicidio involuntario").

La respuesta del jurado: "Sí es responsable, de homicidio involuntario", traducida al lenguaje jurídico, no puede convertirse necesariamente en un homicidio ultraintencional, porque ello equivaldría a sostener que cada vez que se asevera la involuntariedad de aquel delito significa que el ejecutor debe responder por lesiones. Lo cual no es así. Es verdad que al negar el propósito de matar en quien da muerte a otro se puede estar afirmando en forma implícita que la intención fue distinta. Entonces, lo aconsejable es interpretar el pensamiento del jurado repasando los medios persuasivos de que él dispuso para conocer el fondo de su determinación. (Casación Penal. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....444, 1ª

— 200 —

HOMICIDIO COMETIDO EN RIÑA IMPREVISTA

Estima la Corte que el homicidio cometido en riña imprevista debería ser un delito autónomo e independiente sin relación alguna con las otras figuras delictuales correspondientes al título XV, Capítulos I y II del Código Penal, que tratan de los delitos contra la vida y la integridad personal, ora porque el sujeto que delinque en estas circunstancias no tiene ninguna intención ni propósito previo de atentar contra la vida de persona alguna porque es un hecho "imprevisto" en el cual se coloca el agente activo del delito, contra su voluntad sin buscarlo y sin desearlo, ya también, porque el que ejecuta un hecho en estas circunstancias no tiene el propósito o la intención de cometer un delito, sino únicamente, el de rechazar un ataque sin pensar ni medir las consecuencias de su acto; si de esa riña imprevista surgen algunas consecuencias, debe aceptarlas en virtud del concepto de responsabilidad legal que informa nuestro Código Penal.

Como en nuestra legislación los delitos cometidos en riña que se suscite de modo imprevisto no son figuras autónomas sino dependientes de los capítulos relativos al homicidio o a las lesiones personales (artículo 384 del C. P.), el elemento propósito que integra el delito principal debe ser motivo de previo pronunciamiento no sólo en el auto de proceder —parte motiva— que especifica las circunstancias en las cuales se realizó el hecho, sino, también, en el respectivo cuestionario para que el veredicto consulte en toda su amplitud los factores materiales y morales que integran todo delito. Si la respuesta del Jurado —veredicto— no consulta o no resuelve esos temas, por una parte, habría ausencia de formalidades propias del juicio, y por otra, la sentencia no podría dictarse sobre bases que no definen todo el problema de la responsabilidad.

"Si la armonía se rompe —dice la Procuraduría— porque ni el auto de proceder ni el cuestionario precisan los elementos generales o específicos de la infracción materia del debate, y el Jurado, por esa causa, no puede pronunciarse acerca de la naturaleza misma de los hechos punibles, entonces el

Juez de derecho carece de facultad para decidir libremente cuál es el delito que debe reprimir la sentencia, ya que, de lo contrario, resultaría dictándola de acuerdo con su criterio netamente jurídico y no en consonancia con el veredicto, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal. Y tal exceso desquicia las bases del juzgamiento, viola el artículo 26 de la Constitución y entraña una nulidad supralegal".

La afirmación de la responsabilidad incluye necesariamente los conceptos de actividad física y moral, la primera atinente al hecho material, y la segunda, referente al propósito de realizarlo. La suma de estos dos valores forman el principio de la responsabilidad; la ausencia de uno de estos elementos bien sea en el auto de proceder o en el cuestionario, hacen que el veredicto sea incompleto y por consiguiente nulo el proceso por prescindencia de una formalidad que le es propia como es la de haberse omitido la manifestación del propósito factor psíquico, cuestión de previa declaración por el Tribunal de conciencia; nulidad constitucional que entraña a su vez la inobservancia de las formalidades contempladas en el artículo 4º de la ley 28 de 1943. (Casación Penal. Julio 23 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) .183, 1ª y 2ª

— I —

— 201 —

IDENTIDAD JURIDICA DE PERSONAS EN JUICIO CIVIL

Cuando el opositor a la entrega del inmueble sobre el cual versa la ejecución de la sentencia, es causahabiente de la parte condenada en el juicio, no tiene calidad de tercero por una parte, y por otra, no puede oponerse por aquella identidad jurídica de personas de que habla la ley, pues, la favorable o desfavorable en las consecuencias del juicio le aprovechan o le perjudican. (Casación Penal. Septiembre 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....737, 2º

— 202 —

IMPEDIMENTOS

Está impedido para proferir sentencia en segunda instancia el Juez o Magistrado que en su condición de Agente del Ministerio Público dio concepto sobre el mérito del sumario. (Casación Penal. Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....462, 1º

— 203 —

INCONGRUENCIA DE UN FALLO

La incongruencia de un fallo no se refiere a los hechos sino a las pretensiones de las partes. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....406, 2ª

— 204 —

INSPECCION OCULAR (Sobre cuáles hechos puede recaer la investigación del juez)

Si conforme al artículo 728 del Código Judicial, en el acto de la diligencia de una inspección ocular puede el Juez hacer una investigación de los hechos que juzgue necesario para ilustrarse, tales hechos son aquellos a que se contrae la diligencia de inspección ocular y no otros, pues de lo contrario, quedarían burladas las estrictas normas sobre términos probatorios.

Y no obra en contra de lo dicho lo dispuesto por el artículo 597 del mismo Código, el cual ordena que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso"... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes...", por-

que esto debe entenderse de los elementos allegados a ellos regularmente, dado que la inspección ocular es un acto de mero reconocimiento de los hechos o cosas que se tengan a la vista, con o sin intervención de peritos y testigos, no para acreditar cosas de otra índole. (Casación Civil. Julio 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....16, 1º

— 205 —

INTERPRETACION DE LA LEY (Disconformidad entre el juzgador y las partes sobre puntos de interpretación de la ley)

Los cargos de concusión y cohecho, como los de prevaricato y abuso de autoridad, cuando se trata de interpretar la ley con un sentido de responsabilidad y de buena fe, con el afán de buscar en su letra y en su espíritu el derecho que más se acomode a la realidad de los preceptos legales, son inexistentes. La discrepancia de criterios o la disconformidad de opiniones entre el juzgador y las partes sobre puntos de interpretación de la ley o aplicación de la misma en un caso determinado, no puede ser —en ningún caso— materia de delitos. Es el abuso de funciones y la conducta indebida del funcionario en el sentido de violar la ley bien sea en beneficio personal o en el de terceros, o el incumplimiento de sus deberes especiales, lo que en cada caso puede tipificar los delitos a que hace referencia la denuncia. La simple interpretación de un precepto legal sin intención dolosa, o el desacuerdo entre el Juzgador y las partes en la apreciación de un punto de derecho, no está erigido por la ley en hecho delictuoso.

"No basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de instancia ni entre éstos y los litigantes —ha dicho la Corte— para deducir el abuso de autoridad, porque los Jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana.

"Ni basta tampoco el error de la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presupone, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciaciones ni el error, demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Sería necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la actuación criminosa en las actuaciones judiciales". (Fallo de octubre 1º de 1948, GACETAS números 2064 y 2065). (Casación Penal. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....447, 2ª

— 206 —

INTERVENCION EN POLITICA (Para que un funcionario o empleado judicial incurra en responsabilidad penal)

Para que un funcionario o empleado judicial incurra en responsabilidad penal por haber intervenido en política, no es necesario o indispensable que haya una típica actuación beligerante, ni se requiere que el acusado desarrolle una actividad extrema de agitación, o que se encargue de movilizar fuerzas electorales o de pronunciar discursos, o que se entregue a tareas semejantes, sino que basta que posponga sus deberes a la primera solicitud para demostrar su temperamento combativo, la vehemencia de sus pasiones o la inclinación a tomar parte, así sea soslayadamente, en la pugna, no siempre civilizada, por desgracia, de las fuerzas o corrientes políticas. Porque no es el hecho, considerado en sí, y que podría ser aislado o accidental, lo que le infunde gravedad al ilícito, que no es de daño sino de peligro, de capacidad para asumir una posición contraria al cargo que se desempeña y que refleja evidentemente una conducta que se

opone al ejercicio de un ministerio que debe hallarse libre de todo cuanto pueda perturbarlo, si es que ha de cumplirse dignamente. Por eso la ley no exige que haya dolo especial o más ánimo que el común de trasgredirla, para que quede configurada la infracción. (Casación Penal. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....481, 2ª

— J —

— 207 —

JUICIO ESPECIAL (Cuando por error se sigue por la vía ordinaria uno especial, tal cosa no constituye excepción perentoria)

Cuando por error se sigue por la vía ordinaria un juicio que habría debido adelantarse por una especial, tal cosa no constituye excepción perentoria, porque no elimina o destruye la acción o derecho sustantivo que se trata de hacer efectivo, ni extingue la obligación que, en principio, puede pesar sobre el demandado. (Casación Civil. Julio 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)....52, 2ª

— L —

— 208 —

LEGITIMA DEFENSA E IRA E INTENSO DOLOR

Tanto para que el hecho se justifique por haber obrado el procesado en legítima defensa, como para que opere la excusa por ira o intenso dolor, es necesario que la violencia o la provocación, en su caso, sean injustas; y ni la justificación del hecho ni la atenuante de responsabilidad se configuran por el ataque o por la ofensa injustos que a su vez, han sido injustamente provocados por quien resulta víctima de la reacción investigada. (Casación Penal. Septiembre 21 de 1954 T. LXXVIII. Nº 2146).... 767, 2ª

— 209 —

LEGITIMACION EN CAUSA (Elemento de la acción)

Reafirma la Corte la doctrina sentada en sentencias de casación de 31 de enero de 1947 y 16 de agosto de 1948, conforme a la cual la legitimación en causa es elemento de la acción.

En efecto, considera la Corte que la legitimación para obrar concierne, no al proceso (al cual pertenecen sin lugar a duda la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal), sino a la acción como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado. Los presupuestos procesales son bases necesarias, esenciales del juicio, de la litis ante los jueces, que no tocan en sí con el derecho que se controvierte. Sin ellos, por lo mismo, hay acción pero no hay proceso, no debe haberlo en puridad de verdad, y a que no lo haya sin que se cumplan, tienden las llamadas excepciones dilatorias y las nulidades procesales. De aquí que lo primero que el Juez deba hacer al dictar sentencias, sea comprobar si los presupuestos concurren o no, porque en el primer caso, podrá y deberá fallar en el fondo la cuestión debatida, en tanto que en el segundo tendrá que abstenerse de hacerlo, y el juicio podrá iniciarse de nuevo. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....67, 1ª y 2ª

— 210 —

LEGIMACION EN CAUSA (y los presupuestos procesales)

Los presupuestos procesales no son otra

cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable, o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (legitimatio ad causam), aunque para el fallo adverso se entiendan reunidos los presupuestos procesales, esto es: a) demanda formalmente admisible; b) competencia del juzgador; c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; d) capacidad para obrar procesalmente, o sea, capacidad de ejercicio (legitimatio ad processum). (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).. 924, 1ª

— 211 —

LEGITIMATIO AD CAUSAM (Elemento estructural de la acción)

La legitimatio ad causam es cosa bien distinta de la legitimatio ad processum: aquélla es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso, mientras que la última es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en juicio por sí mismo o por medio de otros; la primera es requisito necesario para obtener sentencia favorable, mientras que la última es condición previa indispensable para que el juez pueda fallar en el fondo el negocio, en sentido favorable o desfavorable. La legitimatio ad causam es cuestión de fondo (merita causae), mientras que la legitimatio ad processum es cuestión de rito.

Cuando el juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación del actor o del demandado en la causa, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene calidad para responder de ella. El fallo produce entonces los efectos de la cosa juzgada sustancial entre las partes, de tal manera que éstas no pueden volver a controvertir su mismo derecho en otro juicio, a menos que posteriormente surja un nuevo hecho que dé calidad a quien carecía de ella para estar legitimado en la causa (cesión, sucesión, etc.).

Cuando se declara la carencia de un presupuesto procesal, el juez no niega la existencia de la acción incoada. Simplemente decide que la acción, en caso de existir, no puede adelantarse en el proceso irregularmente iniciado. La decisión del juez que resuelve sólo sobre los presupuestos procesales no es favorable al actor o al demandado, y por eso no produce los efectos de la cosa juzgada sustancial. Termina con el proceso anormalmente adelantado (produce cosa juzgada formal, en ese proceso que concluye allí), pero las partes pueden hacer valer nuevamente su derecho en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallo de fondo.

Por consiguiente, cuando, fallecido el presunto padre natural, se ejercitan conjuntamente la acción de estado civil y la acción de petición de herencia, la condición de herederos en los demandados no es entonces una cuestión atinente a la capacidad procesal, como en algunos fallos de la Corte se ha considerado erradamente. No se trata entonces de un presupuesto procesal, sino de uno de los elementos estructurales de la ac-

ción. (Casación Civil. Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....351, 1ª y 2ª

— 212 —

LEGITIMACION EN CAUSA

La impropiamente llamada personería sustantiva de la parte actora, corresponde en realidad a las condiciones de la acción o a su titularidad, como requisito necesario para obtener sentencia favorable a las súplicas de la demanda. Es elemento de la legitimación en causa, y por ello, si falta, no existe la acción y se predica el fallo absolutorio, no porque esté probado medio exceptivo alguno, sino simplemente porque, según lo dicho, no aparece configurada la acción ni la titularidad del demandante. La excepción supone una acción que por su virtud extintiva llega a ser ineficaz; pero cuando la acción misma no tiene existencia, por sustracción de materia no hay campo dentro del cual el medio exceptivo pudiera tener vida. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....396, 2ª

— 213 —

LEGITIMACION EN EL PROCESO

Cuando el actor no ha demostrado su personería sustantiva para demandar, no hay legitimación en el proceso, y por tanto, no es el caso de decretar las peticiones de la demanda. (Negocios Generales. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....780, 2ª

— 214 —

LESION ENORME (Restituciones recíprocas)

Demandada la venta por lesión de ultramitad, se pide también en forma implícita, pero no menos clara, el decreto judicial sobre prestaciones mutuas; y si el juzgador la rescinde, está en la necesidad de proveer sobre las últimas, a fin de conseguir que se restablezca el equilibrio entre las partes. Reconocida la causal civil de rescisión, se reconocen también sus efectos jurídicos, aun que la demanda no contenga súplica expresa en materia de restituciones recíprocas, envueltas necesariamente en el objeto de la súplica y en los fines de la acción judicial. (Casación Civil. Julio 22 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....115, 1ª

— 215 —

LESION ENORME (Condición de la acción rescisoria por lesión enorme de que la cosa no se haya perdido en poder del comprador)

Dados los términos del artículo 1951 del C. C., es condición estructural de la acción rescisoria por lesión enorme que la cosa no se haya perdido en poder del comprador. Esta condición contempla dos posibilidades: pérdida propiamente dicha o enajenación a un tercero. La protección de terceros hace imposible la rescisión en este último caso. Y entonces sólo procede otra acción distinta: si el comprador ha enajenado la cosa por más de lo que había pagado, puede reclamar el exceso hasta concurrencia del justo valor con deducción de una décima parte. Como es obvio, en este caso no cabe ni la rescisión del contrato, ni la restitución de la cosa vendida. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....391, 1ª y 2ª

— 216 —

LESION ENORME (El avalúo catastral no constituye sino un indicio lejano acerca del valor de un inmueble)

El avalúo catastral dado a un bien, para

efectos fiscales, no constituye sino un indicio lejano acerca del valor de un inmueble, sobre el cual prevalece naturalmente el comercial que se obtiene por medio de peritos, cuando se trata de establecer el verdadero valor de una finca en juicio de rescisión de un contrato, por haber sufrido lesión enorme una de las partes contratantes.

E igual cosa es aplicable respecto de los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos sobre los precios que hayan tenido tales o cuales inmuebles. (Casación Civil. Septiembre 3 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146).....563, 1ª y 2ª

— 217 —

LESION ENORME (En una partición)

Para verificar si hay lesión en una partición es preciso tener en cuenta el valor total de la respectiva hijuela y no el valor de tal o cual de los bienes en ella comprendidos, ya que un coasignatario puede resultar perjudicado en relación con determinada cosa y al propio tiempo beneficiado en relación con otra. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....734, 2ª

— 218 —

LEY (de aplicación inmediata)

Las leyes que crean los tribunales y determinan el procedimiento son de aplicación inmediata, salvo, claro está, que visiblemente resulten perjudiciales para el acusado, como sería el caso de obligar a quien fue absuelto en primera instancia a someterse a un segundo juicio por el hecho de que la ley posterior varió lo relativo al juzgamiento. (Casación Penal. Agosto 31 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....484, 1ª

— 219 —

LEY SUSTANTIVA (Leyes provenientes de fuente constitucional no sustantivas)

No toda ley que disponga algo que provenga de la fuente constitucional, como por ejemplo lo concerniente a la carrera judicial, a la milicia y la policía, a elecciones y escrutinios, a los gastos y funcionamiento de la Contraloría, a los tribunales de conflicto, a la competencia de los Jueces Municipales, a las incompatibilidades de los Representantes y Senadores y a tantas otras materias de simple marcha de instituciones y organismos administrativos, hay que entenderla como precepto sustantivo, sólo porque fue dictada en virtud de una facultad expresada por la Constitución. (Casación Penal. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 484, 1ª

— 220 —

LIBROS DE COMERCIO (Si al cesionario se le pueden oponer los asientos de los libros de comercio del cedente, debe admitírsele a probar contra ellos con todos los medios)

Es evidente que no cabe completa asimilación de los asientos en los libros comerciales del cedente a recibos o cartas de pago expedidos por quien lleva tales libros, para los efectos de su fecha cierta respecto del cesionario.

Se explica que, tratándose de un recibo, documento que reposa en manos del deudor, se exija a éste que lo oponga inmediatamente porque, de lo contrario, se hace verosímil la antedata y obra contra él la presunción de insinceridad de la fecha; pero tratándose de documentos que no están en poder del deudor, y que éste no tiene por qué conocer,

como son los libros de comercio del acreedor, no hay razón para exigirle que haga valer inmediatamente los asientos de pago, ni la hay, por consiguiente, para presumir, si no los invoca inmediatamente, la insinceridad de tales asientos. Al contrario, si se tiene en cuenta cuál es la causa de que los asientos de contabilidad prueben contra el comerciante que los hace —causa que no es otra que la psicológica de que debe presumirse que es verdadera una anotación que hace el comerciante en su propio perjuicio— se reconocerá fácilmente que no hay razón para afirmar que los asientos que perjudican al cedente, no pueden ser opuestos al cesionario. Porque las circunstancias especiales de verosimilitud que rodean las anotaciones del comerciante en su perjuicio, no permiten lógicamente que se haga, por esos asientos, una excepción al criterio según el cual, cuando en el documento privado se hace constar una relación jurídica estrictamente personal, como es el pago de la deuda, el cesionario del crédito no debe considerarse como un tercero respecto de tal documento.

Y la causa de que pueda oponérsele el documento sin considerarlo como tercero es, precisamente, como lo explica Lessona, que, en este caso, el cesionario puede probar, con todos los medios de prueba, que no hubo tal pago, o bien que éste se hizo después de haber adquirido su posición de cesionario del crédito y en perjuicio de esa posición.

Por consiguiente, si al cesionario se le pueden oponer los asientos de los libros de comercio del cedente, debe admitírsele a probar contra ellos, porque es precisamente porque puede probar contra ellos con todos los medios, por lo que pueden oponérsele los libros de su cedente. (Casación Civil. Agosto 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)..... 240, 2ª y 241, 1ª

— M —

— 221 —

MANDATO (Restricción en su interpretación)

No puede aplicarse el criterio de la más severa restricción en la interpretación de un mandato cuando el acto del mandatario, trata de favorecer al poderdante. (Casación Civil. Agosto 14 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 319, 2ª

— 222 —

MATRIMONIO (Declaración del párroco que no suple la partida eclesiástica del matrimonio)

Las declaraciones que un párroco afirme haber recibido a dos testigos acerca del hecho del matrimonio, no suplen la prueba del estado civil consistente en la partida eclesiástica de matrimonio, aunque el mismo párroco certifique que no pudo hallarse. (Negocios Generales. Septiembre 16 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....777, 1ª y 2ª

— 223 —

MINAS (Pérdida del dominio y posesión regular de una mina de las de la reserva nacional)

El dueño de una mina de las de la clase cuyo dominio se reservó la Nación por medio de la Ley 13 de 1937 que habiendo perdido su derecho y posesión por el no pago oportuno de los impuestos, no ejerció la facultad de recuperarlos antes de que entrara en vigencia la reserva nacional decretada por dicha ley, perdió definitivamente el dominio y posesión regular de la mina. (Ne-

gocios Generales. Septiembre 23 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....813, 2ª

— N —

— 224 —

NOMINA (Documento público y privado)

La nómina participa de calidad de documento privado y de la de documento público, porque si ella es cuenta particular o privada en cuanto con ella se cobra una cantidad, es también un documento público en cuanto establece una relación entre el titular del crédito y el pagador oficial. De manera que cuando en ella, para autorizar el cobro, se afirma un hecho contrario a la verdad, se incurre en delito que compromete la fe pública. A condición de que se establezca, no el daño efectivo, que éste no es requisito esencial en los delitos de falsedad en documentos oficiales, sino el interés ilegítimo que lleva implícito el acto de desfigurar lo que es cierto o debe ser estimado como auténtico. (Casación Penal. Agosto 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).470, 1ª y 2ª

— 225 —

NOTIFICACION

Cuando el demandante afirma en el libelo, con protesta de no faltar a la verdad, que le es desconocida la residencia del demandado, esta manifestación es suficiente para que el juez de la causa ordene el emplazamiento previsto en el primer inciso del artículo 317 del Código Judicial, que no exige prueba alguna al respecto, como sí la exige en el caso de que trata el inciso 2º de la misma disposición. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....78, 2ª

— 226 —

NOTIFICACION PERSONAL (Al defensor, del auto que "señala día para la celebración del juicio")

El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal hace imperativa sólo la notificación personal al defensor, entre otros autos, del que "señala día para la celebración del juicio", porque en verdad es el defensor, y no el acusado, la persona que, por tener preparación en las disciplinas jurídicas, está capacitada para destruir o aminorar los cargos en ese acto trascendental del juzgamiento. El procesado, generalmente, asume en la audiencia pública un papel meramente pasivo, correspondiendo al defensor la ardua tarea de hablar por su representado en el campo del derecho. (Casación Penal. Septiembre 7 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146). 745, 2ª

— 227 —

NULIDAD (Por ilegitimidad de la personería adjetiva)

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva no puede ser alegada ni durante la instancia ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) 694, 2ª

— 228 —

NULIDAD (Por ilegitimidad de la personería adjetiva)

Tratándose del vicio de ilegitimidad de la personería adjetiva, la nulidad no se produ-

ce cuando concurre alguno de los casos que relaciona el artículo 450 del C. J. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 694, 1ª

— 229 —

NULIDAD DE UN TESTAMENTO (Es necesario acreditar la existencia del acto testamentario para que prospere la acción)

Así como cuando se ejercita la acción resolutoria y el demandante no prueba la existencia del contrato cuya resolución pide, el tribunal no debe abstenerse de fallar sobre el fondo, sino absolver al demandado por no haber acreditado el demandante los hechos fundamentales de su acción; así también, cuando se pide la nulidad de un testamento y el actor no acredita la existencia de ese acto testamentario, lo que procede no es que el sentenciador se abstenga de fallar sobre el fondo, sino que absuelva al demandado por no haber demostrado el demandante la existencia del derecho deducido en el juicio. (Casación Civil. Agosto 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....376, 1ª y 2ª

— 230 —

NULIDADES (Las personas que no han tenido el carácter de demandantes o demandados en un juicio, no pueden, en otro posterior, pedir la declaración de nulidad de aquél, por falta de citación o emplazamiento o por indebida representación; aunque digan obrar en su carácter de herederos de la misma persona)

Si en un juicio intervinieron determinadas personas diciéndose herederas de otra, no pueden luégo, en otro juicio, demandar la nulidad de aquél por falta de citación o emplazamiento, o por indebida representación, otras personas distintas de las que figuraron en el primero, aunque digan obrar como herederas de la misma persona como herederas de la cual también dijeron obrar las primeras.

En efecto, según doctrina repetida de la Corte, la garantía del artículo 457 del C. J., no comprende sino a quienes no sean legalmente citados o emplazados o debidamente representados, esto es, a las partes, pero en cuya citación, emplazamiento o representación no se observaron las disposiciones legales. La garantía no se explica sino por la circunstancia de que habiendo sido partes en el juicio, la sentencia va a perjudicarlos necesariamente, porque va a fundar la cosa juzgada; pero como aquellas medidas procesales o la representación en el juicio no se ajustaron a la ley, de modo que su derecho de defensa hubiese sido suficientemente efectivo pueden ellos, después de terminado el proceso, promover la nulidad del mismo, en juicio separado, precisamente con fundamento en la causa de no haber sido legalmente citados, emplazados o representados en la litis. Por lo tanto, quienes no figuraron como partes en el proceso, no tienen esa garantía de excepción: tienen la ordinaria de no perjudicarles el fallo que fue dictado sin su audiencia (res inter alios acta...).

Y en el caso de que se viene tratando no sería una misma parte la que intervino en ambos juicios, porque la sucesión, careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos que existen, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no

es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son. (Casación Civil. Septiembre 24 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146).....666, 2ª y 667, 1ª

— 231 —

NULIDADES (En la casación es improcedente el incidente de nulidad procesal)

La Corte en los procesos civiles que lleguen a su examen en vía de casación, puede conocer de nulidades procesales al través de la causal 6ª del artículo 520 del C. J. alegada por el recurrente, o también cuando casada la sentencia del Tribunal, al fallar en instancia reemplaza al fallador de segundo grado. Pero en la secuela del recurso de casación es improcedente el incidente de nulidad procesal. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....583, 1ª y 2ª

— 232 —

NULIDADES (En casación no pueden tener lugar los incidentes de nulidad)

En casación no pueden tener lugar los incidentes de nulidad tendientes a invalidar la actuación, porque en los procesos civiles que lleguen a su examen en vía de casación, sólo al través de la causal 6ª del artículo 520 del C. J. alegada por el recurrente, o también cuando casada la sentencia del Tribunal, al fallar en instancia reemplaza al fallador de segundo grado. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..591, 2ª

— 233 —

NULIDADES (Ratificación tácita de un acto nulo por parte del menor)

Para que haya ratificación tácita de un acto nulo, no basta que el menor haya ejecutado los actos calificados como de ratificación; es necesario, además, probar que esos actos los ejecutó después de haber llegado a la mayor edad y con intención de ratificar. (Casación Civil. Julio 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....111, 1ª

— 234 —

NULIDADES (Ratificación tácita)

Si el hecho constitutivo de la confirmación o ratificación tácita del acto nulo se realiza después de promovido el juicio de nulidad, no se opera la dicha confirmación o ratificación tácita, porque siendo la demanda manifestación expresa de la voluntad del demandante de no sanear la nulidad, este querer expreso debe prevalecer sobre el tácito o presunto. En otros términos, la presunción de que el menor llegado a la plena capacidad tuvo intención de ratificar el acto nulo, se desvanece, en este caso, ante su voluntad expresa de obtener la declaración de nulidad. Esto es así porque la ratificación no es otra cosa que la renuncia a la acción de nulidad y contra la presunción de renuncia a esa acción prevalece la voluntad expresa de ejercitarla. (Casación Civil. Julio 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....109, 2ª

— 235 —

NULIDADES (Ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial)

Nada tiene que ver el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial con la notificación de un fallo. Tal disposición dice que constituye nulidad procesal "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", y se refiere, v. gr. a la ausencia del llamamiento o cita que inicialmente debe hacerse a los demandados para que pue-

da trabarse la litis contestatio; a la falta de citación para sentencia de remate, cuando éste debe hacerse; a la no notificación de los títulos a los herederos cuando se adelante una ejecución después de la muerte del deudor, etc. Ocurre también esta causal en los juicios de jurisdicción voluntaria si se prescinde de llamar a los interesados y demás personas que, como los agentes del Ministerio Público, parientes, etc., deben comparecer a él cuando la ley lo determine. (Casación Civil. Julio 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....54, 1ª y 2ª

— 236 —

NULIDADES (Inhabilidad del menor para obtener la nulidad.—Sentido del inciso 2º del artículo 1744 del C. C.)

El simple hecho de que el menor no hubiera denunciado su edad y antes la hubiera ocultado no lo inhabilita para obtener la nulidad (artículo 1744 del C. C., inciso segundo); para tal inhabilitación se requiere, además, que haya habido de parte suya una maniobra o maquinación fraudulenta para inducir a la otra parte al contrato, pues esta maquinación es el hecho constitutivo del dolo. Y esa maniobra debe ser distinta de la simple afirmación que haga el menor de ser mayor o del simple hecho de ocultar su menor edad. Tal es el sentido del citado inciso segundo del artículo 1744 del C. C. (Casación Civil. Julio 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)..... 111, 2º

— 0 —

— 237 —

OBLIGACIONES (Al fallar una condición la obligación no se convierte en pura y simple)

Al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que, por el contrario, desaparece o se extingue. (Casación Civil. Agosto 18 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....342, 2º

— 238 —

OBLIGACION A PLAZO (Es de esta clase una obligación convencional a día cierto pero indeterminado)

Una obligación convencional a día cierto pero indeterminado, o sea que ha de llegar pero no se sabe cuándo, es obligación a plazo, a diferencia de lo que ocurre en la asignación testamentaria desde día cierto pero indeterminado, que lleva envuelta la condición de existir el asignatario en ese día (artículo 1143 del Código Civil) y se considera, por esto, como condicional. (Casación Civil. Agosto 18 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 342, 1ª

— 239 —

OPINION (Como causal de impedimento)

La recusación o el impedimento proveniente del hecho de haber el Juez o Magistrado o Agente del Ministerio Público "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", es no sólo la opinión que se emite fuera de la función jurisdiccional, sino, también aquella que como funcionario en las categorías anotadas puede emitir dentro del proceso sometido a su estudio y consideración. Es la garantía de imparcialidad dentro de los fallos o conceptos de fondo lo que la ley tutela en guarda de los intereses del Estado y de los derechos de las partes que intervienen en el proceso.

Pero esa opinión, concepto o parecer respecto del hecho investigado tiene que tener una forma concreta de realización, y ésta no puede ser otra que la expresión escrita en un acto propio de sus funciones como mani-

festación de su pensamiento y como concreción de la idea formada sobre las diversas modalidades del hecho, de la imputabilidad o responsabilidad de las personas acusadas.

El simple concepto u opinión emitido por el funcionario en una providencia o auto que no sea de fondo —libertad provisional— susceptible de ser modificada, no es la opinión que la ley erige como causal de recusación o impedimento; es necesario que el concepto verse sobre providencias sustanciales como serían auto de proceder o petición de llamamiento a juicio, para que prospere la causal de recusación.

En el presente caso, el funcionario impedido emitió su opinión sobre un tema fundamental del proceso, analizó los hechos y las pruebas referentes a la imputabilidad de los acusados, y como consecuencia de ellos solicitó se les llamara a responder a juicio. Tan acorde con la realidad procesal sería su concepto, que el Juzgado acogió sus puntos de vista y dictó el correspondiente auto de proceder. Dentro de estas circunstancias en el Magistrado impedido existe una opinión o concepto que lo vincula directamente a las consecuencias del proceso; su pensamiento y puntos de vista como criterio de orientación no se han modificado, pues resultado directo de ello es la sentencia condenatoria que se trata de revisar.

Lo que ocurre es que el Tribunal apreció equivocadamente la tesis de la Corte, porque en la providencia que se transcribe para negar el impedimento se estudiaba, precisamente, la opinión manifestada en un auto de libertad provisional, casos en los cuales no es admisible el impedimento, pero en éste, el problema es diferente, porque el impedimento invocado es por haber emitido opinión en una providencia en que se pide llamamiento a juicio, caso diferente a aquél, y en los cuales sí es operante el impedimento. (Casación Penal. Agosto 3 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....450, 1ª y 2ª

— P —

— 240 —

PAGO (Plazo según el artículo 1608, numeral 1º del C. C.)

Cuando se fija un plazo para el cumplimiento de la obligación en la forma prevista por el artículo 1608, numeral 1º, del Código Civil, la parte acreedora entiende que sus intereses no sufren perjuicios mientras llega el último día del plazo. Por consiguiente sería aberrante sancionar con la resolución del pacto a la parte que no pagó el mismo día que se realizó el hecho "una vez que" se hubiera realizado el cual habría debido pagar aquélla, si para la realización de ese hecho ella, conforme a lo estipulado, todavía habría tenido un término mayor. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....685, 1ª

— 241 —

PAGO ("una vez que se haya realizado determinado hecho")

Cuando en un contrato se ha estipulado que algo se deberá "una vez que se haya realizado determinado hecho", no es forzoso entender que el cumplimiento de lo debido habrá de coincidir forzosamente con el día en que ocurra ese hecho.

Por eso la Corte, a la luz de los principios jurídicos, ha considerado que el dies interpellat pro homine jamás ocurre "una vez que" llegue el hecho supuesto para hacer exigible la obligación. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146).....684, 1ª

— 242 —

PARTE (En un contrato.—Concepto)

Conforme lo expuso la Corte en fallo de 19 de junio de 1954, el concepto de parte en un contrato, es susceptible de recibir dos significados: a) uno general, relativo a los efectos, en que se oponen los términos parte y tercero, y b) otro particular, fundado en las causas que concurren a la creación del vínculo jurídico y en que sólo se tienen en cuenta quienes figuran como sujetos originales de la relación aquélla; en este concepto se oponen los términos "parte por celebración" y "parte por derivación".

Aplicando esta diferencia resulta claro que para hallar el radio propio de la norma excepcional del artículo 40, se requiere que la Nación haya sido precisamente sujeto en la relación jurídica original, de donde deriva su existencia el contrato; porque, si se pretendiera que bastara la calidad de persona vinculada a sus efectos, o sea, la de no ser simplemente un tercero, sobraría ese artículo 40 del código judicial, comoquiera que la única distinción entre este fuero y el general del artículo 76, estriba en el preciso elemento de haber sido el Estado "parte en la celebración misma del contrato". Lo otro equivaldría al mero interés general del Estado. (Negocios Generales. Agosto 12 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....500, 2ª y 501, 1ª

— 243 —

PARTICION (material de bienes comunes)

Quien promueve un juicio de partición material de bienes comunes no está obligado a acompañar a su demanda los títulos que demuestren la propiedad de los comuneros o condueños contra quienes dirige la acción. (Casación Civil. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....631, 1ª y 2ª

— 244 —

PARTICION (Artículo 79, Ley 63 de 1936)

Cuando el juicio es promovido por el heredero de una persona, no es aplicable el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, porque este texto se refiere al caso de que alguien se haya apersonado como representante o sucesor de un litigante o gestor en virtud de la muerte de éste. (Casación Civil. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)... 631, 2º

— 245 —

PARTICION (No es nula una partición llevada tardíamente al despacho del Juez)

No es nula una partición llevada tardíamente al despacho del Juez. Ello comportará otras sanciones, pero no la nulidad del acto, de igual modo que no hace que carezca de valor un fallo, el hecho de que el juez o magistrado demore su pronunciamiento. (Casación Civil. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....632, 1ª

— 246 —

PARTICION (Objeciones al trabajo de partición rehecho)

Contra el trabajo reformado que el partidor presenta al juez para ajustar la cuenta a las objeciones que, formuladas contra el primitivo trabajo, tuvieron éxito total o parcialmente, no pueden proponerse nuevas objeciones, ni de él ha de darse traslado a los interesados. (Casación Civil. Septiembre 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....633, 2ª

— 247 —

PARTICION (Objeciones a la partición rehecha)

Contra partición rehecha, no caben objeciones que debieron ser hechas contra la primitiva, o que si se hicieron, fueron desechadas. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....265, 1ª y 2ª

— 248 —

PARTICION (Objeciones de quien ha hecho mejoras)

Quien ha hecho mejoras en terreno que no se le adjudica al hacer la partición, carece de derecho a hacer objeción por tal motivo, pues el derecho que él tenga sobre ellas lo faculta sólo para otra cosa: retenerlas hasta que no se le cubra su valor por el adjudicatario. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....265, 1ª

—249 —

PARTICION (El artículo 2338 del C. C. no es aplicable a la partición de una universalidad de bienes)

El artículo 2338 del Código Civil se refiere a partición de inmuebles que se posean en común, y no es aplicable, en consecuencia, cuando se trate de la partición de una universalidad de bienes. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).. 265, 1ª

— 250 —

PARTICION (La violación de la regla del artículo 2338 del C. C. no da base para un cargo en casación)

La regla del artículo 2338 del Código Civil no tiene el carácter de imperativa y no permite edificar sobre su pretendida violación un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145)..... 265, 1ª

— 251 —

PATRIMONIO FAMILIAR (Adjudicación en juicio de sucesión de un bien constitutivo del patrimonio familiar)

Del texto de la Ley 70 de 1931 que estableció el patrimonio de familia no embargable, de los antecedentes de esa Ley y de su interpretación doctrinaria, no puede deducirse que la constitución del patrimonio familiar convierta la propiedad individual del constituyente en una comunidad con los beneficiarios.

Por consiguiente, al adjudicarse a éstos en la partición realizada en el juicio de sucesión del constituyente, no se les despoja de dominio alguno sobre él, ni se les priva de su derecho a la herencia. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 586, 1ª

—252 —

PECULADO

Darles a los caudales públicos una aplicación diferente de aquella a que están oficialmente destinados equivale a administrarlos mal; hacer de ellos uso indebido es lo mismo que malversarlos; sustraerlos o apropiárselos es tanto como usurparlos; y, en fin, el empleado se hace responsable de extravío culposo cuando omite poner todo el cuidado en su vigilancia y conservación.

Por todos esos procedimientos puede incurrir en peculado quien custodia, maneja o administra el patrimonio de la comunidad, cuyo uso indebido no necesita prueba distin-

ta de la que surge en el momento en que el encargado de los efectos que deben hallarse en su poder no los presenta cuando es requerido para ello, si el agente no explica su conducta. (Casación Penal. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....459, 2ª y 460, 1ª

— 253 —

PECULADO

La restitución de lo incautado, mal invertido o perdido no es en manera alguna eximente del delito de peculado, sino una circunstancia que atenúa la pena, según se opere antes o después de iniciado el proceso. Y si apenas es una circunstancia, quiere decir que no constituye presupuesto inmodificable del juicio penal. De manera que porque en el auto de proceder se hubiera dicho que el enjuiciado reintegró la totalidad del faltante antes de iniciarse la investigación y en la sentencia se considerara que el hecho había tenido lugar después, no por ello es jurídico afirmar que hay desacuerdo entre las dos providencias. (Casación Penal. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 460, 1ª

— 254 —

PERITAZGO (Conceptos plurales de peritos, practicado el uno en la primera y el otro en la segunda instancia)

Cuando en un juicio existen dos conceptos plurales de peritos, practicados el uno en la primera, y el otro en la segunda instancia, el tribunal no está obligado a preferir este último por razones de simple orden cronológico. Si en los dos cabe la adopción del promedio, puede escoger el que considere con mejor mérito intrínseco. (Casación Civil. Julio 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)... 63, 1ª

— 255 —

PERITAZGO (Apreciación del juez de instancia sobre su valor probatorio)

La imperativa aceptación mecánica, por parte del juez, del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, no la establece el Código Judicial; sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los expertos. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145) 392, 1ª

— 256 —

PERITAZGO

Como lo ha dicho la Corte, en los artículos 721 y 722 del Código Judicial no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad o manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente.

(Casación Civil. Septiembre 2 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....551, 2ª

— 257 —

PERITAZGO (Juicio del sentenciador con base en las presunciones, inferencias o deducciones racionalmente desprendidas de los informes periciales)

El sentenciador se encuentra provisto por la ley de amplios poderes discrecionales para formar su propio juicio con base en las presunciones, inferencias o deducciones racionalmente desprendidas de los informes periciales, cuando quiera que la sujeta materia no versa sobre avalúos o regulaciones numéricas en el caso del inciso 1º del art. 721 del Código Judicial, o de hechos que caen bajo los sentidos externos en la hipótesis del artículo 722 ibídem. Por consiguiente, en puntos susceptibles de opinión nada más, pero no de certeza, la convicción del Tribunal debe prevalecer ante la Corte en casación, por cuanto el debate al respecto quedó definitivamente cerrado en la instancia. (Casación Civil. Septiembre 13 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....595, 1ª

— 258 —

PERITAZGO (Apreciación del dictamen pericial por el juzgador de instancia y por la Corte en casación)

La apreciación del mayor o menor grado de fe que merezca un dictamen pericial es cosa que el artículo 723 del C. J., deja a la discreción del juzgador, cuando dice que la fuerza probatoria del dictamen en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que hagan los expertos, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. Por consiguiente, para que la Corte pueda rechazar esta discrecional estimación del tribunal de instancia y reemplazarla por la suya propia, por considerar que la del tribunal que aceptó el dictamen, como plena prueba, adolece de error de hecho, se necesita que de las mismas consideraciones en que los peritos fundan su dictamen o de otras pruebas del proceso resulte de manera evidente, manifiesta, indubitable, que la verdad es lo contrario de lo que los peritos dictaminaron. No basta que la Corte difiera del tribunal en cuanto a la apreciación de los fundamentos de dicho dictamen, se necesita que de esos mismos fundamentos o de otros medios de prueba actuantes en el proceso, aparezca, con evidencia inmediata, que el dictamen es erróneo; no basta que la conclusión de los peritos no aparezca suficientemente fundada; se necesita que de las consideraciones en que se fundan los peritos se deduzca, forzosamente, la conclusión contraria a la que ellos sacaron; o bien, que esta conclusión contraria resulte de otros elementos probatorios que obren en el juicio. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....953, 1ª y 2ª

— 259 —

PERJUICIOS (Inconsonancia entre demanda y sentencia)

Aunque el actor demande una cantidad líquida de perjuicios, el juzgador tiene facultad para señalar una distinta con base en las pruebas del proceso. La única limitación al respecto, surge de la imposibilidad de proferir una condena ultra petita. El hecho de que en el libelo no se haya autorizado al juez para fijar una cuantía distinta a los perjuicios demandados, no es obstáculo procesal para señalar una suma líquida inferior conforme a las probanzas aducidas por las partes. Se trata entonces simplemente de un caso de plus petitio que no inhibe al juez para condenar al pago de los perjuicios en

la suma que resulte probada. (Casación Civil. Julio de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144). 6, 2ª

— 260 —

PERJUICIOS (Perjuicio futuro y perjuicio eventual)

Reafirma la Corte su jurisprudencia de que "no debe confundirse el perjuicio futuro con el eventual; aquél, si es cierto, se repara, porque si no existe en la actualidad con alguna probabilidad se espera que existirá algún día. El perjuicio eventual, por el contrario, es hipotético, puesto que depende, por un lado, del hecho dañoso, y, por otro, de circunstancias que están en el terreno de una remota realización. Un perjuicio de tal naturaleza no presentaría base adecuada para una acción de indemnización". (Casación Civil. Julio 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 10, 2ª

— 261 —

PERJUICIOS (Ocasionados con la muerte de una persona)

Reiterada jurisprudencia de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de la Corte ha sostenido que sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que por la sola muerte de una persona sus familiares fueran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de los animales pudiera ser objeto de derecho como ocurría en las prácticas observadas en tiempos remotos y que hoy están abolidas, cuando existía la esclavitud y el esclavo se apreciaba en dinero como cualquier mercancía.

Pero que esto tampoco significa que la eliminación de una vida humana no pueda segar en múltiples ocasiones, provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamos: en aquella cesación de beneficios, es en lo que se concreta el daño; no en la misma muerte del benefactor. (Negocios Generales. Agosto 5 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145) 490, 2ª

— 262 —

PERJUICIOS (En la acción por perjuicios provenientes del incumplimiento de un contrato no hay lugar a la suspensión del art. 11 del C. de P. P.)

Cuando la acción ejercitada en un proceso civil es la de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato, o sea, por culpa contractual, y no la de resarcimiento de los daños causados por un delito o culpa aquiliana, entonces la acción penal no influye sobre el resultado de la acción civil y no tiene, por tanto, aplicación el artículo 11 del C. de P. P., que se refiere solamente a la hipótesis de que la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en ella, puedan influir en la solución de la controversia civil. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147) 952, 1ª

— 263 —

PERJUICIOS MORALES (No se puede condenar a ellos cuando gran parte de la culpa pesa sobre la víctima)

Cuando buena parte de la culpa en lo sucedido pesa sobre la propia víctima, sería aberrante la condena al pago de perjuicios morales. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 403, 2ª

— 264 —

PERMUTA (Es procedente en este contrato la acción rescisoria por lesión enorme)

Como en el contrato de permuta, lo mismo que en el de venta, hay precio, en tal contrato es posible determinar si el precio fue justo o injusto; la acción rescisoria por lesión enorme procede no sólo en favor del vendedor, sino también en favor del comprador; en la permuta cada permutante es a la vez vendedor y comprador; la rescisión por lesión no es en manera alguna incompatible con el contrato de permuta y es, por tanto, necesario llegar a la conclusión de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1958 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1946 y 1947 del mismo código son aplicables en el contrato de permuta. (Casación Civil. Septiembre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....640, 1ª

— 265 —

PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE (Quién debe conseguir datos sobre estos antecedentes del procesado)

Todo lo que tienda a conseguir datos sobre la personalidad del delincuente es función propia del Ministerio Público y del Juez, sin necesidad de que, para llevar estos antecedentes al proceso, haya que conseguir previo permiso del Juez, el que se explica y tiene su justificación cuando la prueba que se solicita se endereza a acreditar situaciones relativas al hecho mismo que se está ventilando y que es objeto del proceso en curso. (Casación Penal. Septiembre 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....750, 2ª

— 266 —

PERSONERIA EN JUICIO

Conforme lo dijo la Corte en sentencia de casación de 16 de julio de 1937, "no puede impugnar en juicio la personalidad de su contrario, quien dentro o fuera de él la tuviera previamente reconocida". (G. J., Tomo 45, pág. 314). (Casación Civil. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....314, 1ª

— 267 —

PERSONERIA DE LAS PARTES (Defectos)

Según constante jurisprudencia de la Corte, sólo la parte en cuya personería exista algún defecto puede alegarlo. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 79, 1ª

— 268 —

PERTENENCIA (Juicio de)

En el juicio de pertenencia, cuando hay oposición, se tramita por la vía ordinaria, y ya no es indispensable la rigurosa observancia del principio de la inmediación en materia probatoria, puesto que el opositor, persona conocida, está en aptitud de intervenir en la producción de la prueba ante el juez comisionado, formulando interrogatorios, tachas, etc. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....935, 1ª

— 269 —

POLICIA JUDICIAL. — DETECTIVES

La Policía Judicial ha sido y es hoy una institución particular al servicio de la jus-

ticia, y no de las Fuerzas de Policía general o administrativa.

Y en tales condiciones, los antes detectives y los actuales agentes secretos no son juzgables por la justicia castrense, ya que el artículo 2º del Decreto Legislativo número 1426 de 1954, que desarrolló el 1814 de 1953, exige perentoriamente, para los efectos de la competencia de aquella justicia que los delitos allí determinados sean cometidos por "civiles al servicio de las Fuerzas de Policía". (Casación Penal. Septiembre 2 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....740, 1ª y 2ª

— 270 —

PORCION CONYUGAL

En las sucesiones intestadas el cónyuge sobreviviente no es heredero en concurrencia con los descendientes legítimos. Tiene sólo derecho a recibir entonces porción conyugal que equivale a la legítima rigorosa de un hijo legítimo. Sin que esto quiera decir que el cónyuge sobreviviente en tal caso tenga la condición de heredero como el hijo legítimo, y que no haya lugar a aplicar la norma del artículo 1234 del C. C. (Casación Civil. Octubre 21 de 1954. T. LXXVIII. Número 2147) 903, 2ª

— 271 —

POSESION MATERIAL

La lucha entre un título o unos títulos inscritos, tachados de injustos por no acomodarse a las prescripciones de la ley y la posesión del artículo 762 del C. C., o sea la material, única verdadera posesión, cuya raíz se hunde en la propia naturaleza humana, ya que es la manifestación más fuerte de la voluntad aplicada a las cosas, se tiene que decidir a favor de la última, a menos que los títulos se hubiese purificado por la posesión misma, cuyo poder llega hasta crear el derecho y sanear la propiedad de todo vicio. Si se invoca un título injusto, sin el amparo de la posesión que lo sanee, nada podrá ante la posesión material de demandado, aun cuando ésta no llegue a estructurar la prescripción adquisitiva: la sola presunción del artículo 762 prevalece y decide; si el título del actor se purifica de sus vicios mediante la posesión, la posterior posesión del demandado nada logrará, a menos que corone una usucapión. (Casación Civil. Julio 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)..... 131, 2ª y 132, 1ª

— 272 —

PRESCRIPCION (Interrupción por el auto de proceder)

Cuando la prescripción se interrumpe por el auto de proceder, es a partir de la fecha en que éste quede ejecutoriado que debe contarse el lapso prescriptivo. (Casación Penal. Octubre 6 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).. 1.018, 1ª

— 273 —

PRESCRIPCION (Ni el embargo ni el depósito de una finca, en juicio ejecutivo, implican interrupción de la prescripción)

Ni el embargo ni el depósito de una finca, en juicio ejecutivo, implican interrupción natural ni civil de la prescripción. El poseedor del inmueble, sea el deudor o un tercero, no pierde la posesión. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146)..... 709, 2ª

— 274 —

PRESCRIPCION ADQUISITVA (El juez que reconoce la prescripción adquisitiva no crea el título)

El juez que reconoce la existencia de la prescripción adquisitiva no crea el título, sino que lo reconoce, es decir, declara su existencia anterior. Y no hay razón alguna para exigir que se surta un juicio previo para aceptar ese título, pues la declaración del dominio en la acción reivindicatoria es relativa. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....704, 2ª

— 275 —

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS (La Ley 51 de 1943)

Si el comunero después de la expedición de la Ley 51 de 1943, prefiere legitimar su aspiración a la declaratoria judicial de pertenencia, con fundamento en la Ley 120 de 1928 y sin acogerse a la Ley 51, ningún obstáculo se opone a la acción así deducida en juicio, máxime cuando los presuntos comuneros, ciertos o inciertos, a quienes la demanda pueda perjudicar, están en aptitud de defender ampliamente, dentro del procedimiento que ella estatuye, los derechos que tengan en el fundo indiviso. La Ley 51 de 1943 no es más que una ley interpretativa, que vino a refrendar la jurisprudencia, consagrada firmemente antes de que el Congreso la expidiera, sobre prescripción entre comuneros. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....932, 2ª y 933, 1ª

— 276 —

PRESCRIPCION (De la acción penal)

Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito sub judice, pero, según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso. Lo que prescribe es la acción que nace de un delito concreto o individualizado, y no de un delito en su tipo genérico. Es claro que si del resultado de las operaciones aritméticas se obtiene un máximo de pena inferior a cinco años, la prescripción se cumple en esos cinco años, conforme a la parte final del artículo 105 del Código Penal. (Casación Penal. Octubre 6 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)... 1.017, 2ª

— 277 —

PRESUPUESTO PROCESAL (No se puede erigir en excepción perentoria la simple carencia de un presupuesto procesal)

Es grave error erigir en excepción perentoria la simple carencia de un presupuesto procesal. Se trata de fenómenos distintos: aquélla siempre es un medio de defensa que se refiere al fondo del asunto, mientras que la última sólo afecta la constitución de la relación jurídico-procesal. Probada una excepción perentoria, el juez debe dictar fallo de fondo absolutorio. Advertida la falta de un presupuesto procesal, el juez debe abstenerse de fallar en el fondo. (Casación Civil. Julio 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)... 104, 1ª y 2ª

— 278 —

PREVARICATO

La discrepancia entre los puntos de vista sostenidos por el demandante y el Juez que resuelve el litigio no constituye delito de

prevaricato ni de abuso de autoridad; es el hecho de dictar resolución o dictamen contrarios a la ley, a sabiendas de que el acto es injusto o ilegal, movido por sentimientos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, lo que estructura el prevaricato. (Casación Penal. Octubre 26 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....1.048, 2ª

— 279 —

PREVARICATO (Dolo específico)

Para poder deducir responsabilidad contra un funcionario o un empleado público por el delito de prevaricato, es necesario que en el proceso aparezca demostrado que el acto oficial de aquél tiene un contenido claro de arbitrariedad e injusticia, y que el agente obró con dolo específico traducido en el elemento a sabiendas y en la intención dañada del sentimiento (afecto o desafecto). (Casación Penal. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....758, 1ª

—280 —

PREVARICATO (El entendimiento equivocado de la norma legal no da base para imputarle a un juez este delito)

El simple error de exégesis en un fallo o un entendimiento equivocado de la norma legal no se puede aducir como razones para imputarle al Juez el delito de prevaricato. Si ello fuera suficiente, la doctrina, que es fuente de interpretación y de avance cuando se discuten problemas jurídicos, se estancaría, no se remozaría nunca, porque los Jueces y Magistrados temerían ser acusados de prevaricadores cada vez que intentaran apartarse de una determinada tesis, que habría que respetar por su sola antigüedad, no obstante aparecer desacertada o susceptible de una mejor operancia ante las nuevas exigencias del Derecho. (Casación Penal. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....
1.043, 1ª

— 281 —

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO (Es un medio probatorio indirecto)

Con el principio de prueba por escrito, claramente definido en el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, no se trata de demostrar la verdad del hecho controvertido en juicio, sino simplemente la verosimilitud del mismo; es decir, no es un medio probatorio directo, sino indirecto.

Por tanto, a un escrito del demandado no se le puede negar la calidad de principio de prueba por no contener una confesión sobre el hecho litigioso; exigir esto es confundir el principio de prueba con la plena prueba. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....970, 2ª

— 282 —

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO (Apreciación por el juzgador de instancia)

Cuando se trata de principio de prueba por escrito, la apreciación sobre la mayor o menor verosimilitud del respectivo hecho litigioso corresponde, por lo general, al juzgador de instancia y no al de casación. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....972, 1ª y 2ª

— 283 —

PRUEBAS (Soberanía del Tribunal para apreciarlas)

Es constante y reiterada la doctrina de la Corte conforme a la cual la soberanía del Tribunal para apreciar las pruebas, máxime la pericial, no se halla limitada sino cuando

en tal apreciación incurre en manifiesto u ostensible error de hecho o de derecho. (Casación Civil. Septiembre 3 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....563, 1ª

— 284 —

PRUEBAS (A quién incumbe la del daño causado por el incumplimiento de un contrato)

La prueba del daño causado por el incumplimiento del contrato, incumbe a quien pide el resarcimiento. (Casación Civil. Octubre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).1.004, 2ª

— 285 —

PRUEBAS (Autonomía del juzgador de instancia en su estimación)

La autonomía del juzgador de instancia en lo tocante a la tarea estimativa de las pruebas, es tal que sus conclusiones no pueden caer sino cuando el sentido o valor que se alega por el recurrente es el único que admiten las pruebas, como manifiesto, y el atribuído por el Tribunal es el único que no reúne esas condiciones. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 438, 1ª y 2ª

— 286 —

PRUEBAS (Soberanía del Tribunal en su apreciación)

El Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba, de manera especialísima cuando ella es prueba indiciaria. (Casación Civil. Septiembre 23 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) 651, 2ª

— 287 —

PRUEBA DEL ESTADO CIVIL (Partida eclesiástica)

Demostrada la falta de partida civil, la de origen eclesiástico puede servir como prueba supletoria para acreditar el estado civil de una persona, conforme a lo estatuído por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938. (Casación Civil. Octubre 14 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....869, 2ª

— R —

— 288 —

RECOBRO (Acción de)

La teoría jurídica atribuye a la acción de recobro características peculiares, desde luego que entonces el demandado, no obstante conservar en su poder el objeto, reconoce de antemano el dominio del demandante; se considera a sí mismo como simple tenedor, pero con derecho a que se le satisfagan determinadas prestaciones antes de la entrega. Sin embargo, es indispensable que con claridad aparezca en el ocupante la ausencia de ánimo posesorio, porque así lo indique su título desde el comienzo de la litis, puesto que de otro modo, en la práctica, estaría abierto el camino al poseedor para alegar en último trance que no lo es, que este elemento fundamental de la acción falta para la prosperidad del juicio reivindicatorio, y que se debe absolver porque se trataba simplemente de la acción de recobro. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 399, 2ª

— 289 —

RECONVENCION JUDICIAL

Cuando se requiera la reconvención judi-

cial, ella 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 en mora, y sólo cuando esto aparezca acreditado podrá decretarse la resolución, pues una sentencia únicamente puede referirse al estado de cosas existente en el momento de intentarse la demanda; la cual no suple, por consiguiente, el requerimiento de que trata el artículo 1608, numeral 3º, del Código Civil. (Casación Civil. Agosto 18 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....342, 2ª

— 290 —

RECURSO DE CASACION.—DESIERTO. (Porque el abogado recurrente no se hallaba inscrito en el momento de presentar la demanda)

No revalida las actuaciones anteriores el hecho de que el demandante en casación se inscriba en la Corte como abogado cuando ya ha vencido el término para la presentación de la demanda y el recurso de casación ha sido declarado desierto. Es preciso que en el momento en que el libelo es recibido en la Corte, quien lo suscribe esté inscrito en ella, porque de lo contrario no podrá ser tenido en cuenta, aunque él haya sido presentado en tiempo y aunque posteriormente su autor se haga inscribir. (Casación Penal. Octubre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147). 1.033, 2ª

— 291 —

RECURSO DE CASACION (Término para interponerlo)

El hecho de que el expediente no hubiera permanecido en la Secretaría del Tribunal por el término de quince días dentro de los cuales puede ser interpuesto el recurso de casación, porque hubiera sido enviado al Juzgado de origen, es una irregularidad que no interrumpe los términos ni ese hecho ha sido erigido como causal de suspensión de éstos en ninguna disposición legal. Por consiguiente, si el recurso se interpuso después de transcurrido ese término, será inadmisible. (Casación Penal. Agosto 11 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....456, 1ª

— 292 —

REFORMATIO IN PEJUS

La Reformatio in pejus producida cuando existen los presupuestos procesales, conduce a través del artículo 494 del Código Judicial, que la prohibe, a configurar la causal de nulidad establecida en el ordinal 1º del artículo 448 ibidem, porque el superior no tiene jurisdicción competente sobre puntos que escapan a la sujeta materia de alzada. (Casación Civil. Julio 17 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....85, 2ª

— 293 —

REGISTRO DE LAS SENTENCIAS (Efecto del registro)

Es claro que sin el requisito de la anotación, el proveído judicial subordinado al registro no hace fe en juicio para las consecuencias que dimanan de la misma formalidad, no prueba contra terceros, ni produce efectos erga omnes por razón de los derechos reales sobre inmuebles, allí declarados. Pero su eficacia probatoria entre quienes actuaron en el respectivo proceso o quienes ocupan su lugar jurídico y en lo tocante a la cosa juzgada, no depende de la formalidad del registro, ni podría entenderse que la sentencia deja de serlo mientras no haya sido inscrita en los libros del registrador. (Casación Civil. Octubre 18 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....873, 1ª y 2ª

— 294 —

REINCIDENCIA (Condiciones para su aplicación como agravante de la pena)

La reincidencia es un estado jurídico en el Derecho Penal, en virtud del cual se aumenta la penalidad por la peligrosidad del delincuente, sus condiciones antisociales, los motivos determinantes del delito y la calidad de los hechos cometidos por el agente activo del mismo.

La reincidencia implica cierto índice de capacidad criminal en el agente por la reiteración o comisión de un mismo delito (reincidencia específica) o de varios delitos (reincidencia genérica), y esta capacidad de recaer o volver a incidir en infracciones de la ley penal, es el fenómeno jurídico que el legislador tuvo en cuenta para agravar la correspondiente sanción.

La aplicación de la reincidencia como agravante de la pena está sujeta a determinadas condiciones que fija la ley. Las primeras, se refieren a la existencia previa de una o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas; la reiteración de un mismo delito o comisión de otros delitos, síntoma revelador de capacidad criminal, peligrosidad o tendencias antisociales, y duración de tiempo —diez años— entre la primera sentencia y la reiteración o comisión de nuevos delitos, lo cual puede ser índice revelador de la peligrosidad en el delincuente, o bien, insuficiencia relativa a la pena señalada por el legislador para la represión (artículo 34 del C. P.).

Las segundas, base de exclusión para aplicar la reincidencia, se refieren a la persona y a la calidad de los hechos: la reincidencia se excluye en los delitos cometidos por menores de diez años, y en las contravenciones; en los delitos culposos o contra la disciplina militar, en los delitos políticos realizados sin homicidio, saqueo, robo o incendio, en el homicidio y lesiones personales cuando medie provocación o exceso en la defensa, o cuando se realicen en estado de necesidad (artículo 35 del C. P.).

La existencia de estas condiciones —en cada caso concreto— hace posible la aplicación de la reincidencia, y la ausencia de ellas la hace imposible. Si en la sentencia se sanciona un delito de los previstos en el artículo 35 del Código Penal, el fenómeno de la reincidencia no puede aplicarse aun cuando existan condenas anteriores, porque, precisamente, estas condiciones excluyentes son la excepción a la norma general de la reincidencia.

Si el delito —homicidio atenuado— por la provocación es el hecho materia del fallo o sanción, dentro de esa sentencia no cabe aplicar la reincidencia como agravante de pena, por la concurrencia de una de las causales de excepción que hacen imposible dar cabida a la reincidencia por prohibición expresa del legislador (artículo 35 C. P.). De manera que la sentencia que agrava la pena por el fenómeno de la reincidencia, en las circunstancias expuestas, es violatoria de la ley penal y por consiguiente debe invalidarse. (Casación Penal. Julio 12 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....170, 2ª y 171, 1ª

— 295 —

REINCIDENCIA (Alcance del artículo 35 del C. P.)

Los casos contemplados en el artículo 35 del C. P., referentes a la no aplicación del artículo 34, no son simplemente enunciativos; ellos son taxativos, porque limitan, reducen y circunscriben a determinados delitos los casos de no aplicación del fenómeno jurídico de la reincidencia y porque el espíritu y contenido del artículo 35 rechaza o niega la posibilidad de extender la norma a

otros delitos distintos a los contemplados en el ámbito de dicha disposición.

Si el fenómeno de la reincidencia fuera aplicable al homicidio cometido en riña imprevista (artículo 384), es natural que el legislador expresamente lo hubiera consignado en la disposición que se comenta, como lo hizo con los delitos culposos, militares y políticos cometidos sin homicidio, saqueo o robo, homicidio y lesiones cuando haya mediado provocación, exceso en la defensa o en el estado de necesidad y para los delitos cometidos por menores de diez y ocho años. (Casación Penal. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....753, 2ª y 754, 1ª

— 296 —

REIVINDICACION (Artículo 971 del C. C.)

Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del C. C., a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente. (Casación Civil. Julio 28 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....
141, 2ª y 142, 1ª

— 297 —

REIVINDICACION (Caso en que se hace imposible la restitución en especie de la cosa reivindicada)

No se trata de condena ultra petita y, por consiguiente, no puede prosperar en casación el cargo por inconsonancia entre lo demandado y lo fallado y con base en la causal 2ª del artículo 520, cuando denegada la restitución en especie de la cosa reivindicada, por haberse hecho ella imposible, se condenó a pagar su precio; porque tal condena es una aplicación excepcional de la obligación de restituir, en la que opera, según el art. 955 del C. C., una especie de subrogación de la cosa singular por el valor de ella, en razón de la imposibilidad de recuperarla, pero sobre la base de la procedencia de la acción fundamental. (Casación Civil. Agosto 13 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....312, 2ª

— 298 —

REIVINDICACION (Determinación del objeto de la acción)

Cuando lo que se reivindica es tan sólo una porción de un globo más grande de tierra, a que se refieren los títulos de la parte demandante, es necesario señalar de manera precisa en la demanda cuáles son los linderos de la porción reivindicada, porque para la determinación del objeto de la acción no basta con especificar los generales del terreno del cual forma parte la porción reivindicada. (Casación Civil. Agosto 26 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....370, 2ª

— 299 —

REIVINDICACION (Presunción de dominio en favor del poseedor)

En juicio reivindicatorio, la presunción de dominio en favor del poseedor desaparece sólo en presencia de un título anterior que contrarreste la posesión material del demandado, y entonces éste quede en la obligación de exhibir otro título que acredite derecho igual o mejor que el del actor. (Casación Ci-

vil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145)..... 423, 1ª

— 300 —

REIVINDICACION

Si de los títulos aducidos por el demandante aparece que en el lote cuya propiedad quiere acreditar por medio de ellos, hay algunas porciones que pertenecen a otras personas; es necesario, para que prospere la acción reivindicatoria, que aquél demuestre identificándolo convenientemente, que lo que pretende le sea restituído no es una de aquellas porciones que según sus propios títulos no le pertenecen. (Casación Civil. Septiembre 1º de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).... 544, ss.

— 301 —

REIVINDICACION (Prueba de la posesión del demandado)

Si el demandado en juicio reivindicatorio se limita a dar en su respuesta contestaciones vagas y evasivas y omite declarar si es o no poseedor de la cosa reivindicada, "al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor", conforme lo dispone el art. 214 del C. J., norma que, aunque consignada en una obra reguladora del procedimiento judicial, es expresiva de un concepto sustantivo de fondo. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..... 940, 1ª

— 302 —

REIVINDICACION (No puede prosperar cuando la cosa reivindicada es poseída por varias personas y sólo es demandada una de ellas)

No puede prosperar la acción reivindicatoria si la cosa reivindicada es poseída a un mismo tiempo por varias personas y sólo es demandada una o lo son varias de ellas, pero no todas; porque entonces faltaría el presupuesto procesal de demanda en debida forma, por cuanto se habría dejado de citar a todos los que debían comparecer como demandados. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..... 568, 2ª

— 303 —

REIVINDICACION (Declaración de propiedad que precede a la entrega.—Sentencia de absolución)

Como lo ha dicho la Corte, la declaración de propiedad que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto. Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad" le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 704, 1ª

— 304 —

REIVINDICACION (Linderos)

No pueden perjudicar a los dueños de los

predios vecinos los cambios que en declaraciones contenidas en un instrumento público haga una persona de la extensión que tiene cada uno de los linderos de un inmueble, aunque la cabida total de éste quede la misma. Por consiguiente, estas mutaciones no pueden servir de título de propiedad para fundar en él una acción reivindicatoria o la oposición a la ejercida por el dueño colindante. (Casación Civil. Octubre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....914, 1ª

— 305 —

REIVINDICACION (Prueba de la calidad de poseedor en el demandado)

La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega el cargo que se le hace en la demanda, de ser poseedor de la cosa, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto. (Casación Civil. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)..920, 1ª

— 306 —

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (de una empresa naviera por actividades de sus órganos)

El capitán, siempre, y el piloto, cuando debe sustituírlo, son órganos de la empresa naviera, y por tanto ella responde directamente en los juicios de responsabilidad extracontractual basados en actividades u omisiones culposas de esos funcionarios jefes. (Casación Civil. Agosto 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....385, 1ª

— 307 —

RESPONSABILIDAD INDIRECTA (de las personas naturales o jurídicas por los actos de sus agentes o dependientes)

El artículo 2347 del Código Civil consagra el principio de la responsabilidad indirecta de las personas naturales o jurídicas por los actos de sus agentes o dependientes. Supone que la persona o entidad que obra por medio de ellos está en el deber de seleccionarlos y vigilar su conducta para evitar la ejecución de daños a terceros.

Por consiguiente, es al demandado a quien corresponde, para quedar exento de responsabilidad, suministrar la prueba de que "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe", no pudo impedir el hecho; y no al demandante la de que aquél lo habría podido impedir, para que prospere su acción indemnizatoria. (Negocios Generales. Octubre 8 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147)....1.056, 2ª y 1.057, 1ª

— 308 —

RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL (El artículo 23 del C. P. y la acción civil indemnizatoria propuesta ante el juez civil)

Si el hecho ocurre en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 23 del Código Penal (citado en el artículo 437, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal), hay que distinguir: si la circunstancia que acompaña al hecho es la insuperable coacción ajena o la sugestión hipnótica o patológica (artículo 23, num. 1º), no puede ser responsable, penal ni civilmente, sino quien determinó a obrar, en virtud del artículo 26 del Código Penal. Pero si ocurren cualesquiera de las otras circunstancias enumeradas en el mismo artículo 23 del Código Penal, no es óbice el sobreseimiento defini-

tivo para que prospere la acción civil indemnizatoria posteriormente propuesta ante el juez civil. (Casación Civil. Agosto 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....383, 1ª

— 309 —

RESOLUCION DE UN CONTRATO (La acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones)

Las disposiciones de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, conforme a las cuales la acción resolutoria puede prosperar sólo cuando el deudor esté constituído en mora, han de entenderse y aplicarse en armonía con la disposición del artículo 1609 del mismo Código, de acuerdo con el cual no existe mora en el demandado cuando el contratante que demanda la resolución no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir el contrato.

La acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora. (Casación Civil. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) 628, 1ª

— 310 —

RESOLUCION DE UN CONTRATO (demanda de)

En toda demanda de resolución de un contrato se entienden tácitamente comprendidas las prestaciones o restituciones necesarias para restablecer las cosas a su estado anterior: éste y no otro es el objetivo de la resolución. El artículo 1544 del C. C., consagra esta norma fundamental para toda clase de actos jurídicos cuya resolución sea decretada, y el 1932, la concerniente a la venta, por falta de pago del precio. De manera que si el sentenciador halló probado que la compradora había satisfecho parte del precio, la condena contra al vendedora demandante a restituírlo, en nada pugna con la armonía o consonancia que debe haber entre lo pedido y lo sentenciado. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 688, 2ª

— 311 —

RETENCION (Acción contra el vendedor que retiene la cosa)

Conforme al artículo 887 del C. J., la vía especial es la adecuada cuando es el vendedor mismo quien retiene la cosa y para pedir su entrega no hay que discutir, ventilar y decidir otras cuestiones que reclaman la vía ordinaria. (Casación Civil. Julio 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....90, 1ª

— 312 —

RIÑA (Es provocador de la riña el que da lugar a ella por un acto indebido o injusto, constitutivo de ofensa o agresión)

El provocador de la riña no es forzosamente el que inicia la contienda física, sino el que da lugar a ésta por un acto indebido o injusto, constitutivo de ofensa o agresión.

En efecto, para hombres de honor puede entrañar, y de ordinario entraña, mayor poder de agresión una ofensa a la integridad moral que un ataque a la integridad física. (Casación Penal. Julio 12 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....168, 2ª

— 313 —

RIÑA (Cuando el jurado no expresa con claridad la imprevisión de la riña y sólo habla de riña provocada por el occiso, se trata de una circunstancia de menor peligrosidad y no de una figura modificadora de la responsabilidad)

Cuando el jurado no expresa con entera claridad la imprevisión de la riña y sólo habla de riña provocada por el occiso, esta última situación tan sólo alcanza a transformarse en una circunstancia de menor peligrosidad, que el Juez de derecho puede tener en cuenta al proferir su fallo. Desde luego, cuando se habla de un homicidio que se ha realizado en riña imprevista, figura modificadora de la responsabilidad, debe exigirse por parte del jurado gran claridad en su respuesta y en razón precisamente de que aquella entidad no es técnica, corresponde a las partes durante la audiencia, ilustrarla sobre la importancia y consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad. (Casación Penal. Septiembre 7 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) .....747, 2ª y 748, 1ª

— 314 —

RIÑA IMPREVISTA (No excluye el asesinato)

La afirmación de la modalidad de la riña imprevista no excluye en ningún caso la del homicidio calificado —asesinato—, porque esa modalidad, por una parte, se predica del homicidio intencional, del preterintencional, del concausal y del asesinato, y, por otra, porque los delitos de lesiones personales y de homicidio cometidos en riña suscitada de modo imprevisto, no son figuras autónomas o delitos independientes, sino subordinados y dependientes de los capítulos I y II del Título XV, que se refieren a los delitos contra la vida y la integridad personal; por esto es por lo que en el artículo 384 del Código Penal no determina una base, sino una atenuante para el delito principal, que puede ser homicidio en las acepciones anotadas, o bien un delito de lesiones personales, cuando dice: "las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad". (Casación Penal. Agosto 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145) .....473, 2ª y 474, 1ª

— 315 —

RIÑA IMPREVISTA

La provocación suele ser un elemento de la riña imprevista, pero no constituye de por sí aisladamente todo el fenómeno delictuoso contemplado en el artículo 384 del Código Penal. La provocación es una parte de él, nada más. Quien acude a un lance personal solicitado por otro, demuestra poca capacidad de gobierno de sus pasiones o instintos. Lo imprevisto es aquello en que no se ha pensado, que sorprende, que no se espera y en que el individuo se ve envuelto contra toda su previsión. Por eso se ha dicho que la riña imprevista equivale a la casual, porque se desarrolla en el sitio o local menos apropiado o bien surge en los momentos más inoportunos.

Una cantina, lugar de frecuentes disputas, recinto en donde se expenden bebidas embriagantes que exaltan las pasiones y estimulan los ardores combativos, no es por cierto el ambiente en donde pueda sorprender una riña, ni al sucederse ella en el acto de ingerir licor los contendientes, puede afirmarse con verdad que se desarrolló en el instante más inesperado. (Casación Penal. Septiembre 7 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) .....747, 1ª y 2ª

— 316 —

ROBO

Se configura delito de robo aunque la violencia se ejerza sobre el mueble después de haber sido retirado éste del lugar donde lo tenía su dueño y siempre que lo que se persiga sea la sustracción de lo que contiene el dicho mueble. (Casación Penal. Julio 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....175, 2ª

— 317 —

ROBO (Agravación de la pena por este delito conforme al ordinal 1º del artículo 404 del C. P.)

Para que pueda tener lugar la agravación de la pena imponible por el delito de robo conforme al ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, es decir, por haberse cometido en despoblado, es necesario que esa circunstancia se haga presente en el ánimo del infractor y actúe en el momento de ejecutar el delito, puesto que la ley no sólo contempla esta situación, sino otra, o sea la que se concreta en la expresión "o con armas", es decir, con instrumentos de atemorización, por lo menos, si es que no hay o no hubo necesidad de usarlos. En esta última hipótesis el delincuente se prevale entonces de todas las ventajas: la soledad del sitio y su preparación armada para frustrar la oposición a sus designios. (Casación Penal. Julio 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....176, 2ª

— S —

— 318 —

SEGUROS (La acción rescisoria del contrato de seguros causada por vicios provenientes de la declaración del asegurado prescribe en cuatro años)

Si la rescisión del contrato de seguro tiene por causa vicios provenientes de la declaración del asegurado, la acción correspondiente prescribe en cuatro años, conforme a lo dispuesto por el Código Civil, y no en los términos que el artículo 692 del Código de Comercio señala para la prescripción de las acciones resultantes del seguro terrestre; porque cuando la acción no surge del propio negocio jurídico, sino que se encamina a discutir su existencia, entonces el recurso ante la justicia encuentra causa ocasional, mas no causa eficiente en el contrato cuya ineficacia se busca.

Además, si en el campo civil, cuya organización jurídica no consulta la celeridad anexa a la vida comercial y al movimiento ágil de las transacciones, la acción rescisoria prescribe en cuatro años, aunque se trate de vicios de gravedad máxima, como la violencia, por ejemplo, no habrá ciertamente razón plausible para extender la regla especial del citado artículo 692 a situaciones no exactamente previstas en ella, y que por lo mismo no se entienden sustraídas de los principios generales, tanto más que en concreto el artículo 182 del Código de Comercio se refiere expresamente a la rescisión de los contratos mercantiles para hacer aplicables las normas del derecho civil, mientras que no es del mismo modo expreso para la rescisión del seguro el artículo 692 ibidem. (Casación Civil. Septiembre 16 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....321, 1º

— 319 —

SEGUROS (Dolo que hace inoperante la cláusula de indisputabilidad pactada en un contrato de seguros)

Para que no opere la cláusula de indisputabilidad pactada en un contrato de seguro, es necesario que el asegurador demuestre que hubo dolo por parte del asegurado.

Pero no cualquier clase de engaño basta para configurar este dolo, sino se requiere

que se trate de maquinaciones adecuadas o de maniobras razonablemente aptas para sorprender la experiencia o envolver la técnica de una compañía de seguros especializada. (Casación Civil. Septiembre 16 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....622, 1ª

— 320 —

SEGUROS (Dolo del asegurado)

Si bien la reticencia es bastante por sí misma para destruir la validez del seguro, y con mayor razón cuando interviene el dolo del asegurado, no por ello pueden equipararse esas dos nociones en cuanto a su naturaleza y pleno alcance jurídico. Para la configuración del dolo en los seguros es necesario que haya falacias, astucias, maquinaciones o maniobras razonablemente adecuadas para sorprender la técnica y experiencia de la entidad aseguradora. (Casación Civil. Septiembre 16 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 620, 1ª

— 321 —

SEGUROS. — CERTIFICADOS MEDICOS (Artículo 22 de la Ley 105 de 1927)

La exigencia del artículo 22 de la Ley 105 de 1927 se refiere a certificado médico, sin que sea necesario que se trate de facultativo designado por la compañía aseguradora. (Casación Civil. Septiembre 16 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....623, 2ª

— 322 —

SEPARACION DE BIENES (El marido no puede impedir la acción de la mujer por el hecho de haberse abandonado el hogar por ésta)

El marido no puede oponerse a la separación de bienes demandada por la mujer, alegando que ella se ha puesto en incapacidad de ejercitar esa acción por haberse abandonado el hogar dejando de cumplir los deberes de esposa. Así lo sostuvo ya, en otra ocasión, la Corte. (Casación Civil. Agosto 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....368, 1ª y 2ª

— 323 —

SEPARACION DE BIENES (Procedimiento)

Es inadmisible la tesis de que el artículo 8º de la Ley 28 de 1932 haya sustituído el procedimiento que para la separación común de bienes ofrece el Título XX, Libro 2º del Código Judicial. (Casación Civil. Agosto 20 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....367, 2ª

— 324 —

SERVIDUMBRES (Las relaciones de vecindad y el abuso del derecho)

La responsabilidad resultante de la imposición y el ejercicio de las relaciones de vecindad, reales y específicas, o sean las servidumbres, responsabilidad entre los dueños de los predios dominantes y los titulares de los fundos sirvientes, en lo que concierne a las servidumbres naturales y a las legales, de carácter civil, está señalada en el Título 11 del Libro 2º del C. C., que las establece, y en el Título 34 del Libro 4º de la misma obra, sobre responsabilidad extracontractual.

De la misma manera, si se trata de servidumbres voluntarias adquiridas por prescripción o destinación del padre de familia; pero, si de voluntarias adquiridas por título, la responsabilidad debe someterse a las estipulaciones del contrato o a las normas de la ley sobre servidumbres, y de consiguien-

te, a las reglas de la culpa contractual o extracontractual, según los casos.

Cuanto a las relaciones de vecindad concernientes al ejercicio del derecho de propiedad inmueble, con daño de los vecinos, éste debe enjuiciarse ante la teoría del abuso, con el criterio técnico, o sea el de la culpa.

Respecto al goce anormal o daño excesivo, por fuera de las servidumbres y del ámbito del abuso del derecho, no se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma, sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo causalidad. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....431, 2ª y 432, 1º

— 325 —

SIMULACION (Prueba entre las partes)

Cuando la acción de simulación se ventila entre las mismas partes que celebraron el contrato impugnado, únicamente pueden admitirse como pruebas idóneas para demostrar la simulación absoluta o relativa predicada, las siguientes: a) otra escritura pública, debidamente registrada, por medio de la cual se descubriera la simulación en cualquiera de esas formas; b) la contraescritura privada a que se refiere el artículo 1.766 del Código Civil, y c) un principio de prueba por escrito, complementado con testimonios, indicios, etc.

Los meros indicios son prueba de que sólo puede hacer uso el tercero que intente la acción de simulación, porque, como extraño que es al contrato, éste no tiene más significado para él que el de un simple hecho, cuyo valor puede destruir por los medios comunes de prueba. (Casación Civil. Octubre 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)...870, 2ª

— 326 —

SIMULACION (Juicio seguido entre contratantes)

En un juicio de simulación entre los contratantes, si existe el principio de prueba por escrito, puede éste completarse con otros elementos probatorios, como declaraciones de testigos o indicios, según lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....970, 2ª

— 327 —

SIMULACION (Contra quién debe dirigirse)

La acción de simulación es personal, y en consecuencia debe dirigirse contra todas las personas que intervinieron en su celebración; por este aspecto la doctrina de la Corte, expuesta en varios fallos, sobre la necesidad de dirigir la acción de nulidad de un contrato contra todas las partes contratantes, (GACETA JUDICIAL, Tomos 28, página 142; 58, página 61; 63, página 122), es aplicable a la acción de simulación.

Aunque, pues, uno de los contratantes en el contrato cuya simulación se demanda, haya enajenado ya, en el momento de intentarse el respectivo juicio, el bien o todos los bienes sobre que versó esa escritura, debe intervenir en el proceso, y no es cierto que carezca de interés jurídico como opositor en él, lo que sólo sería fundado si la acción de simulación fuera real. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).. 974, 1ª

— 328 —

SIMULACION (Prueba de la simulación)

Reitera la Corte su doctrina conforme a

la cual "la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas implica que para destruir, en un caso concreto, las declaraciones hechas por los contratantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturado, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza de que fue simulado" (v. GACETA JUDICIAL, Tomo 61, pág. 95). (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).... 973, 2ª

— 329 —

SIMULACION (El indicio de haber conservado el vendedor la tenencia de la finca hasta su muerte)

El indicio consistente en haber conservado el vendedor la tenencia de la finca hasta su muerte, no es prueba de que el contrato hubiera sido simulado. Así lo dijo también la Corte en sentencia que aparece publicada en el Tomo 57, página 57, de la GACETA JUDICIAL. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....973, 2ª

— 330 —

SIMULACION (Sus diferencias con la nulidad)

La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparados, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad y a la simulación para conservarles su propia fisonomía.

La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena. (Casación Civil. Septiembre 2 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....554, 2ª y 555, 1ª

— 331 —

SIMULACION (Alcance de la incompatibilidad para ejercer simultáneamente las acciones de nulidad y simulación de un contrato)

Aunque es indudable que la acción de nulidad de la compraventa de inmuebles por no estar debidamente formalizada la escritura pública en que necesariamente debe aparecer, y la acción de simulación del mismo contrato, son incompatibles, y que por lo mismo no pueden ejercerse a un tiempo, si no es en forma subsidiaria o condicional; si en concreto la actuación judicial demuestra que la acción primordialmente ejercida, de acuerdo con los hechos generadores y con las probanzas, es la de simulación de una serie de negocios jurídicos, sería de extremo rigor, en mengua de la economía procesal, el considerar que un escrito complementario de la demanda alcanzara a desvirtuarla en su intención y fundamentos, cuan-

de aparece a las claras que su autor buscaba apenas un remedio complementario, esto es para el evento de que no prosperara la súplica principal por simulación y declarar en tal evento probada la impropiamente denominada excepción temporal de petición de modo indebido. (Casación Civil. Septiembre 25 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..677, 1ª

— 332 —

SOBRESIMIENTO DEFINITIVO Y CESACION DEL PROCEDIMIENTO EN UNA MISMA PROVIDENCIA PRONUNCIADA CONTRA DOS SINDICADOS

No es jurídico, por regla general, proferir en una misma providencia sobreseimiento definitivo en favor de uno de los sindicados porque, por ejemplo, el hecho no tuvo existencia, y orden de cesar el procedimiento contra otro, por la misma razón, esto es, porque ese mismo hecho no tuvo existencia; o también tratándose de un mismo procesado sobreseer definitivamente en su favor porque uno de los hechos no tuvo existencia, y ordenar cesar el procedimiento contra el mismo, porque otro de los hechos imputados no es constitutivo de infracción penal.

Sólo cuando la naturaleza de las cosas no permita sino proferir un fallo mixto, podrá el juez proceder así. Tal, por ejemplo, cuando es el caso de sobreseer definitivamente en favor de uno de los sindicados y, al propio tiempo, debe llamarse a juicio a otro u otros; o cuando tratándose de varios cargos contra un mismo procesado, la acción penal ha prescrito en relación con un motivo por el cual debe ordenarse la cesación del procedimiento, y se impone el llamamiento a juicio por otro de los cargos, o el sobreseimiento definitivo por el mismo. (Casación Penal. Septiembre 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) .....757, 1ª y 2ª

— 333 —

SOCIEDADES COMERCIALES (Qué debe contener el certificado con el cual se acredita la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial)

Como las sociedades comerciales son sujetos de derecho llamados por lo mismo a trabar múltiples relaciones con otros de su especie y con infinidad de personas físicas, la publicidad del hecho de haber nacido una nueva persona jurídica, juega papel importantísimo, y de aquí que el extracto de la escritura social, como medio para lograr un más completo conocimiento público del suceso, deba mencionar no sólo lo que es esencial en el contrato de sociedad, sino también lo que sea peculiar a la sociedad que se ha fundado y lo que especialmente debe saber el público como mira a las posibles relaciones futuras.

Apenas es lógico, por tanto, el artículo 40 de la Ley 28 de 1931 (reproducido en el artículo 253 del Decreto 2521 de 1950), al exigir que el certificado con el cual se trate de "acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial" contenga las indicaciones que componen el extracto de la escritura social, según los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, este último en relación con la sociedad anónima, fuera de los datos relativos al instrumento de fundación.

Si, pues, ese certificado no contiene el mínimo de indicaciones o datos que el dicho artículo 40 menciona, no podrá demostrar la constitución y existencia de una sociedad comercial. (Casación Civil. Julio 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144)....122, 2ª y 123, 1ª

— 334 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Liquidación de una sociedad comercial en que era socio una persona casada, antes de la vigencia de la ley 28 de 1932 y liquidación provisional de la sociedad conyugal autorizada por la misma ley)

Si después del 1º de enero de 1933 se liquidó una sociedad comercial en que era socio una persona casada con anterioridad a la dicha fecha, los bienes adjudicados a él después de la vigencia de la ley 28 de 1932, en pago de su interés social, no pueden computarse al hacer la liquidación provisional de la sociedad conyugal autorizada por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932; porque los bienes recibidos en pago del interés social no formaban parte del haber de la sociedad conyugal antes de la fecha mencionada, y el artículo 7º citado, se refiere exclusivamente a sociedades conyugales anteriores al nuevo estatuto, de manera que al permitir la distribución contractual de gananciales, tiene que referirse también a los existentes entonces.

Además, en contra de esto no vale alegar que el interés social en la compañía liquidada, como mueble que es, pertenecía a la sociedad conyugal. (Casación Civil. Agosto 12 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145)....305, 1ª y 2ª

— 335 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Validez de los legados que uno de los cónyuges haga de bienes sociales)

El texto y el espíritu del artículo 1799 del Código Civil están proclamando la validez de los legados que uno de los cónyuges haga de los bienes sociales, pues tal precepto indica la manera de acatar la voluntad del testador, sin menoscabo de los derechos del otro cónyuge, lo que está diciendo que la ley no considera nulos dichos legados. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....615, 1ª y 2ª

— 336 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Extinción a la liquidación provisional)

Por la liquidación provisional autorizada por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 no se extingue la sociedad conyugal. Así lo ha decidido la reiterada jurisprudencia de la Corte. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....615, 1º

— 337 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Créditos adquiridos después de la celebración del matrimonio)

Durante la vigencia de la sociedad conyugal y conforme al artículo 1º de la Ley 28 de 1932, es titular de un crédito adquirido por uno de los cónyuges después de la celebración del matrimonio, sólo el cónyuge que lo adquirió. Por consiguiente carecen de legitimación en causa para demandar en juicio relacionado con ese derecho, tanto la sociedad conyugal, como los dos cónyuges, cada uno por mitad. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).... 883, 1ª y 2ª

— 338 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Liquidación conjunta de la sociedad conyugal con la de la herencia del cónyuge pre-muerto)

Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, debe procederse a

su liquidación, mediante la práctica de inventarios y avalúos de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, conforme al mismo procedimiento indicado para la sucesión por causa de muerte (C. C. artículos 1820 y 1821; C. J., artículos 935). En esta forma la liquidación de la sociedad conyugal se practica conjuntamente con la de la herencia del cónyuge pre-muerto, dentro del mismo juicio sucesorio. De suerte que el respectivo juicio viene a terminar con la partición de los bienes sociales y hereditarios. Según el artículo 1832 del C. C., en todo caso la división de los bienes sociales se sujeta a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

De acuerdo con lo anterior, en caso de que haya lugar a esa doble liquidación, deben aplicarse en lo pertinente las reglas del artículo 1016 —num. 1º— y 1390 del C. C. en cuanto a los gastos comunes del juicio sucesorio al través del cual se liquidan y dividen las dos comunidades, o sea la sociedad conyugal disuelta y la herencia, y en consecuencia tales gastos deben distribuírse a prorrata del valor de los respectivos caudales social y hereditario. Esta doctrina fluye de la aplicación de las disposiciones citadas y de los propios principios de equidad, porque los gastos comunes de la liquidación y división de ambas comunidades aprovechan tanto al cónyuge sobreviviente, como a los herederos del finado. (Casación Civil. Octubre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) 904, 1º y 2º

— 339 —

SOCIEDAD DE HECHO

Para que pueda tenerse como demostrada la existencia de una sociedad de hecho, es menester que se acrediten aquellos elementos sin los cuales no se configura una sociedad, es a saber: aportes consistentes en bienes o en industrias, participación en las ganancias y en las pérdidas. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 410, 1ª

— 340 —

SOCIEDAD DE HECHO (La prueba de su existencia y la casación)

La sociedad de hecho debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueren prescritas especialmente por la ley; y a menudo su existencia se infiere por medio de simples presunciones en las que el juzgador de instancia tiene poderes discrecionales, difícilmente atacables en casación. (Casación Civil. Agosto 5 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....256, 2ª

— 341 —

SUCESION (Regla 3ª del artículo 1395 del Código Civil)

De acuerdo con la regla 3ª del artículo 1395 del Código Civil, en las sucesiones intestadas los frutos naturales y civiles producidos por los bienes relictos durante la indivisión, deben distribuírse entre todos los herederos en común y a prorrata de sus cuotas respectivas, sin atender a quién se hayan adjudicado en la partición. Y si un heredero ha tenido en su poder bienes hereditarios fructíferos, percibiendo los frutos correspondientes, éstos deben distribuírse al efectuarse la partición, entre todos los herederos y a prorrata de sus cuotas. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....590, 1ª

— 342 —

SUCESION (Juez competente para conocer de estos juicios)

El juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte del ordinal 5º del artículo 152 del C. J., es en general el del último domicilio del causante y no únicamente determinado juez del respectivo circuito a quien haya correspondido como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Por tanto, la demanda que en tal caso se promueva contra una sucesión, puede ser repartida, y el juez a quien corresponda es competente para conocer de ella aunque no sea el mismo que conoce de la causa mortuoria. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....78, 1ª

— 343 —

SUCESION (La herencia o sucesión no es sujeto de derecho y carece, por tanto, de capacidad para ser parte)

La herencia o sucesión de la persona no es sujeto de derecho, y carece, por tanto, de capacidad para ser parte.

La comunidad singular surge del hecho de ser dos o más personas simultáneamente titulares de cuotas en un mismo derecho, que puede ser personal o real y con mayor frecuencia de propiedad o dominio, caso en el cual se llama específicamente copropiedad o condominio. La comunidad herencial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley trasmite el causante, al morir, por activa y por pasiva; por lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, sí, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

Careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derecho en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existen, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son.

De esta suerte demandar a la sucesión de N. N., representada por los herederos, y demandar a los herederos de N. N., como tales, directamente, son formas equivalentes, representativas de una misma idea: la de que el extremo pasivo de la acción y de la relación procesal es el heredero y no la sucesión, no la comunidad universal, no el patrimonio del difunto, sino el sucesor. (Casación Civil. Agosto 17 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145).....328, 1ª y 329, 1ª y 2ª

— 344 —

SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL (Cuando una decisión penal ha de influir en la civil)

A los jueces del conocimiento es a quienes corresponde apreciar, y sólo a ellos, la posible influencia de una controversia penal en

una civil, y ordenar o no la suspensión de ésta, conforme a lo ordenado por el inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, porque, como lo ha dicho la Corte: "La suspensión del juicio civil ordenada por el artículo 11 del C. de P. P. no tiene lugar en todo caso, sino únicamente cuando la decisión penal pudiera influir en la de la controversia civil. Esta suspensión no es, pues, automática, es decir, no se determina simplemente por la sola existencia del proceso penal". (GACETA JUDICIAL, Tomo 68, pág. 79). (Casación Penal. Octubre 22 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) . . . 1.036, 2ª

— 345 —

SUSTRACCION DE MATERIA (No hay lugar a dictar sentencia de inexequibilidad cuando la norma acusada ha dejado de regir)

Cuando en el momento de proferirse el fallo, la disposición o disposiciones acusadas por inconstitucionales, han dejado de regir, no hay lugar a dictar sentencia. Esta ha sido doctrina constante de la Corte. (Sala Plena. Octubre 22 de 1955. T. LXXVIII. Nº 2147) 841, 2ª

— T —

— 346 —

TERMINO PARA PEDIR Y PRACTICAR PRUEBAS (Pruebas pedidas el último día de los nueve que señala el art. 395 del C. J.)

Las pruebas pedidas el último día de los nueve que señala el artículo 395 del C. J., no pueden ser recibidas, aunque fueron pedidas en tiempo, porque el término para la práctica de las mismas ha precluído, pues el dicho término de nueve días es común e improrrogable: común, en cuanto dentro de ese lapso deben pedirse y practicarse las pruebas; improrrogable, en cuanto la ley no fija un plazo mayor después de su vencimiento.

No comete, por tanto, delito alguno el juez o magistrado que en esas circunstancias deniega la práctica de pruebas solicitadas por una de las partes. (Casación Penal. Octubre 26 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147) . 1.047, 1ª

— 347 —

TESTAMENTOS (¿Puede un testamento abierto mudarse en verbal?)

La Corte considera excesivamente rigorista y exegética la tesis de que un testamento abierto no puede mudarse en verbal. Lo que debe establecerse con claridad es qué se entiende por comenzar un testamento abierto. Porque si el testador dicta al Notario, en presencia de los testigos, sus disposiciones y en seguida muere, o se las entrega escritas, y al leerlas el Notario o antes de firmar, fallece, no pueden ponerse en duda ni la intención de testar, ni las disposiciones, ni la presencia de los testigos, ni la inminencia del peligro, comprobada por la muerte. Esta conclusión no está prevista en la ley. Pero la lógica predica que lo más solemne comprende lo menos solemne, y el fin primordial de la ley es el de garantizar a los hombres su libertad, la que no puede sufrir mengua por un cambio forzado de formas que no altera ni la intención de testar, ni las declaraciones y disposiciones de última voluntad, expresadas de manera cierta, ni la presencia real de los testigos. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) . . . 69, 2ª

— 348 —

TESTAMENTO

En el caso de testamento abierto ante Notario, que acaba en verbal, por muerte súbita del testador, el hecho de haber sido lla-

mados para presenciar el primero, en nada obsta para presenciar el segundo legalmente, porque consta sin duda alguna la intención de testar y las declaraciones o disposiciones del testador. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....74, 2ª

— 349 —

TESTAMENTO (Interés jurídico de los hijos legítimos del padre o madre natural del difunto para demandar la nulidad del testamento hecho por éste)

Los hijos legítimos del padre o madre natural del difunto, tienen interés jurídico para demandar la nulidad del testamento que aquél otorgó, cuando él, hijo natural, no dejó padres ni descendencia legítima o natural en el momento de fallecer, porque entonces sus hermanos legítimos o naturales le suceden, según el artículo 1050 del C C. (artículo 22 de la Ley 45 de 1936). (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) 68, 1ª

— 350 —

TESTAMENTO (No es nulo el testamento porque el testador haya dispuesto en él de bienes ajenos)

No es nulo el testamento por el solo hecho de que el testador haya dispuesto en él de bienes ajenos, y menos aún porque de lo que haya dispuesto sea de un bien que pertenecía a la sociedad conyugal; porque el testamento, como tal, de por sí no implica enajenación. Si la implicara, sería irrevocable. De un modo u otro las asignaciones se entienden y se cumplen sin perjuicio de los derechos de terceros. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 614, 2ª

— 351 —

TESTAMENTO (Cómo debe entenderse el precepto que manda expresar la causa de que el testador no firme)

El precepto que manda expresar la causa de que el testador no firme, no puede entenderse en el sentido de que no baste la mención de que, por causas físicas, no puede firmar, sino que es necesario, además, determinar precisamente esas causas. Si así fuera, siempre habría lugar, en estos casos, a anular el testamento, so pretexto de que las causas expresadas no fueron suficientemente precisas, rigurosas o científicas. Y el notario no puede suponerse omnisciente, para que el legislador, racionalmente, pudiera hacer tal exigencia. En realidad, de lo que se trata es de que debe aparecer, del acto mismo del testamento, que el testador no se negó a firmarlo, pues en este caso no habría habido manifestación de su voluntad aprobatoria del testamento. Lo que debe aparecer en el testamento es que, si no está firmado por el testador, esa omisión tuvo como causa o su ignorancia o su imposibilidad física de firmar, porque de lo contrario, la renuencia a firmar, tendría que interpretarse como la expresión de la voluntad del testador de rechazar el testamento. Basta, pues, con que el notario certifique que el testador no firmó porque no sabía o porque no podía materialmente firmar. Esta es la causa de que habla el artículo mencionado. (Casación Civil. Agosto 19 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2145).....357, 2ª

— 352 —

TESTAMENTO DE CIEGOS (Prueba de la ceguera del otorgante. — Apreciación del Tribunal)

Si el Tribunal denegó la nulidad del tes-

tamento porque a su juicio no estaba probado en el juicio que el testador hubiera perdido la vista hasta un grado tal que hubiera debido ser tratado como ciego, para el efecto de llenar las formalidades que para el testamento de los ciegos prescribe el artículo 1076 del Código Civil, esta decisión no puede ser modificada en casación, salvo que se demuestre que en la apreciación de la prueba de la ceguera del otorgante, el juzgador incurrió en un error evidente de hecho. De lo contrario, esa apreciación escapa a la censura de la Corte en casación. (Casación Civil. Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) 362, 1º

— 353 —

TESTAMENTO VERBAL (Ataques al testamento y medios de prueba que puede usar quien tenga interés)

Siendo así que quien tenga interés puede atacar el testamento verbal, la impugnación, que es voz genérica, comprende los diversos campos: de inhabilidad para testar, de infracción de ley relativa a las herencias, de ausencia de formalidades, y de falsedad, y en cuanto a los medios de prueba, no se excluye ninguno, según las reglas generales, así se trate de la testimonial procedente de los testigos instrumentales. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Número 2144) 72, 2ª

— 354 —

TESTAMENTO VERBAL (El testador no está obligado a designar expresamente a los testigos)

No es menester que el testador oral designe especial y expresamente los llamados testigos instrumentales.

Los artículos 1094 y 1095 del C. C. hablan de "testigos instrumentales", y el 1096 de "los testigos que asistieron por vía de solemnidad" al otorgamiento. Además, a tales testigos los llama a declarar el artículo 1095 sobre los puntos expresados en él, y a los demás testigos sobre los señalados en el 1094, si al Juez le pareciere.

Lo primero que se observa es que ningún texto le impone al testador la obligación de escoger, designar o nombrar especial y expresamente a quienes hayan de presenciar el acto testamentario. La naturaleza del testamento verbal y la necesidad que trata de atender, como las incidencias que pueden sobrevenir en su otorgamiento, no son para que quien se halla en imposibilidad de otorgar testamento más solemne, por considerar que no tiene tiempo o modo de hacerlo, se cuide de investir a determinadas personas del papel de testigos. (Casación Civil. Julio 14 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144) ... 73, 2º y 74º 1ª

— 355 —

TESTIGOS (Apreciación de la prueba testimonial)

No hay error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial cuando el Tribunal no rechazó los testimonios, ni les negó valor de prueba, sino que consideró que con los dichos de los testigos no se demuestra el hecho que se quiere acreditar. (Casación Civil. Agosto 19 de 1954. T. LXXVIII. Número 2145) 361, 2ª

— 356 —

TESTIGOS

Para que un testimonio rendido dentro de un proceso penal tenga valor de prueba en un juicio civil, se requiere que dentro del término probatorio de éste haya sido ratí-

ficado por el deponente; con el objeto de que así quien es parte en el proceso civil y fue extraño a la actuación penal, pueda ejercitar el derecho a contradecir la prueba por todos los medios que le brinda la ley. (Casación Civil. Octubre 27 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147) 963, 1ª

— 357 —

TESTIMONIO (Sobre hechos que hieran los sentidos)

Dentro de la concepción legal del testimonio, el testigo no es tal sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio están excluídas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso, sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal. (Casación Civil. Septiembre 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146). 572, 1ª

— 358 —

TESTIMONIO (Inconducencia de esta prueba en la alteración de un contrato solemne)

Es legalmente inconducente la prueba testimonial para comprobar las alteraciones que los contratantes han hecho de lo convenido en un contrato solemne, de valor de quinientos pesos o más. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1954. T. LXXVIII. Número 2146) 683, 1ª

— 359 —

TESTIMONIO

No es aceptable en casación hablar de los testimonios del actor o del demandado, o de todos los testimonios de uno u otro, o de la prueba testimonial de tal o cual parte, o de las declaraciones sobre tal hecho. Hay que precisar los testimonios, y en éstos destacar los pasajes cuya apreciación no se hizo o se hizo erróneamente. (Casación Civil. Agosto 31 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145). 438, 1ª

— 360 —

TITULOS (Oposición de)

Un título traslaticio de dominio sobre una cuota indivisa no puede oponerse como título anterior de dominio a una escritura que sí versa sobre cuerpo cierto. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 714, 2ª

— 361 —

TRADICION (Artículo 765 del C. C.)

El solo hecho de que no se haya demostrado que el tradente era dueño de la cosa vendida, no quita a ésta el carácter de título traslaticio de dominio, ni su naturaleza de tradición del inmueble al registro de ese título, de acuerdo con el artículo 765 del C. C. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 714, 2ª

— 362 —

TRANSPORTE BENEVOLO (Perjuicios)

En caso de transporte benévolo, el demandante debe probar la culpa del demandado, si aspira a obtener la indemnización de los perjuicios sufridos. (Casación Civil. Agosto 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2145) .405, 1ª

— 363 —

TRASLADO DE LA DEMANDA DE CASACION, PRESENTADA POR EL FISCAL DEL TRIBUNAL, AL PROCURADOR (Su falta acarrea nulidad)

Aunque el Decreto 1154 de 1954 no señala término dentro del cual deba darse el traslado al Procurador que la misma norma ordena para que amplíe, si lo considera conveniente, la demanda de casación presentada por el Fiscal del Tribunal cuando éste es recurrente; y aunque la omisión de ese traslado no está prevista como causal de nulidad en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., debe declararse la nulidad de lo actuado cuando ocurra tal hecho, porque ello conduciría a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, o sea la tramitación del recurso sin el cumplimiento de la "plenitud de las formas propias del juicio", hecho que incide en una nulidad de origen constitucional, lo cual debe declararse al tenor de lo dispuesto por el artículo 200 del C. de P. P. Su reconocimiento da oportunidad a la parte no recurrente para iniciar un nuevo traslado. (Casación Penal. Septiembre 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)....741, 1ª

— V —

— 364 —

VENTA (de una misma cosa a dos personas distintas. — ¿Quién adquiere el dominio?

Cuando alguien vende una misma cosa a dos personas distintas, si se trata de un bien inmueble, adquirirá el dominio aquel cuyo título haya sido inscrito primero en el registro, aunque la fecha en que se otorgó la escritura sea posterior a aquella en que se otorgó el instrumento en favor de la otra persona. (Casación Civil. Julio 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....96, 2ª

— 365 —

VENTA POR CABIDA

Las circunstancias de haberse determinado el bien por linderos y haberse entregado, aún con antelación al perfeccionamiento del contrato, en nada desvirtúan la modalidad de la venta por cabida, porque ya se haga en una forma u otra, es necesario alindar y entregar. (Casación Civil. Octubre 29 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).....996, 2ª

— 366 —

VENTA DE COSA AJENA (El comprador puede adquirir el dominio por medio de la prescripción ordinaria)

La falta de propiedad en el vendedor no trae como consecuencia que la venta no sea justo título y que el comprador pueda adquirir el dominio de la cosa adquirida por medio de la prescripción ordinaria; porque en derecho colombiano el contrato sólo es fuente de obligaciones (artículos 1494 C. C., y 34 de la Ley 57 de 1887) y la venta de cosa ajena vale (artículo 1871 C. C.) y porque con la tesis de que la venta de cosa ajena no es título justo, quedaría eliminada de un tajo la prescripción adquisitiva ordinaria, pues no podría operar sino la extraordinaria, que no demanda otro título que la ley, con la consecuencia aberrante de que la usucapión perdería así el campo más propicio a sus fines de consolidación de la propiedad en el patrimonio del poseedor, de saneamiento de las titulaciones del dominio y de estabilización de las relaciones patrimoniales. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....728, 2ª

— 367 —

VENTA DE UNA ESPECIE O CUERPO CIERTO PERTENECIENTE A LA COMUNIDAD HERENCIAL

No es aceptable que el heredero vendedor de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, o el cesionario de sus derechos herenciales indeterminados, por venta posterior, pueda intervenir en la partición para oponerse a los efectos naturales de tal contrato, a fin de que no se adjudique al comprador el bien que había enajenado. Podrán oponerse, como es obvio, los demás copartícipes y los acreedores de la sucesión, a quienes tal acto no vincule contractualmente, y en cuanto tal adjudicación perjudique sus derechos o viole las normas legales de la partición. (Casación Civil. Octubre 21 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147).. 900, 2ª

— 368 —

VENTA DE UNA ESPECIE O CUERPO CIERTO PERTENECIENTE A LA COMUNIDAD HERENCIAL

El registro de la escritura de venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, hecha por un heredero antes de que se haya registrado el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición, no transmite el dominio (C. C., artículo 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero dueño de la cosa enajenada no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto (C. C., artículo 752, inciso 1º), y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad herencial se le reconozca el mismo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos herenciales en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1401, 1868, 1871, 1874 y 1875 del C. C.

Pero esto no quiere decir que se dé derecho preferencial al comprador de un cuerpo cierto perteneciente a la sucesión, para que se le concrete en la partición su derecho herencial precisamente en el bien enajenado. (Casación Civil. Octubre 21 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....899, 2ª y 900, 1ª

— 369 —

VEREDICTO

El cuadro criminoso del artículo 362 del Código Penal varía de manera fundamental cuando el delito allí propuesto se traslada al artículo 28. Y así, no es posible afirmar que resulta contradictorio un veredicto que desconoce el primero y acepta el segundo. (Casación Penal. Octubre 21 de 1955. Tomo LXXVIII. Nº 2147).....1.031, 2ª

— 370 —

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE (A quién corresponde declarar la contraevidencia)

La contraevidencia de un veredicto corresponde declararla sólo a los juzgadores de instancia, pues es materia sobre la cual nada puede remediarse en casación, porque la libertad del juzgador para declarar o no contraevidente la determinación del Juri, no está sometida a crítica o enmienda sino en

las etapas ordinarias del proceso y es función que se extingue con ellas. (Casación Penal. Septiembre 8 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146) 751, 2ª

— 371 —

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE Y VEREDICTO CONTRADICTORIO (Diferencias)

No se pueden confundir la contraevidencia con lo contradictorio. Lo primero se predica de los hechos; lo segundo de las palabras con que se califican los hechos. Si la respuesta del Jurado es claramente contraria a la evidencia de éstos, debe el Juez o el Tribunal, en su caso — y sólo ellos—, declararlo así. En cambio, cuando el veredicto es evidentemente contradictorio (causal 7ª), y procede ordenar que se convoque un nuevo Jurado, a condición, claro está, de que previamente se haya él demostrado por la parte a quien le incumbe sustentar el recurso de casación. (Casación Penal. Julio 3 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2144).....161, 2ª

— 372 —

VIAS DE HECHO (Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones por perjuicios ocasionados por tales vías de hecho de la administración)

Cuando el artículo 68 del Código de lo Contencioso Administrativo permite que se demande a la Administración las indemnizaciones o reparaciones consecuenciales de un hecho u operación administrativa, sin que sea necesario ejercitar la acción de nulidad, presupone la existencia de un acto de los que tratan los artículos 62, 63, 64 y 65 del mismo capítulo de que hace parte el 68 sobre "jurisdicción contra los actos de la Administración", concepto que incluye el "hecho u operación administrativa" a que alude el último artículo citado; caso diferente del que se designa con la expresión "vías de hecho" que excluye la preexistencia o siquiera coexistencia de decreto, providencia, resolución, acuerdo, ordenanza, etc., que, legal o ilegalmente, sirva de respaldo a la operación.

La acción para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por tales "vías de hecho" es de competencia de la justicia ordinaria, como lo es, por ejemplo, la procedente de una culpa aquiliana o extracontractual. (Casación Civil. Julio 31 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2144).....157, 2ª y 158, 1ª

— 373 —

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA DE LA LEY (Respecto a una misma disposición)

Respecto de unas mismas disposiciones legales no pueden concurrir la violación directa y la indirecta, porque la primera quebranta la ley sin rodeos, derechamente; la segunda por intermedio de errores de hecho o de derecho. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146)..723, 1ª

— 374 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY (Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley)

La violación directa de la ley se cumple de manera recta, sin rodeos, contra determinado texto legal, y puede ser por infracción propiamente llamada directa o sea cuando se deja de aplicar la disposición pertinente al punto controvertido; por aplicación indebida, o sea el caso contrario, cuando se aplica un precepto extraño a la materia del pleito; y por interpretación errónea, cuando yerra el Tribunal en el orden jurídico, al determinar el sentido o alcance de un ordena-

miento legal. Pero es obvio que el quebranto de una disposición legal no puede asumir las tres formas a la vez. (Casación Civil. Octubre 19 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2147)... 886, 2ª

— 375 —

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

El error de hecho y el error de derecho componen la forma indirecta de violación de la ley sustantiva, de que trata la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Es indirecta porque se realiza a través de las pruebas y resulta de la estimación de una prueba. Se opone a la violación directa que opera rectamente contra los preceptos legales. (Casación Civil. Septiembre 24 de 1954. T. LXXVIII. Nº 2146).....663, 1ª

— 376 —

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY (Cuando el sentenciador viola normas relativas al mérito de determinados medios de prueba)

Cuando el sentenciador viola normas relativas al mérito de determinados medios de prueba, puede fundarse en tal transgresión un cargo de violación indirecta de la ley sustantiva, siempre que se demuestre la incidencia del error de derecho en determinados preceptos de derecho sustancial. Pero jamás podrá sostenerse válidamente que un pretendido error evidente de hecho es medio de violar normas atañederas al mérito que la ley asigna a las pruebas que ella misma consagra para demostrar el derecho. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1954. Tomo LXXVIII. Nº 2146).....566, 1ª y 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXVIII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION NACIONAL	
26	200, 363
110	116
CODIGO CIVIL	
398	189
462	132
752, inc. 1º	368
757	368
762	271
765	198, 361
779	99, 368
943	100
946	62
955	297
971	296
1016, num. 1º	338
1050	349
1076	352
1094	354
1095	354
1096	354
1143	238
1234	270
1390	338
1394	60
1395	341
1401	99, 368
1494	366
1544	310
1546	309
1608, num. 1º	240
1608, num. 3º	289
1744	236
1759	153
1766	325
1799	335
1820	338
1821	338
1832	338
1868	368
1871	366, 368
1874	368
1875	368
1930	309
1946	264
1947	264
1951	215
1958	264
2338	249, 250
2347	307
2357	93
2525	100
CODIGO DE COMERCIO	
88	125
182	318
469	333
692	318
CODIGO PENAL	
23	308
26	308
28	369
34	294, 295
35	294, 295
38	92
40	92

Artículos	Números
105	276
172	142
184	134
362	369
384	200, 295, 314
404, ord. 1º	317

CODIGO JUDICIAL

40	242
76	242
225. ord. 5º	342
209	6, 140
214	301
241	132
317, inc. 2º	225
363	122
395	346
448, ord. 3º	143, 235
450	87, 228
457	230
494	70, 292
520, num. 1º	21, 22, 68, 71, 157, 165, 169, 177
520, num. 2º	75, 79, 81, 82, 83, 297, 375
520, num. 3º	85
520, num. 6º	89, 231, 232
531	22
597	122, 204
607	61
617	110
635	91
653	130
721	256, 257
722	256, 257
723	258
728	204
887	311
935	338
979	118
999, ord. 6º	154
1008	91
1019	155
1189	91

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

11	262
11, inc. 2º	344
28	4
50	94
54	133
57	151
73, num. 5º	156
170	10
171	226
198	363
198, num. 3º	10
199	363
200	363
437, ord. 3º	308
537	67
554	67
557	65, 66
567, num. 3º	86

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

62 y sgtes.	372
68	372

LEYES ESPECIALES

Ley 57 de 1887

34	366

Ley 153 de 1887

93	281

Ley 95 de 1890

—	101
17	102, 109

Ley 42 de 1892

2	333

Ley 105 de 1927

22	321

Ley 28 de 1931

40	333

Ley 70 de 1931

—	251

Artículos	Números
Ley 28 de 1932	
1	323
7	334, 336
8	323
Ley 45 de 1936	
—	193
4, num. 3º	186
6	190
7	191
22	349
Ley 63 de 1936	
79	244
Ley 13 de 1937	
—	223
Ley 92 de 1938	
19	287
Ley 28 de 1943	
4	200
Ley 51 de 1943	
—	275
Ley 69 de 1945	
—	1
DECRETOS	
Decreto 2.521 de 1950	
253	333
Decreto 1.231 de 1951	
11, inc. 2º	95
Decreto 1.814 de 1953	
—	95, 269
Decreto 1.900 de 1953	
140	96
141	95
Decreto 1.154 de 1954	
—	363
Decreto 1.426 de 1954	
2	96, 269

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Acosta Alejandro contra Alberto Pérez Visbal.—Juicio ordinario 696

Agudelo José Miguel contra el Municipio de Bello.—No se declara una nulidad..... 582

Alarcón, Evangelina Carrillo de, contra Juan N. Alarcón.—Acción ordinaria de separación de bienes 366

Alcázar Simón y otra contra Ana Delia Torres.—Acción declarativa de pertenencia. 929

Alvarez Luis Alberto contra Luis Montoya Ardila.—Acción de nulidad de un contrato de permuta 106

Alzate Fernández Pablo y otros contra María Teresa Gutiérrez y otros. — Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 612

Amorocho Diego E. contra la Nación.—Juicio ordinario 208

Arboleda Bernardo y otro contra Berta Gómez de Gómez. — Ordinario sobre venta por cabida 995

Archila Isaías León contra Pedro Abel Rincón N.—Ordinario sobre simulación..... 842

Ardila Guerrero Jorge contra Emiro Vásquez Pérez.—Acción reivindicatoria..... 137

Avila Roberto.—Casación por homicidio.... 442

Aya Ruperto contra la sucesión de Diógenes Troncoso y la Compañía Urbanizadora de Palanquero.—Juicio ordinario..... 235

Págs.

— B —

Ballesteros, Blanca Martín Herrera de, y otros contra Carlos Martín Gómez.—Ordinario sobre filiación natural 40

Becerra Enrique.—Se declara infundado el impedimento de un Magistrado en el proceso contra aquél 1025

Beltrán Reyes Rito Ricardo. — Cesación del procedimiento por los delitos de abuso de autoridad y prevaricato 446

Bernal Medina Miguel. — Incompetencia de la Corte para conocer de una denuncia contra aquél 759

Borda V. Gustavo y Adolfo contra Elisa Dávila de Peña y otra.—Ordinario sobre resolución de un contrato..... 18

Bravo, Encarnación Uribe de.—Juicio de sucesión.—Objeciones a una partición..... 669

Burgos Miguel.—Casación por homicidio... 1016

Bustamante Luis Alberto contra Juan B. Ruiz y otra.—Ordinario sobre simulación 553

— C —

Cadavid Luis Eduardo y Horacio.—Casación por robo 173

Caicedo, Bertha Velasco de, contra Ismaelina Triviño. — Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa..... 686

Calle H. Aquileo contra José Domingo Garcés.—No se declara desierto el recurso de casación en este juicio..... 885

Págs.

Camacho José Marcelino.—Colisión de competencias 463

Camargo O. Francisco contra Mario Cogollo—Ordinario sobre resolución de un contrato de aparcería 569

Cardona Vitalina contra Marco Antonio Buitrago.—Acción reivindicatoria 47

Castaño José Ramón y otros contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 776

Castellanos Eutiquio y otro contra Eduardo Emilio López.—Juicio ordinario 601

Castrillón Consolación contra Manuel Vicente Patiño Saucedo.—Rescisión por lesión enorme de la partición efectuada en un juicio de sucesión..... 729

Castro Díaz Daniel.—Casación por homicidio 483

Castro González Leopoldo.—Casación por lesiones personales 761

Cediel Luis F. contra Rosa Cediel y otros.—Ordinario sobre simulación..... 673

Cerezo Pedro J.—Cambio de radicación.... 1050

"Ciudad Niquía, S. A." contra la Nación.—Acción reivindicatoria 771

Cleves Concepción (como madre de Ofelia Cleves) contra Elena Angelina Castellanos Ortiz y otros.—Ordinario sobre filiación natural 345

Compañía Anglo Colombiana de Petróleos. Oposición formulada por Julián Llinás Rodríguez y otros a la propuesta número 131 sobre exploración y explotación de petróleo 781

Compañía Anglo Colombiana de Petróleos. No se aclara la sentencia de que da cuenta el aparte anterior de este Indice..... 805

"Compañía Colombiana de Crédito Comercial, S. A." contra Eduardo Noguera S.—Acción reivindicatoria 564

"Compañía Explotadora de Petróleos, S. A." Oposición a la propuesta número 343 formulada por Hernando Salazar Mejía sobre exploración y explotación de petróleos 519

Comunidad de Isabel López contra la Nación.—Juicio ordinario 183

Comunidad de las Islas de los Gómez o Camargo contra la Nación.—No se repone el auto que ordenó fijar en lista el presente negocio 486

Comunidad del Ojo del Medio o de la Cruz y otros contra la Nación.—Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 511

Comunidad de Sabanilla contra la Nación.—Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 194

Congregación de Misioneros Hijos del Inmaculado Corazón de María contra la Nación.—Juicio ordinario 211

Conjueces de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia elegidos por Acuerdo Nº 13 de 12 de agosto de 1954... 441

Contreras Moncada Evelio. — Casación por homicidio 743

Cooperativa de Empleados de la Contraloría General de la República, Limitada contra Carlos Eduardo Gutiérrez Anzola. Ordinario sobre resolución de un contrato 340

Cortés, Julieta Ramírez Durán de, y otra contra la Compañía de Seguros Bolívar. Ordinario sobre cobro de una póliza de seguros 617

Correa Alvarado Emigdio José y otros contra Jesús María Gómez.—Acción reivindicatoria 309

Corredor Franco Francisco contra Julio Vi-

Págs.

cente Corredor.—Acción reivindicatoria.. 266

Cuturú Gold Dredging Company contra Jaime Herrera V. y otros.—Juicio ordinario. 56

— CH —

Chamorro Julia Rosa de, contra María Teresa Otero de Zarama. — Ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme 60

Charry Adán contra Saturia Alvarez de García. — Ordinario sobre restitución de una isla 413

Chaves Agudelo Leo Nel contra Luis Hernández y otro.—Ordinario reivindicatorio 975

— D —

Dangond Beltrán F. contra la Nación.—Acción de indemnización de perjuicios..... 488

Delgado Aristóbulo.—Casación por lesiones personales 1038

Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited. — Se confirma una providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá..... 807

Díez Vélez José Jesús contra Roberto Montoya Moncada.—Ordinario sobre rescisión de un contrato de permuta por lesión enorme 634

— E —

Escobar Borja Carmelina Margarita contra Unaldo Cadavid—Juicio ordinario—Recurso de hecho 319

Espinosa, Isabel Mosquera v. de, y otros contra Rosalía Magaña de Martínez.—Acción reivindicatoria 915

— F —

Fernández Mario y otra contra José del Carmen Bernal.—Acción reivindicatoria 657

Págs.

Fernández Víctor contra la sucesión de Otoniel Fernández (representada por Elvira Huertas de Fernández y otros).—Ordinario sobre filiación natural 596

Fonseca Servando contra Fabio A. Espinosa. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 400

Franco Suárez Emilio y otro contra Medardo Piedrahita y otra.—Acción reivindicatoria 369

— G —

Gaitán Carmen, Nicolás González Torres y Sigifredo Vivas Borja.—Cambio de radicación 1013

Galarza Custodio y otro contra Graciliana González de Galarza y otros.—Acción reivindicatoria 435

Galindo Avelino contra Rafael Forero R.—Ordinario sobre simulación 867

Galindo Luis y otra contra Ana Mejía vda. de Restrepo. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 880

Gallego o Calero o Galero Isaura contra Campo Elías Rodríguez.—Ordinario sobre simulación 113

Gallego Julio contra Pablo Rodríguez.—Acción reivindicatoria 544

Garavito Miguel A. contra José Palencia.—Acción reivindicatoria 149

García, Emperatriz Moyano de, contra Susana Ordóñez Valdivieso. — Ordinario sobre filiación 29

García, Natividad Barragán vda. de, contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 189

George, Josefina Segura vda. de.—Oposición formulada a la propuesta para explorar y

Págs.

explotar metales preciosos hecha por Ruth Velasco de Cortés 809

Gómez Bautista Abelardo y otro contra Isaías Pérez.—Ordinario sobre resolución de un contrato 625

González Navas Julio contra Narciso Flórez y otra.—Juicio ordinario 86

González Torres Nicolás. — Concepto desfavorable al cambio de radicación proceso. 1013

Goyeneche Carlos Saúl contra Ciro Enrique Goyeneche. — Ordinario sobre resolución de un contrato 1000

Guarín Zárate Hernando.—Se admite el desistimiento del recurso de casación en el proceso contra aquél 451

— H —

Hernández García Carlos (como curador ad litem de Emma Mendoza Vega) contra Jorge Mendoza Rodríguez.—Juicio ordinario 393

Hernández Torres Roberto.—Se declara fundado el impedimento de un Magistrado para conocer del proceso contra aquél... 461

Herrera Nepomuceno contra Efraín Herrera. Ordinario sobre restitución de unas mejoras 872

Hinestrosa Alvaro. — Cesación del procedimiento por el delito de prevaricato..... 1042

Hinestrosa Daza Ricardo.—Palabras pronunciadas por el Magistrado doctor José J. Gómez R. durante el homenaje ofrecido a aquél 831

Hosman Salim A. y Moisés Salame contra Marco S. Vera y otra.—Juicio ordinario.—Recurso de hecho 92

— I —

Industrias Charles. Rafael Restrepo G. & Cía. Ltda. contra Jesús Iza I.—Ordinario sobre pago de perjuicios..... 133

Irurita Julio.—Juicio de sucesión.—Objeciones a una partición..... 890

— J —

Jaimes Alvarez Alberto.—Casación por abuso de autoridad..... 480

Jiménez Loreto y Ana Rosa Cárdenas.—Objeciones a la partición en sucesiones acumuladas 263

Jinete Félix y otros contra Rafael Fonseca. Juicio ordinario.—Recurso de revisión civil 643

— K —

Korgi Eugenia y otros contra Odette Chedraui de Korgi.—Juicio ordinario..... 299

— L —

Ley 16 de 1949. — No se profiere sentencia sobre la constitucionalidad de su artículo 1º 841

Londoño Clodoveo y otra contra Alfonso del Río Villamil y otro.—Ordinario sobre nulidad de un testamento 65

López Garavito Hernando.—No se repone el auto que declaró desierto el recurso de casación en el proceso contra aquél..... 769

López Garavito Hernando. — No se repone el auto de que da cuenta el aparte anterior de este Indice 1033

López Ramón y otros contra Luis Estrada. Juicio ordinario.—Recurso de hecho..... 378

López Sixta Tulia contra Amalia vda. de Restrepo y otros.—Juicio de pertenencia. 874

López Soledad contra Martín Gallego y Elías Castaño.—Acción reivindicatoria... 94

Lozada Escandón Roque.—Casación por homicidio y lesiones personales..... 752

Lucio Manuel de Jesús.—Sobreseimiento definitivo por cargos de responsabilidad... 785

— LL —

Llaín, Angela Sanjuán de, y otra contra Luis Carlos Quintero o Clavijo.—Ordinario sobre nulidad de un juicio..... 661

— M —

Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla (doctores José Francisco Angulo, Luis Alberto Revolledo y Arnaldo Donado).—Se ordena cesar el procedimiento en la causa contra aquéllos por el delito de abuso de autoridad..... 1009

Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó (doctores Guillermo Botero, Aureliano Perea Aluma, Carlos Hernán Perea Gómez y Guillermo Valencia Ibáñez).—No se aplican sanciones disciplinarias por los cargos formulados contra ellos)..... 835

Magistrados del Tribunal Superior de San Gil (doctores Teófilo Noriega Rueda, Alberto Rueda Amorocho y Guillermo Galvis Galvis).—Sobreseimiento definitivo a su favor por el delito de prevaricato..... 1035

Márquez Waldina contra Simón Patarroyo. Ordinario sobre filiación natural..... 645

Martínez Monsalve Enrique. — Colisión de competencias 466

Marulanda Alberto contra la Nación.—Juicio ordinario 523

Marrugo, Halimón Ally de, y otros contra Carlina Vásquez vda. de Ally.—Ordinario sobre filiación natural 295

Matéus Víctor Gil.—Casación por homicidio 765

Medina Valencia Leonidas. — Casación por homicidio 472

Mejía Giraldo Pedro y José y otros contra Gabriel Restrepo T. y otra.—Juicio ordinario 321

Mejía Isaza Obdulia y otras contra el Municipio de Medellín. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 592

Mejía Pedro.—Colisión de competencias en un proceso contra aquél..... 178

Melguizo E. Carlos contra Blanca Bernal de Ruiz.—Acción reivindicatoria 698

Morales Wenceslao y Víctor Manuel contra Roberto Sanmiguel Ch. — Juicios ordinarios acumulados 98

Moreno Eliseo contra Leonidas Barbosa y otros.—Acción reivindicatoria 244

Moreno Julio César.—Casación por homicidio 180

Morillo Emiliano I. — Se confirma un auto por medio del cual no se declaró una nulidad 476

Mosquera D. Gregorio y otra contra "Elliot S. A. de Panamá" (Elliot Shipping and Land Company).—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 379

Muñoz F. Demetrio contra Samuel Muñoz y otros.—Juicio ordinario 693

— N —

Navarro M. Carlos y otros contra Francisco Castillo.—Juicio ordinario 333

Navia Domínguez Rosa contra Mercedes Tejada y otro.—Juicio ordinario..... 35

Neira Miguel J.—Juicio de pertenencia.—No se accede a decretar una nulidad..... 591

Nieto Carroll Enrique.—Cesación del procedimiento por los cargos formulados..... 1045

Nieto Isabel Malo de, y otra contra la Nación.—Juicio ordinario 817

Nieto Isabel Malo de y otra contra la Nación.—No se accede a aclarar la sentencia de que se trata en el aparte anterior de este Indice 821

— O —

Ochoa Castillo Pablo contra Lucas Molano Daza.—Juicio ordinario 987

Ordóñez Aminta contra la sucesión de Julio Ordóñez Valdivieso. — Ordinario sobre filiación natural 75

Orjuela, María Betty López de, contra Sara Castellanos vda. de Saldaña y otra.—Ordinario sobre filiación natural..... 921

Ortega B. Enrique y Segundo contra Julio Ortega B. — Ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme 558

Osorio Olimpo contra Néstor Cote Castillo. Ordinario sobre nulidad de un testamento verbal 258

Ovalle Juan y otros contra la Nación.—Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 492

— P —

Payán, Natalia Silva vda. de, contra Leopoldo Henao O.—Acción reivindicatoria..... 128

Peña F. Alfonso contra Soledad Portocarrero vda. de Uribe.—Ordinario sobre cumplimiento de un contrato 942

Perdomo Escobar Alicia contra Santiago Peña Sánchez.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 425

Pilonieta Carlos Martín contra "Flota Panamericana Ltda." — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 946

Porras García Pastor.—Casación por homicidio 749

Poveda Alonso Rafael. — No se repone el auto que declaró inadmisible el recurso de casación 454

Pretelt Mendoza Leonidas. — Se repone el auto de llamamiento a juicio y en su lugar se sobrsee definitivamente 1019

Proyecto de Acto Legislativo sobre reforma judicial 225

— Q —

Quintero, Ana Dolores Hernández vda. de, contra la Nación.—Juicio ordinario..... 778

Quintero Carlos.—Casación por homicidio. 164

Quintero Martínez Marco Tulio. — Colisión de competencias 1027

— R —

Ramírez Ospina Camilo.—Sanciones a este abogado por faltas cometidas en el ejercicio profesional 504

Ramírez Ospina Camilo. — No se repone la sentencia de que da cuenta el aparte anterior de este Indice..... 510

Real, Librada vda. de Real.—Objeciones a una partición herencial 53

Restrepo Botero Luis E.—Juicio de sucesión. Objeciones a una partición..... 584

Restrepo, Cecilia Restrepo vda. de, y otros contra la Nación y el Municipio de Manizales.—Juicio ordinario 494

Restrepo Pedro A. contra Abel o Abel de J. Henao.—Juicio ordinario 84

Ricci José contra Jorge Vergara. — Acción reivindicatoria 911

Ríos Gutiérrez Jorge.—Cesación del procedimiento por delito contra funcionarios públicos 162

Rivera Casas Flor María contra Emilia Rivera García de Puerta y otros. — Acción reivindicatoria y de petición de herencia. 575

Rivera Lozano Cleofe Mariela contra Euge-

nio Garcés Uribe.—Ordinario sobre resolución de un contrato 679

Robayo Rosa Rodríguez de (como heredera de Jesús Rodríguez) contra Ignacia Rodríguez y otros (herederos de Milcíades Rodríguez).—Juicio divisorio 630

Robledo Yepes Luis Carlos. — Casación por homicidio 160

Robles Juan S. y otro contra el Municipio de Barranquilla. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 154

Rodas Jaramillo Honorio contra la sucesión de Donaciano Rodas Jaramillo.—Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 325

Rodríguez Jesús M. contra Daniel Roldán Uñate y otro—Ordinario sobre simulación 537

Rodríguez Rodríguez José Anselmo. — Colisión de competencias 478

Rojas Peña Luis contra Manuel S. Mosquera.—Ordinario sobre una sociedad de hecho 252

Romero, Zoé de la Roche de, contra Joaquín Antonio Cruz.—Ordinario sobre simulación 965

Rubiano Rosalbina (como representante de Emma Rubiano y otros) contra la sucesión de Antonio María López.—Ordinario sobre filiación natural 81

Ruget C. Miguel y otros contra Pablo Alejandro Rodríguez.—Juicio ordinario.—Recurso de hecho 549

Ruiz Quijano Jorge A. contra Rubén Rojas Guevara.—Ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa 885

Russi Manuel B. contra el Departamento de Boyacá.—Ordinario sobre incumplimiento de un contrato 185

— S —

Salvamento de voto del Magistrado doctor Roberto Goenaga a la sentencia dictada en el juicio de "Ciudad Niquía, S. A." contra la Nación 774

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R. a la sentencia de la Sala de Casación Civil dictada en el juicio de Blanca Martín Herrera de Ballesteros y otros contra Carlos Martín Gómez 45

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R. a la sentencia de casación proferida en la sucesión de Julio Irurita 906

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R. a la sentencia pronunciada en el ordinario de María Betty López de Orjuela contra Sara Castellanos vda. de Saldaña y otra 926

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la sentencia de casación proferida en el juicio ordinario de José Jesús Díez Vélez contra Roberto Moncada 642

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Piñeres a la sentencia dictada en el juicio de Waldina Márquez contra Simón Patarroyo 656

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la sentencia de casación civil dictada en el juicio de Emperatriz Moyano de García contra Susana Ordóñez Valdivieso 34

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Piñeres a la sentencia proferida en el juicio de Aminta Ordóñez contra la sucesión de Julio Ordóñez Valdivieso 80

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la sentencia dictada en el ordinario de Jesús M. Rodríguez contra Daniel Roldán Uñate y otro 542

Salvamento de voto del Magistrado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la sentencia de casación civil pronunciada en el juicio seguido por Rosalbina Rubiano contra la sucesión de Antonio María López..... 83

Salvatier Gabrielina Chiriví de, contra Adolfo Medina.—Juicio ordinario 721

Sánchez Clodomiro.—Casación por homicidio 1030

Sánchez Pablo Emilio y otros contra Alejandrina Villate vda. de Sánchez y otros.—Ordinario sobre nulidad de un testamento 269

Sánchez Colorado Carlos.—Casación por homicidio 169

Sánchez Gómez Obdulio.—Casación por peculado 457

Santacruz Aristóbulo y otras contra Abelardo Bermúdez.—Ordinario sobre demanda de la partición material de unos bienes.. 337

Santamaría Alejandro E. contra Guillermo Urrego Bernal.—Ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho..... 407

Santamaría Hernando S. de contra Jean Muton, nacida Valentina Xenia Ziwes y otro.—Ordinario sobre nulidad de un testamento 372

Schall Pavenstadt & Co. Inc. contra Leonardo Tafur Garcés y otros.—Juicio ordinario 309

Stipcianos Ignacio contra la Diócesis de Cali. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato 1

— T —

Téllez Gil Roberto y José Manuel Bonilla. Colisión de competencias por el delito de lesiones personales 739

Tinoco Pérez Augusto.—Sobreseimiento definitivo por cargos de responsabilidad.... 468

Torres M. José Antonio contra Paulina Barón M.—Acción reivindicatoria 982

Trujillo Juan de Dios contra María Josefa Losada de Icopo y otros.—Ordinario sobre nulidad de unos contratos 713

—U —

Urbanizaciones Sardi, Limitada, contra el Municipio de Cali y el "Centro Católico de Familias Pobres de Cali".—Acción de pertenencia 146

Uribe Restrepo David contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 1053

Urueña Molano Aristóbulo contra Elías Benrey.—Ordinario sobre pago de una comisión 854

— V —

Valencia Pulgarín Jair.—No se acepta el impedimento manifestado por el Fiscal del Tribunal en el proceso seguido contra aquél 452

Valenzuela Fonnegra Ana contra Inés Valenzuela Fonnegra y otro.—Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 354

Vallejo o Botero Margarita contra María Josefa Jaramillo vda. de Botero.—Ordinario sobre filiación natural 143

Vargas Odilio contra Hans Timm.—Ordinario sobre cobro de unos honorarios profesionales 125

Vargas Rafael Angel contra Ana Julia Osorio de Vargas.—Ordinario sobre oposición a un deslinde 954

Vélez Pérez Enrique y otros. — Se declara infundado el impedimento de un Magistrado en el proceso seguido contra aquéllos por los delitos de estafa y hurto.... 449

Villalobos Serpa Alfonso. — Sobreseimiento definitivo y cesación del procedimiento por abuso de autoridad y prevaricato.... 758

Villar Natividad y Briceida contra Saúl Villar Flórez.—Juicio ordinario 227

Viñas Morales Juvenal contra Empresa Transportadora de Ganados, S. A.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios. 117

Viveros Joaquín Antonio contra Joaquín Caldas Luna. — Ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme 387

— W —

Wills Roberto contra Ingenio Central del Tolima.—Acción reivindicatoria 937

— Z —

Zabala Lixber contra la sucesión de Félix María Artunduaga.—Aclaración a la sentencia de casación en este juicio ordinario 11

Zafra M. Elisa contra Ricardo Zapata.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 960

Zapata o Herrera María Cayetano contra Germán Herrera y otros.—Ordinario sobre filiación natural 12

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.